



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2015-2016

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS, UN RETO PARA ESPAÑA.

Unaccompanied foreign minors, a challenge for Spain.

AUTORA: JOAN MELISA PEÑA CÁRDENAS

DIRECTOR: JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN.

INDICE

I. La definición de “menor extranjero no acompañado” (MENA)..... 4

 1. Notas definatorias de los MENA 4

 2. El problema de la determinación de la edad..... 5

II. Perfil del menor extranjero no acompañado (MENA) en España. 10

III. Régimen Jurídico aplicable a los MENA. 15

 1. Normativa Internacional..... 16

 2. Normativa Nacional. 19

 3. Normativa autonómica. 22

IV. Procedimiento a seguir ante la presencia de menores extranjeros no acompañados..... 22

 1. Procedimiento de repatriación..... 26

 2. Permanencia del menor en territorio español como medida subsidiaria. 31

CONCLUSIONES 35

BIBLIOGRAFÍA CITADA..... 39

NORMATIVA 40

INTRODUCCIÓN.

En los últimos años España ha sido uno de los países que más población extranjera ha acogido. En un principio se recibían en España inmigrantes adultos; sin embargo, a partir de los años 90, una parte importante de la población que llega está constituida por menores dispuestos a labrarse un mejor futuro. Nos referimos a lo que hoy en día conocemos como los menores extranjeros no acompañados.

Este fenómeno genera una nueva situación dentro de los flujos migratorios, por lo que merece una atención especializada, pues alrededor del mismo se plantea una problemática específica que debe ser resuelta de manera eficaz para poder dar cumplimiento al principio del interés superior del menor.

Esta investigación pretende aproximarnos a la reflexión sobre la intervención con los menores migrantes que se encuentran en territorio español sin la compañía de un adulto que ejerza su patria potestad o tutela, pues resulta de vital importancia comprender que la protección de estos menores le compete a nuestra sociedad, y principalmente al Estado español, ya que en la realidad, y pese a que el fenómeno de la llegada de los menores no acompañados lleva produciéndose ya más de una década en España, no se ha conseguido aún responder de manera eficaz y satisfactoria al mismo. Pues a día de hoy en España seguimos debatiendo si los menores deben permanecer o no en nuestro país, seguimos automatizando el proceso de repatriación en la mayoría de casos, olvidándonos que estos menores han llegado a territorio español porque era su única salida, que son menores que deben ser tratados como tal, pues tienen necesidades que nosotros como un Estado Social y Democrático de Derecho debemos satisfacer. Con lo cual considero que el debate debe versar sobre la mejora de la respuesta institucional por parte de España, teniendo en cuenta las diferentes situaciones de los menores.

Por tanto, como antes he señalado, en esta investigación abordaré como cuestiones principales las notas definitorias de los menores extranjeros no acompañados, el problema de la determinación de la edad, los diferentes perfiles del menor extranjero no acompañado, el régimen jurídico que les es aplicable y, finalmente, los diferentes procedimientos que pone en marcha nuestro país ante este fenómeno.

I. La definición de “menor extranjero no acompañado” (MENA)

Inicialmente la definición de MENA se recogió en el artículo 1 de la *Resolución Europea sobre Menores No Acompañados*¹, que incluye dentro de dicho colectivo a los menores de dieciocho años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin compañía de un adulto responsable y también a los menores nacionales de países terceros que, ya una vez en el territorio de los Estados Miembros, se hallen solos.

La legislación española se hizo eco de la definición europea en el Reglamento de extranjería, el *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*, el cual define en su artículo 189 la condición de menor extranjero no acompañado con un contenido similar al de la Resolución, si bien con algún matiz diferente. Así, se utiliza el término “extranjeros” en vez de “nacionales de terceros países” y se añade como rasgo definitorio del colectivo “el riesgo de desprotección”.

1. Notas definitorias de los MENA

Al margen de la diferencia terminológica entre las dos definiciones, la comunitaria y la nacional, se puede inferir que son tres las notas definitorias de los menores extranjeros no acompañados:

A) Minoría de edad.

En atención a las definiciones antes expuestas, se incluye como MENA a toda persona extranjera menor de dieciocho años que se encuentre en España sin la compañía de un adulto que se haga responsable de ella. En la mayoría de los casos estos menores se encuentran en un momento de transición, pues están en la adolescencia o en la juventud.

B) Ausencia de un adulto responsable del menor.

La segunda característica de este colectivo es que el menor llega a España sin la compañía de un adulto que, por ley o por costumbre, se haga responsable de él. Si atendemos al artículo 172.1 del *Código Civil*, éste define el desamparo como la situación que se produce a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado

¹ Consejo de la Unión Europea, *Resolución sobre menores no acompañados nacionales de terceros países* (97/C 221/03), de 26 de junio de 1997.

ejercicio, de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Esta situación se puede generar bien desde que los menores llegan a España o bien a posteriori, cuando su “acompañante”, una vez en territorio español, quebranta ese lazo de cuidado y responsabilidad que en un principio le unía al menor, quedando así este en situación de desamparo, pues carece del principal referente jurídico de la infancia: la familia². Por tanto, lo relevante en esta nota definitoria es la ausencia de los padres de estos menores, ya sea porque se encuentran en el país de origen o porque, una vez instalados en España, no dan cumplimiento a las obligaciones de protección de sus hijos menores. Esta situación de desamparo en la que se encuentran los menores se solventa a través de la tutela automática de la Administración, pues el art 172.1 del *Código Civil* señala que cuando la entidad pública constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de ley la obligación de tutelarle y además deberá adoptar las medidas requeridas para su guarda.

C) Situación de inmigrante.

Son migrantes porque el proceso de emigración en sí se encuadra dentro de un proceso de migración internacional, luego el fenómeno hay que analizarlo desde una perspectiva transnacional³. Y como estos menores, además, se caracterizan por ser extranjeros, incluimos dentro del término a los menores apátridas, los menores nacionales de terceros países y los menores comunitarios, pues la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, entiende por “extranjero”, según su artículo 1.1, a los que carezcan de nacionalidad española.

2. El problema de la determinación de la edad.

La determinación de la edad no es una cuestión fácil, pues los menores extranjeros no acompañados, generalmente, al llegar a España no poseen documentación que los identifique. De ahí que ésta sea una de las cuestiones jurídicas más relevantes. En relación con esta cuestión, se debe acudir en primer lugar a las normas de Derecho

² GUTIERREZ GARCÍA, C. y MARTÍ SÁNCHEZ, J.M. “Los derechos del menor. Evolución y situación actual”, en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº 28, sept. 2000: “El menor está jurídicamente supeditado a su familia hasta la mayor edad. Con este dato cuentan todos los ordenamientos jurídicos y ninguno ha podido suplantarlos” (p. 29).

³ Cfr. QUIROGA, V. y SORIA, M. “Los y las menores migrantes no acompañados/das: entre la indiferencia y la invisibilidad”, *Revista de intervención socioeducativa*, nº 45, 2010, pág. 16.

Internacional Privado y, en concreto, al artículo 9.1 del *Código Civil* español, el cual enuncia que la mayoría de edad se rige por la ley nacional del individuo, y, cuando sea este el caso, “según estipula nuestro sistema de Derecho internacional privado, la persona que invoca la aplicación del derecho extranjero ha de probar su contenido y vigencia, según el artículo 281 de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil, de manera que si la persona alcanza la mayoría de edad después de los 18 años, según su ley nacional, deberá probar esta ante las autoridades administrativas y judiciales españolas si desea gozar del régimen de protección de los menores”⁴⁵. En nuestro país, en atención al artículo 12 de la *Constitución* y el 315 del *Código Civil*, la mayoría de edad se logra a los dieciocho años cumplidos.

Ahora bien, el procedimiento para la determinación de la edad lo delimita el artículo 35.3 de la *Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Una vez se localice a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no sea clara, los cuerpos y fuerzas de seguridad pondrán estos menores a disposición de los servicios de protección competentes (un ejemplo puede ser el Instituto Cántabro de Servicios Sociales) e inmediatamente el hecho se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, que será el órgano encargado de determinar la edad del menor. Para ello contará con la colaboración de las instituciones sanitarias, las cuales realizarán las pruebas técnicas necesarias.

Es decir, el precepto legal especifica que el Ministerio Fiscal autorizará la realización de las pruebas para la determinación de la edad cuando esté frente a un MENA “indocumentado”. Sin embargo, hay una tendencia en la práctica a realizar las pruebas médicas que serán determinantes para establecer la edad también a extranjeros no acompañados “documentados”, de cuyo pasaporte o documentación de identificación se desprende su situación de minoría de edad. Respecto a esta cuestión es cierto que el Fiscal General del Estado, según la *Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*, interpretó el artículo 35.3 de la *Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración*

⁴ URÍA PELAYO, A. M., “Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores”, en *Educación social-La migración de menores no acompañados en España*, nº 45, mayo/agosto 2010, pág. 36

social, considerando “indocumentados” no solo a los que carecieran de pasaporte u otro documento identificativo, sino también a los que poseyeran “títulos con indicios de falsedad” o que fueran legalmente cuestionables en atención al país que generó esos documentos identificativos. Pero esta práctica administrativa habitual de la que hablamos es ilegal. De hecho, ha sido denunciada por el Defensor del Pueblo, así como por educadores sociales del País Vasco y de Madrid, entre otros⁶.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha hecho una interpretación del concepto “indocumentado” del artículo 35.3 de la *Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en su sentencia de 23 de septiembre 2014 (nº 453/2014, recurso nº 1382/2013), que ha marcado un punto de inflexión en este tema de la determinación de la edad de los MENA. En el fallo estableció que “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido...”. Es decir, la sentencia manifiesta que el pasaporte o documento equivalente de identidad son válidos siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en el país de origen y además estos documentos contengan los datos suficientes para determinar la identidad y nacionalidad de su titular⁷.

Así que actualmente es contrario a Derecho promover la realización de pruebas médicas que tengan como finalidad determinar la edad de un extranjero no acompañado siempre que éste posea un pasaporte válido o cualquier otro documento acreditativo de su edad. Es más, el Tribunal Supremo también se pronunció sobre la naturaleza del pasaporte, manifestando que se trata de un documento con validez internacional, el cual no requiere legalización o apostilla, ni existencia de Tratado o Convenio internacional con el país que lo emitió, requerimientos que venían siendo exigidos también en la práctica por el Ministerio Fiscal.

Como prueba de dicha práctica cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2013, en la que, a pesar de que la menor llevaba consigo un

⁶ Cfr. URÍA PELAYO, A. M., “Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores”, en *Educación social-La migración de menores no acompañados en España*, nº 45, mayo/agosto 2010, pág. 38.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre 2014, Fundamento de Derecho primero.

pasaporte y certificado de nacimiento del que se desprendía su minoría de edad, se autorizó la realización de una prueba pericial médica para identificar su edad porque la Audiencia alegaba como motivos que los documentos no tenían validez probatoria, ni legalización o apostilla, ni los demás requisitos necesarios para considerarlos auténticos en España. Frente a esta sentencia, el Tribunal Supremo, en su ya mencionada decisión de 23 de septiembre de 2014, afirmó que “el pasaporte es un documento expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el suyo propio”. Como tal documento, “vale o no vale, con o sin visados, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de un documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país, pues no depende de que tengan o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular”.

Quedando así definitivamente sentado por doctrina del Tribunal Supremo que no procede la realización de pruebas médicas que tengan como fin la identificación de edad del extranjero si éste ya posee documento que la acredite. En estos casos lo que procede es poner directamente el menor a disposición de los servicios de protección para que estos tramiten el procedimiento de desamparo y asuman su tutela⁸.

Si, por el contrario, estamos ante un caso no amparado por la interpretación del Tribunal Supremo del artículo 35.3 de la *Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, es decir, si el supuesto menor no posee documentación que le identifique, sí procede la actuación de las instituciones sanitarias para la determinación de su edad. En relación a esta actuación, hemos de atender a la *Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los*

⁸ Art. 10.3 y 4 de la *Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*.

extranjeros en España y su integración social, de la cual se desprende que la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo implica una situación de privación de libertad. De ahí que deba informarse al menor de forma inmediata de dicha circunstancia para que éste comprenda la situación. Además, se le deberá indicar que esta situación no durará más tiempo del estrictamente necesario. De hecho, la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, en el informe sobre el borrador del Reglamento de Extranjería, señaló que “se le debe informar en lengua comprensible para el menor respecto a la finalidad y tipo de pruebas a que va a ser sometido y de las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas, dado que estas afectan, de manera directa, a la esfera de sus intereses personalísimos, así como de los recursos legales que puede plantear contra las mismas y de cómo solicitar asistencia jurídica gratuita”⁹.

Además de la relevancia que adquiere la labor informativa al menor, otro aspecto fundamental es la determinación del método utilizado, que normalmente consiste en una prueba oseométrica o radiografía de la mano y muñeca, aunque también existen otras pruebas, tales como la ortopantomografía dental¹⁰ por determinación de maduración de los terceros molares y la tomografía computerizada (TACO) del extremo medial de la epífisis clavicular. Métodos que, aun siendo seguros, no son exactos, pues según expresa el propio Fiscal General del Estado en la anteriormente mencionada *Instrucción 2/2001* y en la *Consulta 1/2009 de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados* existe un margen de error de 18 meses aproximadamente. De ahí que dentro de la horquilla de edad que los servicios médicos señalen se ha de presumir que la edad se ajusta dentro del límite inferior de la horquilla¹¹.

⁹ *Informe de la Subcomisión de Extranjería del CGAE sobre el Borrador del Reglamento de la ley de Extranjería*, pág. 113.

¹⁰ Se trata de una técnica radiológica con la que se obtiene una imagen general única de los dientes, maxilares y la mandíbula a través de un dispositivo radiográfico externo.

¹¹ Artículo 190.4 del *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*.

II. Perfil del menor extranjero no acompañado (MENA) en España.

Según datos de la Comunidad Autónoma de Cantabria el perfil mayoritario del MENA que llega a nuestra región se corresponde con el de un menor varón, cuyo promedio de edad es de dieciséis años, originario del Norte de Marruecos, fundamentalmente de ciudades como Tánger y Tetuán¹². Perfil que no difiere mucho en otras comunidades autónomas de nuestro país.

Pero se puede perfilar mejor el retrato de los menores en atención a dos variables: las condiciones personales que presentan y su país de procedencia. Respecto a la primera de ellas ha de atenderse a cuestiones como el género, las relaciones familiares o la posición del menor en la estructura social; pues estas condiciones en el país de origen repercuten en el país de destino, permitiendo establecer distintos perfiles en atención a las pautas de comportamiento de los menores extranjeros no acompañados.

En relación a las condiciones personales del menor, los distintos perfiles se hallan estrechamente relacionados con las causas que motivan su emigración. En este sentido, pueden apuntarse básicamente los siguientes perfiles, que han sido analizados en el Informe de CON RED (Comunidad virtual contra la violencia ejercida sobre niños y adolescentes migrantes SIN RED de apoyo social)¹³ del año 2005 y en el Informe elaborado por el Grupo de investigación IFAM (Infància i Família en Ambients Multiculturals)¹⁴ en el año 2010.

Primer perfil: progreso económico.

La causa principal que motiva a los menores a emigrar es de naturaleza económica. Dada la precariedad en la que viven, muchos de estos menores se ven obligados a trabajar a muy temprana edad, asumiendo la carga económica del mantenimiento de sus familias. Sobre todo, esta causa impulsa a la migración a los menores varones, quienes llegan a España teniendo, como media, entre 14 y 16 años. También se sabe que la mayoría de estos menores proceden del Magreb y África Subsahariana

¹² Cfr. CALZADA GONZALEZ, O., *La protección de los menores extranjeros no acompañados en Cantabria*, 2007, pág. 25

¹³ QUIROGA, V. A., (CONRED), *“Rutas de pequeños sueños”*, *Menores migrantes no acompañados en Europa*, Fundación Pere Tarrés, Barcelona, 2005.

¹⁴ QUIROGA, V; ALONSO, A; SORIA, M, *“Sueños de bolsillo”*. Menores Migrantes no acompañados en España, Fundación Pere Tarres, Barcelona, 2010.

Segundo perfil: progreso social y cultural.

Otra causa que motiva la migración de los menores es la de romper con la situación de paralización social y cultural que viven en sus países de origen. Dada la diferencia entre dichos países y los de Europa occidental, los cuales se relacionan con prosperidad económica y más oportunidades vitales, nace en estos menores el deseo de emigrar. En este perfil encajan tanto chicos como chicas, cuyo promedio es de alrededor de 16 años.

Tercer perfil: refugiado/a.

La causa en este caso reside en motivos políticos, étnicos, religiosos, que tienen que ver con conflictos armados. De ahí que los menores decidan emprender la huida por percibir la existencia de un peligro para ellos o para sus familias, temiendo ser perseguidos y encarcelados por pertenecer a una religión, por su etnia, por su nacionalidad, etc. En el informe de CONRED del año 2005 se expresaba cómo algunos menores, tras perder a sus familiares a causa de las guerras, buscaban salir del país para ganarse la vida. En cuanto a los menores cuyas familias viven, normalmente reciben el apoyo de las mismas para emprender la huida, pues como ya se ha dicho temen la prisión u otros posibles acontecimientos.

Dentro de este perfil encajan principalmente menores originarios de Irak, Afganistán, Somalia, Ruanda, África Subsahariana y, en general, Asia.

Cuarto perfil: huida del conflicto familiar.

Aquí la causa está relacionada con problemas que surgen en el ámbito familiar, entre los progenitores y el o la menor. La mayoría de estos problemas consisten en enfrentamientos verbales e incluso físicos. En este perfil encajan muchos menores procedentes de Marruecos y de Europa del Este.

En relación a la variable del país de procedencia, se conoce que a partir de la primera década del siglo XXI se produce una enorme diversificación de las nacionalidades de los menores extranjeros, pues, además de los procedentes del Magreb, empiezan a llegar a España menores originarios de África subsahariana (Nigeria, Sierra leona y Guinea), Senegal, Ghana, Malí y Europa del Este. A continuación, analizamos de forma específica las razones que han hecho que los menores procedentes de estas zonas deseen iniciar su proyecto migratorio.

El Magreb.

La principal área de procedencia de los MENA africanos es el Magreb. En general, los menores del Magreb proceden de Marruecos y Argelia, dos lugares donde las situaciones que viven los menores son similares. Estos dos países presentan carencias en muchos aspectos debido a la crisis económica y social que padecen. Las carencias se perciben en sectores como el escolar, el laboral, el sanitario, uniéndose a ello en ocasiones la falta de garantías de unas condiciones dignas para vivir, pues en estos países es difícil tener acceso al agua potable o a la electricidad.

La principal diferencia entre Marruecos y Argelia es la situación de violencia que atraviesa este último país, dado el desequilibrio político y el conflicto civil existente entre el ejército y los islamistas. Otra diferencia es el diverso perfil socio-familiar que tienen los menores procedentes de estos países. Los menores marroquíes proceden en su gran mayoría de familias numerosas residentes en barrios periféricos de ciudades ubicadas al norte del país. El tipo de emigración que emprenden estos menores implica una trayectoria de largo tiempo y la mayoría de las familias a las que pertenecen estos menores viven una situación de precariedad, lo que constituye el motivo clave para que el menor desee emprender el viaje. En lo que corresponde al ámbito escolar, se conoce que la gran mayoría de los menores no acaban los estudios y los interrumpen a edades muy tempranas, debido principalmente a la situación económica que viven en el seno de sus hogares, aunque dependiendo del caso concreto se contemplan como otras razones el fracaso escolar, la repulsión hacia un profesor/a o compañero/a, entre otras.

Respecto a los menores argelinos, cabe señalar que existen dos tipos de perfiles. Uno similar al de los menores marroquíes, pues sus familias también residen en barrios periféricos de Argel y Orán, con condiciones también precarias pero algo mejores pues allí no es tan difícil tener acceso al agua potable ni a la electricidad. El otro perfil lo constituyen menores procedentes de familias reducidas con una situación económica mejor, pues la familia la conforman comerciantes y profesionales, pero aun así los menores han incursado en el mundo laboral en la pre adolescencia y han adquirido experiencia como electricistas, limpiadores, mecánicos, pescaderos, y es precisamente esta experiencia inicial la que les impulsa a buscar mejores opciones de futuro. La escolarización en Argelia es obligatoria hasta los 16 años¹⁵. Los menores cuya situación

¹⁵ QUIROGA, V. A., (CONRED), “*Rutas de pequeños sueños*”, cit., Capítulo 5, pág. 7.

económica es desfavorable han abandonado los estudios a los 16 años para incorporarse al mercado laboral y ayudar económicamente a sus familias. Por otro lado los menores cuya situación familiar es más favorable cursan secundaria.

África Subsahariana y Central.

Los países de donde proceden principalmente los menores extranjeros no acompañados de esta área geográfica son Nigeria, Congo, Ruanda, Sierra Leona, Angola, Etiopía y Somalia. En estos casos el conflicto armado constituye el principal detonante que impulsa a los menores a emigrar, dados los peligros y los miedos adquiridos tras las vivencias en un escenario bélico.

Los menores originarios de Somalia constituyen el colectivo del que más información se ha podido recabar, según el informe de CONRED (Comunidad virtual contra la violencia ejercida sobre niños y adolescentes migrantes SIN RED de apoyo social). Los menores somalíes han crecido en un ambiente de guerra, ya que desde finales de los años 80 el país ha atravesado una desintegración estatal debido a los conflictos entre clanes, que han dejado además un alto índice de criminalidad y violencia. Muchos menores somalíes se han visto obligados a abandonar sus hogares huyendo de la muerte, llegando a vivir en campos de refugiados, lo que ha hecho que las experiencias de los menores sean cuanto menos traumáticas, pues han carecido de lo básico y ha permanecido en ellos una constante inseguridad. De hecho, una vez llega el menor somalí a territorio español se analiza y se descubre en él un desarrollo psicológico y físico afectado, presentando cuadros de ansiedad, tensión y tristeza.

Europa.

La mayoría de menores europeos que emigran son procedentes de Rumanía, un país pobre, en el cual la corrupción ha alcanzado su máxima expresión, repercutiendo esto en la estructura social, pues el enriquecimiento solo ha beneficiado a unos pocos mientras el resto de la población se ha visto forzada a realizar actividades ilegales o a emprender la emigración para poder sobrevivir. Es tan fuerte la desestructuración social que el proyecto migratorio frecuentemente no solo lo emprende el menor sino también familias al completo. La mayoría de menores no acompañados proceden de familias pobres que viven al norte de Rumanía, su escolarización es escasa, puesto que estudian hasta los 14 años, pero pese a ello muchos saben leer y escribir en inglés.

La causa principal de emigración es por motivos económicos, desean obtener beneficios para poder volver a su país de origen. En su gran mayoría los menores rumanos acceden a España de manera regular a través de los puestos fronterizos, sin embargo, también están los casos de menores que se encuentran en poder de traficantes o mafias, tal y como lo evidenció ACNUR en su informe “*Los menores no acompañados y la protección de asilo*”.

Otro país del que suelen proceder los menores es Albania, donde el futuro de los jóvenes es incierto. En las zonas rurales viven familias numerosas muy unidas, cuya economía está vinculada a la tierra, los hijos son fuerza de trabajo, contribuyen desde temprana edad al sostén económico del hogar, de ahí que abandonen muy pronto los estudios. Por otro lado, en las ciudades viven familias cuyo sustento económico reside únicamente en el padre, por eso los menores viven situaciones de escasez, sin embargo estos no abandonan los estudios.

Finalmente, señalar que este fenómeno se ha ido extendiendo. Así, en los últimos años ha aumentado el número de menores latinoamericanos, los cuales suelen llegar a España acompañados de sus padres, pero pasado un tiempo se hallan en situación de desamparo¹⁶.

¹⁶ Cfr. TEJEDOR, E. y SOSA, M., “Cuando el Estado también es papá”, El País, 9 de septiembre de 2013.

III. Régimen Jurídico aplicable a los MENA.

Para determinar el régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados el legislador ha tenido en cuenta su doble condición: por un lado, son menores no acompañados pero, por otro, son extranjeros. Esto hace que, en atención a la primera condición, debamos aplicar una normativa proteccionista, en la que impera la persecución del interés superior del menor, independientemente de la nacionalidad del mismo, y, en atención a la segunda, una normativa mucho más restrictiva, como es la de extranjería, que limita los derechos y libertades de los que puede gozar un extranjero.

Sin embargo, a mi juicio, al ser el menor titular de todos los derechos reconocidos en el marco normativo internacional, nacional y autonómico, habrá de gozar de la protección de unas leyes que, al margen de estar dirigidas a regular un ámbito concreto, deben ser garantistas de aquellos derechos. Por ejemplo, la normativa de extranjería, al margen de tener como principal objetivo el control de los flujos migratorios, presenta un carácter proteccionista respecto a los derechos del “extranjero”. Es decir, que una norma sea más o menos restrictiva no quita que esta deba garantizar derechos. En este sentido, Mercedes Jiménez Álvarez, en su obra *“Buscarse la vida. Análisis trasnacional de los procesos migratorios de los menores marroquíes en Andalucía”*, pone de manifiesto que la división de normas dentro del régimen jurídico aplicable a los menores extranjeros genera una complejidad jurídica, pues hace que los menores reciban tratamientos antagónicos, ya que las normas restrictivas los expulsan y las garantistas los protegen.

Además, se verá cómo la aplicación de estas normas por el ente competente genera también contradicción. La competencia para determinar el tratamiento del menor, por ser “migrante”, le corresponde a la Administración del Estado, es decir, ésta autorizará el retorno del menor a su país o su permanencia en territorio español. Mientras que a las Comunidades autónomas les compete determinar el tratamiento del inmigrante por su condición de “menor”, asumiendo por tanto la obligación de ejercer la tutela y guarda de los menores que están en España sin compañía de adultos que ejerzan la patria potestad o la tutela sobre los menores.

Por un lado, las comunidades autónomas, una vez han determinado una situación de desamparo, activan el plan de protección de los derechos de estos menores, que muchas veces consiste en integrarlos, prestarles un trato personalizado y respetuoso, brindarles

información sobre lo que está sucediendo y sobre los derechos que tienen, tales como derecho a ser oídos, derecho a la intimidad, derecho a mantener sus relaciones personales, derecho a la salud, derecho a la educación y, por último pero no menos importante, el derecho a tener asistencia de letrado. Así vemos como las autoridades autonómicas están encaminadas a garantizar que se trate al menor como tal.

Mientras que la Administración del Estado vela y garantiza porque se cumplan los deberes relativos a la documentación que ha de tener un extranjero, esencialmente los permisos de residencia y trabajo. Pero siempre preponderando el objetivo del control del flujo migratorio, sin tener en cuenta las características personales del inmigrante, y menos en este caso el interés superior del menor. Pues durante mi investigación, como se verá más adelante, pude percibir una falta de coordinación institucional que será sobre todo más visible cuando el menor no quiere volver a su país de origen y, por tanto, las entidades protectoras le cobijan, pero la Administración estatal continua fomentando su movilidad hacia al país de origen, y entre tanta incertidumbre se paralizan los procesos de integración y formación/educación de los que gozan los menores en España.

A continuación desglosaremos el marco jurídico que afecta a los menores extranjeros no acompañados en atención a su carácter internacional, nacional y autonómico, dejando a un lado la duplicidad antes mencionada y criticada, porque a modo de conclusión todas las normas aplicables han de ser garantistas de derechos con independencia de su ámbito de aplicación.

1. Normativa Internacional.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 fue el punto de partida para reconocer los derechos de los menores de edad. La Declaración promovió la regulación de una protección específica para ellos, la cual se llevó a cabo en el año 1959 cuando se aprobó la *Declaración Universal de los Derechos del niño*, que establece en su principio N° 2 que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”, indicando que “al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Si bien en la Declaración no se hace referencia expresa al menor

extranjero no acompañado, se evidencia cómo este primer instrumento jurídico de carácter internacional afirma el interés superior del menor como principio fundamental, que debe manifestarse en la protección de los derechos del menor de edad. Posteriormente, en el artículo 24 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York* de 1966 se estableció que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

En el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se reconoce en el artículo 10.1 la protección de la familia, pues los Estados reconocen que, al ser el elemento natural y fundamental de la sociedad, requiere de protección y asistencia, especialmente para su constitución. Y en el art 10.3 se garantiza la protección de los niños frente al tipo de explotación que sea (económica, social o laboral), sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

Actualmente, el principal instrumento para la protección de los derechos de los menores es la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 (ratificada por España en noviembre del año 1990), un tratado internacional de carácter obligatorio para los Estados firmantes, pues estos países deben de informar al Comité de los Derechos del Niño sobre las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la Convención. La Convención se compone de 54 artículos en los que se reconoce que los niños (menores de dieciocho años) son titulares de derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Los principios más destacables de la Convención de los Derechos del Niño son:

-Artículo 3, relativo a que las medidas concernientes a los niños deberán siempre atender al interés superior del menor. Los Estados partes además deberán garantizar la protección del menor teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables.

-Artículo 6, el cual recoge que los Estados Partes deben reconocer a todo niño el derecho intrínseco a la vida, por lo que deberán garantizar en la mayor medida posible la supervivencia y desarrollo del niño.

-Artículo 8: los Estados Partes han de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

-Artículo 9, según el cual los Estados Partes han de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo que la ley indique otra cosa.

-Artículo 12, el cual señala que los Estados Partes garantizaran que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio para que pueda expresar libremente su opinión respecto a asuntos que le afecten.

Como refuerzo a la aplicación de la Convención, el Comité de los Derechos del Niño elaboró en el año 2005 una Observación General relativa especialmente al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen: la *Observación General n° 6 del Comité de los Derechos del Niño, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”*¹⁷. Según el objetivo N° 2 de la misma, “la publicación de la presente observación general tiene su causa en la comprobación por parte del Comité de que son cada vez más los menores que se encuentran en las situaciones descritas”, reconociendo que “las razones de que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variadas y numerosas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas”. El Comité comprobó que cada vez eran más los menores en situación de vulnerabilidad (menores no acompañados y separados de sus familias), como se recoge en el objetivo N° 3: “... mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación. En cuanto a las menores no acompañadas y separadas de sus familias, están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica. En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico”. Asimismo, se comprobó que había lagunas en lo que a la protección de esos menores se refiere, pues había casos de explotación, abusos sexuales, reclutamiento en fuerzas armadas y privaciones de libertad. Esto hizo que se elaboraran con supervisión del Comité las normas recogidas en la Observación,

¹⁷ CRC/GC/2005/ 6, de 1 de septiembre de 2005.

con el objetivo de ofrecer a los Estados una mejor orientación sobre las obligaciones que se derivaban de la Convención relativas a la protección de los menores vulnerables. Además, la Observación N° 6 hace referencia a cuatro principios fundamentales:

1. El principio de no discriminación.
2. El interés superior del menor como consideración primordial en la búsqueda de soluciones a corto y largo plazo.
3. El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.
4. El derecho del niño a expresar su opinión libremente.

La observación se aplicará a los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentren fuera de su país de nacionalidad o, si fueran apátridas, fuera del país de residencia habitual. Con carácter general es de aplicación con independencia de las razones que los motivaron a dejar su país de origen, pero no se aplicará al menor que no haya cruzado una frontera internacional, siendo por tanto éste el único límite de aplicación.

Finalmente, como España, al igual que todos los Estados miembros de la Unión Europea, tiene como obligación proteger a los menores que residan en su territorio, independientemente de su situación de irregularidad, cabe citar la *Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados procedentes de terceros países*, que establece que solo será posible la devolución del menor a su país de origen cuando se cumplan las condiciones de acogida y se estén supliendo las necesidades del menor.

2. Normativa Nacional.

En primer lugar contamos con la *Constitución*, máximo referente de la protección que el Estado brinda a los menores. Ésta, en su artículo 14, prohíbe todo tipo de discriminación en el disfrute de los derechos. Y en su artículo 39 establece la protección de la familia y la necesidad de que no se produzcan discriminaciones por razón de nacimiento, disponiendo en su apartado número 4 que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Este último apartado del artículo 39 está relacionado por tanto con el artículo 10.2, que señala que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

De esta forma vemos la importancia de que España haya ratificado el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

En segundo lugar tenemos el *Código Civil*, que en su artículo 9.6, párrafo tercero, señala que “será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español”. Norma que debe ser entendida como de extensión, pues amplía el ámbito de aplicación de la ley española, permitiendo que se aplique a situaciones internacionales cuando resulte necesario¹⁸. En concreto, este artículo extiende la aplicación de la normativa española solo a las situaciones privadas de carácter internacional cuyo supuesto de hecho esté en relación con el ámbito territorial del Ordenamiento español, pues de esta forma el legislador podrá proteger los intereses especialmente vinculados al Estado español.

En tercer lugar, la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que será de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español salvo que, en virtud de la ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. Esta ley recoge en su título I, capítulo II, un catálogo de derechos fundamentales de los menores, señalando que estos gozarán de los derechos reconocidos en la Constitución española, en los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacionalidad, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

Concretamente, los derechos que se reconocen en la ley son:

- 1) Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 4).
- 2) Derecho a la información (artículo 5).
- 3) Libertad ideológica (artículo 6).
- 4) Derecho de participación, asociación y reunión (artículo 7).
- 5) Derecho a la libertad de expresión (artículo 8).
- 6) Derecho a ser oído y escuchado (artículo 9).

¹⁸ **ADAM MUÑOZ, M. D.**, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009, página 8.

En el capítulo III del mismo título se recogen los deberes del menor, las obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos. Los deberes recogidos son:

- 1) Relativos al ámbito familiar, artículo 9 ter.
- 2) Relativos al ámbito escolar, artículo 9 quáter.
- 3) Relativos al ámbito social, artículo 9 quinquies.

Y finalmente, en el título II, la ley regula todo el sistema de protección español, indicándonos en su artículo 12.1 que la protección de los menores por parte de los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de las situaciones de riesgo, con el establecimiento de servicios para la guarda cuando exista una situación de desamparo o para la admisión de tutela del menor. Resaltando en este mismo precepto que en las actuaciones de protección primarán las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

En cuarto lugar, la *Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, que regula la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos delictivos tipificados en el código penal o las leyes penales especiales. El menor al que se le aplique esta ley gozará de todos los derechos reconocidos en la Constitución española, en la ley orgánica de protección jurídica del menor, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.

Y, finalmente, contamos con la *Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*, de la que debemos citar en especial su artículo 35, a través del cual España opta en un principio por firmar acuerdos internacionales con los países de origen para evitar la llegada de estos menores a España, acuerdos en los que claramente se recoge la opción de retorno de estos menores a sus países. Sin embargo, existen otros artículos dentro de esta ley orientados a proteger al extranjero, de entre los cuales destacaré: el artículo 12, que garantiza a los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España el derecho a la asistencia sanitaria; el artículo 13, que les reconoce el derecho a acceder a los sistemas públicos de ayuda en materia de vivienda; y el artículo 17, que

los incluye como sujetos pasivos en la reagrupación familiar respecto a sus padres y/o tutores.

3. Normativa autonómica.

Cabe citar la *Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia*, que recoge el conjunto de derechos reconocidos a los menores de edad y establece los principios que deben regir la actuación de la Administración Pública cántabra en materia de protección de los derechos de las personas menores de edad.

IV. Procedimiento a seguir ante la presencia de menores extranjeros no acompañados.

En primer lugar, el Ministerio Fiscal, mediante resolución motivada de carácter cautelar, adoptada en forma de decreto¹⁹, pondrá al menor en manos de los servicios de protección de menores del territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente, así que agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tendrán como obligación trasladar al menor al centro de primera acogida para que se le brinde una atención adecuada, de acuerdo a lo expuesto en la *Ley orgánica 1/1996, sobre protección jurídica del menor*. Acto seguido se inicia la apertura del expediente de protección para que quede confirmada la situación de desamparo y se pueda constituir legalmente la tutela. Así es como el menor extranjero inicia su vida dentro del sistema público de protección.

A posteriori, si se duda sobre la edad del menor, se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal para que sea éste quien ordene iniciar el proceso para la determinación de la edad, como ya hemos visto en el epígrafe I.

Ahora bien, una vez determinado que se trata de un menor, éste permanecerá bajo el cuidado de los servicios de protección de menores y, a partir de aquí, se deberá adoptar alguna de las siguientes medidas:

¹⁹ Cfr. las conclusiones de la *Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado en materia de extranjería*.

- 1) Repatriación del menor a su país de origen o al país en el que se encuentren sus familiares, siempre que se garantice la integración familiar del menor, pues hace parte del derecho a la vida familiar amparado en los artículos 39 y 18 de la *Constitución* y en el artículo 9 de la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989.
- 2) Si no hay rastro de la familia del menor, la ley establece la posibilidad de que los servicios de protección de menores del país de origen se hagan cargo del menor.
- 3) Si no se puede llevar a cabo ninguna de las medidas anteriores se optará por que la Administración Pública española tutele al menor.

Vemos cómo el orden de adopción de medidas está priorizado, pues la solución primaria consiste en devolver al menor a su país de origen, bien sea para que vuelva a su familia o para que le acoja un servicio de protección de su país de origen.

El procedimiento para la adopción de cualquiera de las medidas está a cargo de las autoridades españolas, tanto las estatales como las autonómicas, pues el artículo 148.1.20º de la *Constitución* permite a las comunidades autónomas asumir competencias en materia de asistencia social.

El procedimiento consta de cuatro fases: intervención, investigación, decisión y ejecución.

Durante la *fase de intervención* las fuerzas y cuerpos de seguridad localizan al menor que se encuentra solo, comunican el hecho a la entidad de protección de menores competente para que se le pre-asigne una plaza en una de sus residencias de acogida y además informan al Ministerio Fiscal para que éste autorice la realización de pruebas médicas que definan su edad.

En la fase de **investigación**, el artículo 35.10 de la *Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, dispone la obligación de los cuerpos y fuerzas de seguridad de averiguar las posibles referencias que sobre los menores pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección, pues la decisión sobre la repatriación o permanencia en España del menor depende de la información obtenida. Para saber la identidad del menor, normalmente se solicita el pasaporte o un documento análogo a éste al consulado del país de origen y se indagan también las circunstancias familiares o

socioeconómicas de ese menor en su país, si ese menor ha entrado a España en ocasiones anteriores, si estaba en un centro de acogida en su país, etc. En relación con este trámite de recopilación de información adquiere especial importancia el Registro de MENAs²⁰, pues en éste han de constar los datos de identificación del menor (esté documentado o indocumentado). También en esta fase adquiere relevancia la determinación de la situación de desamparo, competencia transferida a las comunidades autónomas, correspondiendo por tanto a la entidad pública que tenga delegada la protección de menores de cada comunidad autónoma determinar la existencia de una situación de hecho en la que quien tiene la guarda del menor incumple con su obligación de protegerle. Esta situación exige en la mayoría de los casos la constitución de una tutela por ministerio.

Normalmente los servicios de protección inician el procedimiento de desamparo de oficio, cuando de manera directa o mediante denuncia tuvieran conocimiento de la situación de abandono en que pudiera hallarse un menor. En general suelen dictar una Resolución declarando el desamparo provisional a través de la que se asume la tutela y guarda residencial del menor, hasta que se constituya la tutela definitiva. La tutela definitiva ha de inscribirse en el Registro civil. La comunidad de Cantabria establece como plazo máximo de resolución 6 meses a contar desde la fecha de recepción del caso en el servicio especializado de protección a la infancia y adolescencia, que podrá prorrogarse de forma motivada por un plazo máximo de otros 3 meses en aquellos casos cuyas particulares características hagan inviable su resolución en el tiempo señalado²¹. En las comunidades autónomas cuya legislación no establece plazos de resolución estaremos a lo dispuesto en la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y del PAC*, la cual indica que el plazo de resolución expresa máximo es de 3 meses²² y el plazo máximo para notificar esa resolución es de 6 meses²³. Asumida la tutela por la Administración, ésta podrá dirigirse a un juez para que éste le conceda la tutela del

²⁰ Artículo 215 del *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*.

²¹ Cfr. Artículo 65.4 de la *Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia*

²² Artículo 42.3 de la *Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, de 26 de noviembre*.

²³ Artículo 42.2 de la *Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, de 26 de noviembre*.

menor a una ONG o a cualquier otra entidad de protección de menores con las que previamente se hayan firmado convenios de colaboración²⁴.

En la *fase de decisión*, la Delegación o subdelegación de Gobierno decidirá qué medida es más conveniente dadas las circunstancias del menor, y siempre y cuando no se atente al interés superior del menor, eje central en la toma de decisiones²⁵.

La normativa de extranjería nos dice que el interés superior del menor se cumple mediante la repatriación si de esta forma el menor se reagrupa con su familia, pues según los artículos 5 y 9 de la *Convención sobre los derechos del niño* es con la que el menor debe estar. Pero como puede suceder que el menor no esté de acuerdo con la decisión, la Convención, en su artículo 12, y la *Ley orgánica 1/1996 sobre Protección de menores*, en su artículo 9, determinan el derecho del menor a ser oído y a expresar su opinión en temas que le afecten.

La decisión de repatriar al menor o, en su caso de aceptar su permanencia en España, se adoptará mediante una resolución, contra la que cabe recurso, y para ello se debe acudir al procedimiento abreviado de los artículos 78 y ss. de la *Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (en adelante LJCA), salvo que se alegue vulneración de derechos fundamentales, porque en estos casos se debe acudir al procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales contemplado en los artículos 114 y ss. de la LJCA. Están legitimados para recurrir tanto la Administración como el propio interesado, en virtud del artículo 18 LJCA, e igualmente el Ministerio Fiscal en virtud del art. 3.7 del *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*. El plazo máximo para resolver y notificar es de 6 meses desde la fecha de iniciación del procedimiento, tal y como se desprende del art 194.3 del *Real Decreto 557/2011*.

Finalmente, en la *fase de ejecución* se incluyen las actuaciones encaminadas a llevar a cabo la decisión adoptada, ya sea la repatriación del menor o su permanencia en territorio español. En los epígrafes siguientes se estudiarán las ejecuciones concretas para cada caso.

²⁴ Artículo 35, párrafo 11 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

²⁵ Artículo 3.1 de la *Convención sobre los derechos del niño* y artículo 2 de la *Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor*.

1. Procedimiento de repatriación.

Se trata de un procedimiento administrativo especial que consiste en determinar si procede la repatriación del menor a su país de origen o a aquel en el que residan sus familiares, o si, por el contrario, lo que procede es la permanencia del menor en España.

Este procedimiento se inicia de oficio, generalmente por la Administración General del Estado (Delegación o Subdelegación de gobierno), pero hay casos en los que el procedimiento se inicia por la propuesta que hace la entidad pública que tutela al menor, mediante informe favorable o desfavorable a la repatriación del menor, y hay otros en los que el menor está incurso en un proceso judicial, con lo cual le compete al juzgado de menores autorizar la repatriación, según el artículo 2.3 de la *Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

Antes de iniciar el procedimiento, como hemos señalado anteriormente, la Administración del Estado ha de recabar información suficiente del menor para así poder localizar a sus familiares y, si no es posible, ha de recabar información sobre los servicios de protección del país de origen, contemplando la posibilidad de que estos se hagan responsables del menor. La importancia del carácter preceptivo de esta actuación viene dada por los propios Tribunales en sentencias tales como la SJCA núm. 25 Madrid, 6 noviembre 2006; la SJCA núm. 1 Huesca, 13 octubre 2006; o la SJCA núm. 15 Madrid, 7 mayo 2007, en las que se reitera la nulidad de una resolución de repatriación si ésta se hubiese acordado sin realizar las gestiones incluidas como trámite previo. Normalmente la solicitud de información se realiza a través de un modelo tipo en el que se solicita información sobre los datos de filiación del menor y sus circunstancias sociales y familiares en el país de origen.

Tras las actuaciones previas, el Delegado o Subdelegado del Gobierno puede acordar que se inicie el procedimiento si considera, conforme a lo dispuesto en el artículo 192.1 del *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*, “que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen”. Interés superior del menor²⁶ que se establecerá en

²⁶ *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados*, de 2006, principio de actuación núm. 3: “Los menores no deben ser repatriados a sus países de origen salvo que existan garantías de que la reintegración a su núcleo familiar de origen (o recurso de protección alternativo) asegure el mejor interés para el menor. La decisión debe

función de la información facilitada por autoridades del país de origen y, si estas no pudieran facilitar información, por la que presten los servicios de protección.

Una vez acordada la iniciación del procedimiento, se debe oír al menor. La audiencia del menor es preceptiva, tal y como se indica en el *Informe del defensor del pueblo sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*²⁷. La omisión de la audiencia supondría la vulneración del artículo 24 de la Constitución, pues ya el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 183/2008, de 22 de diciembre²⁸, señaló que, "...por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal", de manera que "la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, pero sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, han impedido de manera definitiva a un menor, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionando de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), para defender intereses personalísimos".

De manera que a los menores con suficiente juicio y madurez se les debe reconocer capacidad procesal, de acuerdo al artículo 18 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, y si llegaran a padecer un defecto en la capacidad se les debe permitir sanarlo a través de la designación de un defensor judicial. En relación con esta cuestión, el artículo 35 de la *Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, reconoce capacidad procesal a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, tanto en el procedimiento de repatriación, como en el del recurso contra

tener en cuenta el propio punto de vista del menor -que tiene derecho a ser escuchado- y sólo puede llevarse a cabo después de un estudio detenido de los recursos disponibles en su país de origen".

²⁷ Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO, "Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España", *Informes, estudios y documentos*; 20, Madrid, 2005, pág. 325.

²⁸ Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A "Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2012, pág.17.

el mismo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pudiendo actuar personalmente o a través del representante que nombren. Sin embargo, a los menores de dieciséis años, siempre que tuvieran juicio suficiente, se les nombrará un defensor judicial que les represente cuando hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien tiene su tutela o representación.

Además, según sentencia de 25 de septiembre de 2006 del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 14 de Madrid, “este derecho a ser oído que tiene el menor, exige que la audiencia del mismo se realice con las garantías debidas y con el asesoramiento del profesional que, como dice el Defensor del Pueblo en su informe del año 2005, por excelencia está llamado a asesorar y velar por los derechos e intereses de los ciudadanos, concluyendo que la asistencia jurídica del letrado hacia el menor extranjero no acompañado es requisito ineludible y necesario para llevar a efecto el derecho del menor a ser oído”. La audiencia del menor debe hacerse, pues, con las garantías debidas, entre las que se encuentra la asistencia jurídica para que el menor esté asesorado y tenga quien vele por sus derechos e interés legítimos. Esta asistencia jurídica de la que se habla es necesaria en cualquier procedimiento en el que se haya de tomar una decisión que afecte al interés superior del menor.

El artículo 35 de la *Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, no establece plazo alguno para el procedimiento de repatriación, por lo que estaremos a lo dispuesto en el artículo 42.3 a) de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y del PAC*, el cual prevé un plazo de tres meses, a contar desde el acuerdo de iniciación para los procedimientos iniciados de oficio.

Una vez acordada provisionalmente la repatriación se ha de notificar al menor, a la entidad de protección y al Ministerio Fiscal. Dicha notificación debe hacerse escrita en la lengua de origen para que el menor pueda comprender los motivos que determinaron la incoación del procedimiento y, a la vez, conozca los derechos que le van a asistir en el procedimiento.

En todo caso la decisión de repatriar a un menor debe atender al principio de interés superior del menor, principio contemplado tanto en el Derecho Internacional (artículo 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*) como en el Derecho interno (artículos 2 y 11.2.a de la *LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor*, artículo 194.2 del *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley*

Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009). Por tanto, la reagrupación solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. Respecto a la reagrupación familiar he de dejar señalado que ésta no será efectiva en los casos en los que ha habido dificultades para localizar a la familia o si, una vez localizada, se determina que esa familia no reúne las condiciones necesarias para hacerse cargo del menor. Por eso es imprescindible crear conciencia de dar cumplimiento a las garantías exigidas en la normativa aplicable a estos menores, pues de lo contrario estaríamos privando al menor de un mejor futuro.

En esta línea, el Comité de Naciones Unidas señaló que, respecto a la adopción de medidas de repatriación, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos²⁹:

1. La seguridad personal y pública, así como las condiciones socioeconómicas que encontrará el niño a su regreso.
2. La existencia de mecanismos para atender individualmente al menor.
3. La opinión manifestada por el menor.
4. El derecho del menor a preservar su identidad, nacionalidad, relaciones familiares e incluso el nombre.
5. El derecho del menor a la educación.

Ahora entramos ya en la resolución del procedimiento. La competencia decisoria la tiene la Administración del Estado, la cual actúa a través de las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno, dictando una resolución administrativa que será la que dé fin al procedimiento de repatriación. Esta debe ser notificada al menor, pues solo conociendo el contenido de ésta el menor puede instar a los órganos judiciales competentes la defensa de sus derechos e intereses, incluso contra la voluntad de su representante legal. Cumplidos los trámites antes señalados comienza la fase de ejecución, en la que compete al Cuerpo Nacional de Policía entregar a las autoridades de frontera del país de origen al menor. No obstante, el menor estará acompañado de personal de la entidad protectora hasta el momento que se vaya a poner a disposición de las autoridades competentes en su país, para así garantizar la seguridad del menor hasta el último momento.

²⁹ Observación general N° 6, cit.

Finalmente me gustaría poner de manifiesto cómo con la repatriación se pueden poner en peligro algunos derechos fundamentales. Una vez el menor retorna a su país pueden verse afectados derechos como su supervivencia y desarrollo (Art 6 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*) o su integridad física y moral (Art 15 de la *Constitución Española*), ya que, como en epígrafes anteriores hemos dicho, las situaciones de estos menores en sus países de origen en la mayoría de los casos no son ideales para su bienestar. Algunas posibles situaciones que se presentan son: casos de maltrato, explotación o abuso familiar, o incluso que en el país de origen no exista persona que se responsabilice del menor. El Tribunal constitucional español ha declarado expresamente que, en estos casos, “para poder apreciar la vulneración del artículo 15 CE por ejemplo, no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse” (en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2002, de 14 de enero, FJ4)³⁰

Para evitar, por tanto, la vulneración de estos derechos, sería preciso garantizar que antes de repatriar a un menor que llegó a territorio español, probablemente poniendo en riesgo su vida, las autoridades competentes se cerciorarán que el menor será acogido por sus familiares, porque de lo contrario estaría peligrando sobre todo la integridad moral del menor.

Otro de los derechos que puede verse afectado por este procedimiento es el derecho a la vida familiar. Pese a no estar recogido como derecho fundamental en nuestra Constitución, sí está consagrado en instrumentos internacionales tales como la *Convención de Derechos del Niño* y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. De hecho, este último instrumento internacional, en su artículo 8, señala que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

³⁰ Cfr. LÁZARO GONZALES, I., *Los Menores Extranjeros No Acompañados*, Tecnos, 2010, pág. 190.

2. Permanencia del menor en territorio español como medida subsidiaria.

De no ser posible la repatriación del menor, la autoridad gubernativa decretará la permanencia del menor en España, quedando a cargo de una entidad de protección perteneciente a una Comunidad autónoma.

Posteriormente, la entidad protectora, a tenor del artículo 172.1 del *Código Civil*, deberá iniciar el expediente de declaración de desamparo del menor, para poder asumir ex lege la tutela del mismo y así adoptar las medidas de protección enunciadas en la *Ley orgánica 1/1996 de protección del menor*, además de otras medidas que se recojan en las leyes autonómicas. Algunas de esas medidas pueden ser el acogimiento en centros de protección, el acogimiento familiar y el acogimiento en centros privados.

Una vez declarada la situación de desamparo, lo más normal es que el menor sea tutelado por los servicios de protección y posteriormente se le autorice la residencia³¹ en España, en un plazo de nueve meses³², pues se considera legal la residencia de menores extranjeros no acompañados mientras estén bajo tutela de la Administración.

Sin embargo aquí no termina el proceso, porque éste continúa con investigaciones tanto de la Administración central como de la autonómica para dar con el paradero de la familia del menor, poder llevar a cabo la repatriación y así dar cumplimiento a la reagrupación familiar. Es decir, en España, el otorgar la autorización de residencia temporal no es impedimento para repatriar al menor siempre que se den los requisitos legales para iniciar el procedimiento de repatriación. Si las investigaciones no prosperan el menor pasa a estar a disposición de los servicios de protección, pero ya con carácter permanente hasta su mayoría de edad o, en su caso, la emancipación.

La guarda de los menores extranjeros no acompañados se hace normalmente mediante un acogimiento residencial, sin perjuicio de que también opere el acogimiento familiar, siempre teniendo en cuenta las necesidades del menor derivadas de su condición de extranjero no acompañado y las circunstancias socio familiares del menor. Además, se deberán adoptar medidas de integración del menor a nuestro territorio, tales como la

³¹ Para más información, visitar la página:

<http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja062/>

³² Artículo 196.1 del *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.*

formación educativa y socio laboral que le permitan más adelante participar en nuestra sociedad o la información adecuada de las tradiciones culturales y sociales de nuestro país.³³

En cuanto a la permanencia en España del menor cabe prever dos problemáticas. La primera de ellas se refiere a que durante la tutela puede haber un conflicto de intereses entre el menor extranjero tutelado y la Administración que tiene atribuida la tutela *ex lege*. Esta situación ha quedado reflejada en la práctica, por ejemplo, en el auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 6 abril 2006, que acordó nombrar un defensor judicial a un menor para garantizar su defensa en el procedimiento que conocía del recurso sobre su repatriación. El tribunal estableció que en este caso, “en el cual tanto el Abogado del Estado, como la fiscal, como la letrada de la CA Madrid, alegaron coincidentemente que lo más favorable es que el menor fuera repatriado para reunirse con sus padres en Marruecos, a pesar de que al menor la decisión adoptada por la Comisión de Tutela de la CA de Madrid no le satisface, procede nombrar un defensor judicial”. Y ello “sin que en modo alguno afecte la tutela que ostenta la Comisión de Tutela, que únicamente se ve afectada por el presente procedimiento”, por cuanto “se está en presencia de un supuesto en el que pueden darse intereses opuestos respecto de un asunto que afecta a la esfera personal y social del menor, debiendo primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo ser interpretadas de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, a tenor del art. 3 LO 1/1996 (...), Ley esta última que debe interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño (...), debiendo los poderes públicos garantizar el respeto de los derechos de los menores y adecuar sus actuaciones a dicha Ley y a la normativa internacional”.

La segunda problemática nace cuando el menor extranjero no acompañado titular de una autorización de residencia alcanza la mayoría de edad. En estos casos resulta de aplicación el artículo 35.9 de *Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, el cual señala que lo que procede es la renovación o una autorización de residencia y trabajo, pero se deberán

³³ Cfr. **SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL**, “Niños no acompañados: Las condiciones de una integración duradera en el país de acogida”, *Boletín*, núm. 11-12, 2007, p.11

tener en cuenta los informes positivos que pudieran presentar las entidades protectoras respecto a su integración, la continuidad de la formación o estudios que estuvieran realizando, así como su incorporación al mercado laboral.

Respecto a la renovación de la autorización de residencia, será de aplicación el artículo 197.2 del *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*, el cual remite al procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, con las siguientes particularidades: acreditar como medios económicos para su sostenimiento una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM, los informes positivos que presenten las entidades protectoras se tendrán en cuenta, se considerará el grado de inserción del solicitante a la sociedad española. Finalizado este procedimiento se le notificará al interesado. En caso de concedérsele la renovación, esta tendría una duración de dos años salvo que corresponda una autorización de larga duración.

Referente a la solicitud de una autorización de residencia y trabajo³⁴, el art 197.6 del Real Decreto remite el procedimiento a lo establecido en el artículo 200 del mismo, el cual señala que para acceder a la situación de residencia y trabajo se requiere que el extranjero hubiera estado en situación de residencia en España, al menos, un año. Además, será necesario que el empleador presente la solicitud de autorización y, por otra parte, se deben cumplir los requisitos laborales del artículo 64.3 del Real Decreto. Con la diferencia que en este caso podrá presentar uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva, una vez concedida la autorización, se deberá dar de alta al trabajador en la seguridad social en un plazo de un mes desde la notificación de la concesión.

Pero en la práctica existe una falta de unificación de criterios para otorgar la autorización de residencia a los menores, lo cual ha hecho que en casos particulares éstos estén desprotegidos, pues pasan a ser seres invisibles para el sistema, generando por tanto exclusión social³⁵, al limitarse su acceso a determinados recursos por no tener

³⁴ Cfr. LÓPEZ AZCONA, A. “Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, nº10, 2007, págs.1-35.

³⁵ UNICEF “Un niño o niña está excluido con respecto a otros niños o niñas cuando se cree que corre el riesgo de no beneficiarse de un entorno que le proteja contra la violencia, los malos tratos y la explotación, o cuando no tenga posibilidades de acceder a servicios y bienes esenciales y esto amenace de alguna manera su capacidad para participar plenamente algún día en su sociedad”.

“la documentación en regla”, o sea, se deja a ese inmigrante ya de 18 años en situación de irregularidad, sin condiciones suficientes para afrontar una vida autónoma.

CONCLUSIONES

El fenómeno de los menores extranjeros no acompañados es uno de los aspectos de la inmigración que más pone a prueba el sistema español, pues nuestro país debe controlar fronteras y, a la vez, velar por el respeto a los derechos del extranjero, que además de ser persona es menor de edad.

Respecto a este fenómeno he de señalar que las migraciones de los menores extranjeros no acompañados han ido cambiando a lo largo de los años. Si en un inicio el perfil general del MENA lo constituía un varón de 16 años procedente del norte de Marruecos, hoy resulta muy variado en función de las circunstancias personales que presentan cada uno de los menores y de la diversificación de las nacionalidades de procedencia, cuestiones que dificultan abordar el fenómeno, pues España, para dar una respuesta eficaz, deberá actuar de manera individualizada con los menores, ya que actuar de manera general puede llegar a resultar una práctica, además de improcedente, injusta. Y no debemos olvidar que la responsabilidad del futuro de estos menores recae sobre el sistema de protección de infancia de nuestro país. Es por ello que mi investigación estuvo orientada a dar a conocer mejor este fenómeno.

La problemática jurídica se inicia una vez se detecta a un menor carente de la protección de un adulto responsable, es decir, en situación de desamparo, y se le ofrece la protección pública, derecho recogido en el artículo 20 de la *Convención ONU de los Derechos del niño de 1989*. En el artículo 39.4 de nuestra Constitución se proclama que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Artículo que además fue desarrollado por la *Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor*, así como por el artículo 172 de nuestro *Código civil*, el cual establece que cuando “la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria”. Así que en adelante se les debería considerar y por tanto tratar como menores.

Pero la práctica nos arrojó como dato importante que dentro de los servicios de protección autonómicos se trata como mayores de edad a menores que poseen un

pasaporte válido, surgiendo aquí la problemática de la determinación de la edad. Se somete a los menores a pruebas osteométricas con el fin de impugnar dicho pasaporte y poder decretar que el extranjero es mayor de edad. Resultando una práctica administrativa además de ilegal, preocupante. Las pruebas para determinar la edad de un menor solo pueden ser realizadas si así lo determina el Ministerio Fiscal, petición que hará el Ministerio Fiscal mediante resolución. Si existen indicios de falsedad en el pasaporte, la actuación debe ir encaminada a destruir la presunción de veracidad del mismo en sede judicial. La cuestión es que esta práctica administrativa es preocupante porque si se declara mayor a un verdadero menor de edad no se le podrá declarar en situación de desamparo, con lo cual no va a tener derecho a una tutela sino a un acogimiento de hecho, negándole así la posibilidad de acceder a una educación, pieza clave para conseguir su inclusión socio laboral. Además si se les niega la condición de menores, pasan a ser solo extranjeros a los que se les puede incoar un expediente de expulsión.

También pudimos ver que en España el régimen jurídico que aplicamos a los MENAs es dual: por su condición de “extranjeros” se les aplicará un marco jurídico de carácter restrictivo (normativa de extranjería) y por su condición de “menor” otro marco jurídico de carácter garantista. En mi opinión, ambos bloques de normas tienen como función garantizar derechos y la distinción crea una contrariedad a la hora de determinar el régimen jurídico del menor. A esta dificultad se añade la descoordinación institucional que se puede presentar debido al sistema organizativo de nuestro país, pues contamos con 17 comunidades y 2 ciudades autónomas, cuyas administraciones no unifican criterios para determinar la situación de un menor extranjero no acompañado. Es por ello que considero que la aplicación del régimen jurídico al menor es un aspecto a mejorar en nuestro país, ya que visionar nuestro conjunto de leyes como garantistas de derechos nos va a permitir tratar a los menores como tal, imperando el interés del menor sea cual sea la decisión que se tome respecto a la situación del menor extranjero.

Una de las posibles decisiones a tomar es la repatriación, un proceso en el que han de cumplirse una serie de garantías ineludibles cuyo fundamento será siempre el interés superior del menor. En primer lugar serán necesarios informes personales, familiares y sociales del menor; audiencia previa del menor para poder hacer una valoración justa de sus circunstancias -y además el derecho a ser oído hace parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra constitución-. En aras

de asegurar su efectividad, el derecho a ser oído debe incluir el derecho a tener asistencia de letrado, para que así el menor tenga quien defienda sus derechos e intereses legítimos en el caso de tener lugar un procedimiento judicial cuyo objeto sea la toma de una decisión que afecte de manera directa sus intereses personales. Sin embargo, en la práctica se ha denunciado por diversas instituciones y organizaciones de derechos humanos que en los expedientes de repatriación las garantías previstas por la ley no son siempre respetadas. Lo rescatable de esta situación es que el problema ha llegado a los Tribunales y estos están dictando resoluciones judiciales que nos permiten paliar esta problemática, es decir, ya hay resoluciones que impiden la repatriación si no se ha acordado en atención al interés superior del menor sino como una medida de expulsión carente de cobertura jurídica.

Otra posibilidad es decretar la permanencia del menor en España, en mi opinión la cuestión más problemática que surge al tomar esta decisión es el acceso del menor a la documentación y a la residencia legal, pues le compete al organismo autónomo responsable del menor tramitar la solicitud de la autorización de residencia y éste la tramita poco antes de que el menor alcance la mayoría de edad, con lo cual si se comprueba la mayoría de edad de éste se archiva la solicitud. Actuación ilógica, pues no tiene sentido prestar atención a los menores, darles recursos formativos y luego no contribuir a que el extranjero acceda a la mayoría de edad en situación de regularidad para que avance en su proceso de inserción social y laboral.

Es por eso que con esta investigación pretendo crear conciencia respecto a la búsqueda de una solución duradera y segura para los menores que llegan a diario a nuestro país, siendo consciente de que para conseguir este objetivo debe haber un estudio previo y una buena valoración de la situación del país de origen y la de nuestro país, que sería en ese momento el país de residencia. Porque no debemos perder de vista que el menor no acompañado y separado de su familia es titular de unos derechos, como por ejemplo el derecho a la vida y a buscar protección internacional, derechos que no se les deben negar, pero se les niegan debido a la mala praxis de los países receptores, incumpliendo en ocasiones el artículo 5 de la Convención de los Derechos del niño, que establece que “los Estados parte reconocen que todo niño y toda niña tiene el derecho intrínseco a la vida”, o los párrafos 23 y 24 de la Observación General N°6, que afirma que “los menores separados son vulnerables a diversos riesgos que afectan sus vidas, su

supervivencia y su desarrollo, por lo que deberán tomarse medidas para protegerles de esos riesgos”.

Y puesto que la Comisión Europea puso en marcha en el año 2010 el Plan de Acción sobre los menores extranjeros no acompañados con el fin de mejorar la protección de los menores no acompañados que entren en la Unión Europea, nosotros, como Estado miembro de la Unión Europea, nos deberíamos comprometer a aplicar de manera rigurosa las normas de recepción, protección e integración de estos menores para que así el principio del interés superior del menor constituya siempre la base de cualquier actuación que las autoridades con competencia decidan.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ADAM MUÑOZ, M.D., “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009

CALZADA GONZALEZ, O., *La protección de los menores extranjeros no acompañados en Cantabria*, 2007.

GUTIERREZ GARCÍA, C. y MARTÍ SÁNCHEZ, J.M. “Los derechos del menor. Evolución y situación actual”, en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº 28, sept. 2000.

JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M., “Buscarse la vida. Análisis trasnacional de los procesos migratorios de los menores marroquíes en Andalucía”, *Cuadernos Fundación Santa María*, Nº2,2003.

LÁZARO GONZALES, I., *Los Menores Extranjeros No Acompañados*, Tecnos, 2010.

LÓPEZ AZCONA, A., *Problemática jurídica de los menores extranjeros no*, Universidad de Zaragoza, 2007.

QUIROGA, V; ALONSO, A; ARMENGOL, C. (CONRED), “Rutas de pequeños sueños”, *Menores migrantes no acompañados en Europa*, Fundación Pere Tarrés, Barcelona, 2005, pp. 227-252.

QUIROGA, V.; SORIA, M., “Los y las menores migrantes no acompañados/das: entre la indiferencia y la invisibilidad”, en *Educación social: Revista de intervención socioeducativa*, nº 45, 2010, pp. 13-35.

QUIROGA, V.; ALONSO, A.; SORIA, M., “Sueños de bolsillo”. *Menores migrantes no acompañados en España*, Fundación Pere Tarrés, Barcelona, 2010, pp. 1-100

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., “Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8, 2012, pp. 1-25.

URÍA PELAYO, A.M., “Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores”, en *Educación social: Revista de intervención socioeducativa*, nº 45, mayo/agosto 2010, pp. 36-64.

NORMATIVA

➔ **NORMATIVA INTERNACIONAL.**

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.
- Declaración Universal de los Derechos del Niño, 1959.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
- Observación General nº 6 del Comité de los Derechos del Niño, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”.

➔ **NORMATIVA COMUNITARIA.**

- Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados procedentes de terceros países.

➔ **NORMATIVA ESTATAL.**

- Constitución Española de 1978.
- Código Civil de 1889.
- Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, de 26 de noviembre.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del menor.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.
- Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado en materia de extranjería.

➤ **NORMATIVA AUTONÓMICA.**

- Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia.