



universidad  
de león



FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO  
UNIVERSIDAD DE LEÓN  
CURSO 2020/2021

**EL PROCESO MIGRATORIO DE LOS  
«MENA»: ASPECTOS JURÍDICOS EN  
EL ÁMBITO EUROPEO Y SU  
INCIDENCIA EN LEGISLACIÓN  
ESPAÑOLA**

*THE 'MENA' MIGRATION PROCESS:  
LEGAL ASPECTS AT THE EUROPEAN  
LEVEL AND THEIR IMPACT IN SPAIN*

**GRADO EN RELACIONES LABORALES Y  
RECURSOS HUMANOS**

AUTORA: DÑA. RAFAELA FABRI CUEVAS

TUTOR: Prof. Dr. D. DAVID CARRIZO AGUADO

# ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| I- RESUMEN .....   | 4  |
| Palabras clave.....  | 4  |
| Abstract.....  | 4  |
| Keywords .....   | 5  |
| II- OBJETO .....   | 6  |
| III- METODOLOGÍA.....  | 8  |
| IV. INTRODUCCIÓN .....   | 10 |
| 1. Definición de menor extranjero no acompañado (mena) .....                                   | 10 |
| 2. Perfil y características del mena en España: procedencia, sexo, edad, perfil económico..... | 12 |
| 3. Situación de desamparo: consecuencia directa, la tutela. ....                               | 15 |
| 4. Derechos fundamentales del menor.....   | 19 |
| CAPÍTULO I: Medidas de protección para los menores extranjeros no acompañados. ....            | 24 |
| 1. Tutela “ex lege” .....  | 26 |
| 2. Acogimiento residencial .....   | 27 |
| 3. Acogimiento familiar .....  | 27 |
| 3.1 Acogimiento familiar de urgencia .....   | 28 |
| 3.2 Acogimiento familiar temporal.....   | 28 |
| 3.3 Acogimiento familiar permanente .....  | 28 |
| CAPÍTULO II: Determinación de la edad del menor extranjero no acompañado .....                 | 29 |
| 1. Procedimiento para determinar la edad .....   | 29 |
| 2. Problemas en la determinación de la edad.....   | 34 |
| 3. Resumen de los métodos de evaluación de la edad.....  | 36 |
| 3.1 Guía sobre la implementación gradual de métodos .....                                      | 36 |
| 3.1.1 Análisis de las pruebas disponibles y primeras estimaciones .....                        | 36 |
| 3.1.2 Métodos no médicos .....   | 37 |
| 3.1.3 Métodos médicos (que no usan radiación).....   | 38 |
| 4. Fecha para la fijación de la edad del menor y reagrupación familiar .....                   | 39 |
| CAPÍTULO III: Régimen jurídico aplicable a los mena .....                                      | 42 |
| 1. Normativa internacional .....   | 42 |
| 2. Normativa nacional .....  | 43 |
| 3. Normativa autonómica .....  | 44 |

|     |   |    |
|-----|---|----|
| 4.  | Procedimiento a seguir ante la presencia de un mena .....   | 44 |
| 4.1 | Procedimiento de repatriación .....   | 44 |
| 4.2 | Permanencia del menor en territorio español como medida subsidiaria .....   | 47 |
| 5.  | Alcance del contenido del artículo 12 de la convención de los derechos del niño.....  | 49 |
| 6.  | Observación general número 12 del comité de los derechos del niño: derecho a ser escuchado .....  | 49 |
| 7.  | Análisis de la observación general sexta del comité de los derechos del niño: el trato de los mena y separados de su familia fuera de su país de origen ..... | 50 |
| 8.  | Condiciones imprescindibles para el derecho a ser escuchado.....  | 50 |
| V-  | Conclusiones.....   | 51 |
| VI- | Bibliografía .....  | 55 |

## **I- RESUMEN**

La problemática de los MENA es sin duda una cuestión que afecta a toda nuestra sociedad. Desde su aparición, se ha podido observar como su número se ha visto incrementado de forma significativa en los últimos años, tanto en nuestro país, como en los demás Estados. Estos menores presentan una triple problemática, la de ser menores, extranjeros y no contar con la compañía de un responsable que esté a su cargo, lo que hace que este colectivo se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad con respecto a los demás. A su llegada a territorio nacional, dichos menores deben someterse a pruebas de determinación de la edad con el fin de determinar su permanencia en territorio nacional, con su correspondiente guardador, o su posible repatriación a su país de origen. En el presente trabajo se analizarán tanto, los derechos y las medidas sobre protección hacia estos menores, como los problemas a los que se enfrentan los mismos a su llegada al país de destino, analizando la normativa nacional, autonómica e internacional, que deben adoptar cada país o en su caso, cada comunidad autónoma, ante la presencia de este colectivo, siempre y cuando se respete el interés superior del menor.

**PALABRAS CLAVE:** Menor Extranjero No Acompañado, vulnerabilidad, determinación de la edad, guardador, repatriación, derechos fundamentales, medidas de protección, desamparo, principio del interés superior del menor.

## **ABSTRACT**

The problema of MENA immigrants is, beyond any doubt, an issue that affects all our society. Since it came up, it has been observed how the number has increased meaningfully over the the last few years. Both in our country and overseas. These people under-age are faced with three-fold problems; being under age, foreigners and not counting on somebody who is responsible for them, which makes that this social group is in a very big vulnerability situation in respect of others. Upon their arrival in our country, these people must under go tests which determine their age with the aim of establishing they stay here, with their correspondent tutor, or a possible return to their country of origin. In this paper we will be analysing the rights and measures of protection towards these people under age but also the issues they face on their arrival in their target

destination, by analysing our national, regional and international legislation which each country must observe or each autonomous región before the presence of this collective, as long as the upper interest of the person under age is respected.

**KEYWORDS:** Foreign unaccompanied person under age, vulnerability, age establishment, tutor, return, fundamental rights, protection measures, neglect, upper interest, principle of the person under age.

## **II- OBJETO**

El análisis de la figura del MENA suscita un notable interés debido a su gran impacto en la sociedad y debido a que se trata de un colectivo muy vulnerable. Hoy en día son muchas las normativas que se dedican a abordar este asunto, aunque debido a la gran complejidad del campo jurídico que aborda este supuesto, el presente estudio tiene por objeto el análisis de la figura del MENA, su impacto en la sociedad, y como las distintas normativas, tanto nacional, autonómica e internacional abordan este asunto.

En la primera parte del trabajo, a efectos introductorios, se hace referencia a las distintas definiciones legales sobre este colectivo, así como al perfil que caracteriza a los menores llegados a territorio español, las consecuencias en caso de que dichos menores lleguen sin estar acompañados de un responsable y sus derechos fundamentales, por los cuales deben ser tratados de la misma forma que un menor nacional. En el capítulo I, se hace referencia a las medidas de protección a las que se someten una vez llegados al país de destino, y no disponer de la tutela de un adulto, tutor, o persona responsable de dicho menor.

En el capítulo II, se hace mención a la determinación de la edad, un concepto muy relevante en el presente trabajo, ya que resulta esencial con el fin de determinar la permanencia o el retorno del MENA a su país de origen. Se hace referencia también, a los procedimientos más adecuados a la hora de determinar dicha edad, con el fin de que no se vulnere el interés superior del menor, estableciendo así, los métodos médicos más satisfactorios, así como los métodos no médicos que se podrán utilizar. En cambio, aunque dichos procedimientos suelen ser efectivos, existen numerosas ocasiones en las que no resultan ser propicios para averiguar la edad del menor, y por lo tanto nos enfrentamos a los problemas de la determinación de la edad, un tema, que como hemos visto, también se aborda en dicha investigación.

Por último, en el capítulo III nos referimos al régimen jurídico aplicable a los MENA, en primer lugar, a la normativa internacional que les es aplicable, como por ejemplo la Convención de los Derechos del Niño, a la normativa nacional, haciendo especial mención al Código Civil y a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y a la normativa autonómica, citando así entre otros, el Boletín Oficial de Castilla y León y el Estatuto de Autonomía. En segundo lugar, el procedimiento a seguir ante la presencia de un MENA, el cual incluye la repatriación, en caso de que dicho menor no sea considerado como tal y que se haga factible su retorno, así como su permanencia en

territorio español como medida subsidiaria, en el caso de que dicho retorno vulnere el interés superior del niño. Dicho apartado finaliza con una breve mención a la Observación General número 12 del Comité de los Derechos del niño, en cuanto al derecho a ser escuchado del menor y con en análisis de la Observación General sexta del comité de los derechos del niño, en cuanto al trato de los MENA y separados de su familia fuera de su país de origen.

### **III- METODOLOGÍA**

Con el fin de lograr los objetivos de este Trabajo de fin de Grado, será necesario realizar una investigación científica, en la cual el papel fundamental lo asumirá factor jurídico. La metodología empleada en dicha investigación se puede distribuir de la siguiente forma:

1) Elección del tema del trabajo. En primer lugar, se realizó la elección del tema a tratar en el presente trabajo. Aunque es mucha la diversidad de temas posibles a tratar en un trabajo de investigación, la elección se basa en la investigación acerca de los menores extranjeros no acompañados, debido a que se trata de un tema de la actualidad y que suscita un gran impacto en nuestra sociedad y en derecho, el cual se ve obligado a constantes adaptaciones para hacer frente a las circunstancias que rodean este grupo de menores. Además, al ser un colectivo de gran vulnerabilidad, por ser extranjeros y menores, sería de gran interés analizar los derechos que les abarcan, las medidas de protección que se les proporciona, así como, el impacto que tiene sobre este colectivo el derecho de extranjería.

2) Preparación del Índice. Una vez elegido el tema a tratar, el siguiente paso es la preparación del índice. Para ello, es importante la lectura de numerosos documentos y materiales relativos al ámbito en cuestión, con el fin de seleccionar los puntos a abordar. De esta forma, podríamos establecer un orden, para su posterior adecuado y claro desarrollo. En relación a la estructura, podemos diferenciar cuatro partes: la primera parte consta de un apartado introductorio, en el cual se abordarían aspectos importantes, como, la definición de MENA, los perfiles y características más comunes en la presencia de un menor en territorio español, la situación de desamparo y los derechos reconocidos a dicho colectivo cuando se encuentran presentes en España. La segunda parte trata sobre las medidas de protección proporcionadas a estos menores en los casos en que lleguen a territorio español sin la presencia de un adulto o responsable que este a su cargo, estableciendo así diversas formas de acogimiento, según cada caso. En la tercera parte del trabajo se aborda la cuestión de la determinación de la edad, con sus respectivos procedimientos, los problemas que plantea y los métodos tanto médicos como no médicos de los cuales se pueden hacer uso. Y por último, una cuarta parte, en la cual se hace referencia al régimen jurídico aplicable a los MENA, los procedimientos a seguir en cuanto a su repatriación o a su permanencia en territorio español como medida



subsidiaria, así como los derechos del menor a ser escuchado en cuanto a la Convención de los Derechos del Niño, siempre respetando el interés superior de estos menores.

3) Búsqueda y análisis de la información. Con el fin de la adecuada ejecución del trabajo, ha sido necesaria la recopilación de diversa información de numerosas fuentes, como por ejemplo, artículos de revista, capítulos de libros y manuales que hacen referencia al citado tema. También, es necesario hacer mención a otra fuente de información como es la jurisprudencia sentada por los órganos jurisprudenciales internacionales, europeos y nacionales en aplicación a la normativa mencionada. Recopilada y analizada toda la información necesaria para dicho estudio, se realizan unas conclusiones finales, a las que hemos llegado como resultado final.

Por último, resulta importante resaltar también, la ayuda proporcionada por el tutor, en cuanto a la proporción de materiales, correcciones y aclaraciones, oportunas para la ejecución adecuada de dicho trabajo.

#### **IV. INTRODUCCIÓN**

España, en los últimos años se ha convertido en uno de los países donde más población extranjera ha entrado. Inicialmente, se recibían en mayor medida inmigrantes adultos, pero desde 1990, gran parte de la población que entra a nuestro país son menores dispuestos a encontrar un futuro mejor. Es lo que conocemos como Menores Extranjeros No Acompañados (MENA).

La entrada masiva de estos, ha supuesto un gran problema para distintas Comunidades Autónomas, las cuales han vivido de primera mano esta situación.

Estos menores deben ser objeto de una especial protección y, en ningún caso se debe entrar a valorar la nacionalidad, origen o demás circunstancias que concurren en la persona, ya que es básico partir siempre de que no hay diferencia alguna entre el menor nacional y el que no lo es. Es un principio universal el de actuar a favor del interés superior del menor.

El propósito de esta investigación es acercarnos a la reflexión sobre las intervenciones con los menores migrantes residentes en España sin la compañía de un adulto que ejerza la patria potestad o la tutela. Debemos comprender que corresponde a nuestra sociedad y principalmente al Estado Español la protección de estos menores, ya que, aunque este fenómeno lleva produciéndose desde hace más de una década, no se ha respondido aún de manera eficaz y eficiente a esta.

Por lo tanto, en este trabajo se abordará como cuestiones principales, la definición de menor extranjero no acompañado, así como sus distintos perfiles, las medidas de protección aplicables a los MENA, la determinación de la edad y por último el régimen jurídico que les es aplicable.

##### **1. DEFINICIÓN DE MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO (MENA)**

El nuevo Reglamento de Extranjería de 20 de abril de 2011, en su artículo 186, establece una definición legal de “*menor extranjero no acompañado*”, el cual sería aquel 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 a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación<sup>1</sup>.

En relación a la normativa relativa a los menores inmigrantes, el ser extranjero no es sinónimo de no ser nacional, pues no se consideran extranjeros a estos efectos, los niños y niñas procedentes de los Estados Miembros de la Unión Europea. Por tanto, los menores rumanos, desde el año 2007, fecha de incorporación de Rumania a la Unión Europea, no pueden considerarse inmigrantes no acompañados.

Por lo tanto, de acuerdo con la definición legal, son menores extranjeros, aquéllos que no han cumplido los 18 años de edad, siendo muy importante dicha referencia expresa a la edad, ya que la Convención de Derechos del Niño de 1989, en su artículo 1, tras señalar que se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, prevé que, de acuerdo con la ley nacional que le sea aplicable, se pueda obtener antes la mayoría de edad. Previsión que también se recoge en la Ley orgánica 1/1996, de Protección jurídica del Menor, en su artículo 1.

También podemos hacer referencia a *la Directiva nº 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar*, la cual define a los MENA como, el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros<sup>2</sup>. La institución de la reagrupación familiar debe ser tratada en toda regulación, especialmente cuando se trate de un tema sensible al desarrollo mismo de la sociedad y a la realidad de todas las personas<sup>3</sup>.

Y por último, la definición aportada por el *Consejo de Europa de 1997* el cual los define como todos los nacionales de países terceros menores de 18 años que entran en territorio de los Estados miembros sin estar acompañados de un adulto responsable de ellos por ley o el hábito, y mientras no estén efectivamente bajo cargo de tal persona, así

---

<sup>1</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C / RAMÓN FERNÁNDEZ, F / CLOQUELL LOZANO, A., “Capítulo introductorio. Definición”, CABEDO MALLOL, V. (coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 25-27.

<sup>2</sup> DOUE, nº 251, de 3 de Octubre, de 2003.

<sup>3</sup> CARRIZO AGUADO, D/ ALONSO GARCÍA M<sup>a</sup>.N., “La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de derecho de familia*, 82, 2019, p. 384.

como menores nacionales de países terceros que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro<sup>4</sup>.

## 2. PERFIL Y CARACTERÍSTICAS DEL MENA EN ESPAÑA: PROCEDENCIA, SEXO, EDAD, PERFIL ECONÓMICO.

Los movimientos migratorios vinculados a los “MENA” se han visto generalizados debido a la proliferación de las guerras locales y a la creciente violencia e intolerancia de los Estados totalitarios sobre sus propios ciudadanos<sup>5</sup>.

Dada su proximidad geográfica con África y siendo dos ciudades españolas como son Ceuta y Melilla pertenecientes a continente africano, España se convierte en el destino ideal para estos menores, cuyas expectativas radican no solo en pertenecer y encontrar mejores condiciones de futuro, si no también trasladarse a otros Estados Miembros de la UE.

Tanto es así que, según los datos de la memoria de la Fiscalía de 2018, correspondiente al ejercicio de 2017, contamos con 2.345 menores extranjeros no acompañados llegados a las costas españolas en pateras u otras embarcaciones similares. Este dato representa un importante crecimiento de un 398% en relación al año 2016, en el cual se registraban tan solo 588 MENA, y de un 566% con respecto al año 2015 en el que hubo 414 MENA.

Con carácter general, el perfil de los MENA llegados a España en los últimos años es caracterizado por ser jóvenes de entre 15 a 18 años, procedentes de Marruecos, Argelia, Gambia, Guinea, Ghana, Mali, África Subsahariana, Senegal, Rumanía, Bulgaria, Nigeria y República de Guinea, que vienen a nuestro país a “buscarse la vida”, en ocasiones de forma voluntaria y en otras impulsados por sus familias<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> CHEDDADI, Z., “Marco teórico. Definición del concepto MENA: aportación de algunos conceptos esenciales en la investigación”, DEL VALLE, A.I. (dirs.), *Integración Socioeducativa de los MENA en la CAV*, Ikasturtea, País Vasco, 2017, p. 9.

<sup>5</sup> CARRIZO AGUADO, D/ ALONSO GARCÍA M<sup>a</sup>.N., “La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de derecho de familia*, núm. 82, 2019, pp. 383-384.

<sup>6</sup>FUENTES SÁNCHEZ, R., “Menores Extranjeros no Acompañados (MENA): Unidad de Expulsiones y Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería, Ministerio del Interior”, *Revista internacional de trabajo social y bienestar*, núm. 3, 2014, p. 107.

Las procedencias más importantes por número son: Marruecos con un 68% de la población MENA en España, seguido de África Subsahariana cuya representación es del 15%, Rumanía con un 7% y por último Argelia con un 2,9%<sup>7</sup>.

La mayoría de estos menores llegan a nuestro país con un escaso nivel de formación educativa. Muchos de ellos han estudiado educación primaria en su país, mientras que otros, no han podido hacerlo.

Este colectivo es principalmente masculino, ya que, al ser estas migraciones programadas por y para la familia, el menor varón, mayor de edad en la familia, se convierte en la persona ideal para sacar a su familia de la pobreza<sup>8</sup>.

Sin embargo, aunque es más común la presencia de varones en este colectivo, también es importante hacer referencia a otro perfil diferente, como son las chicas, menores de edad invisibilizadas institucional y socialmente, que se encuentran en situaciones más precarias y vulnerables de riesgo social que los chicos, tales como el trabajo sexual, los hurtos y la mendicidad o bien el trabajo doméstico. El porcentaje de chicas MENAS es del 4% del total.

En cuanto a las circunstancias que motivan a estas menores a llegar a España, podemos decir que su emigración, en muchas ocasiones, es motivada por la huida de un entorno familiar conflictivo o con el fin de alejarse de una sociedad reproductora de los roles de género.

Además de por esta causa, otro motivo que motiva a estos menores a abandonar sus países para entrar en España podría ser por un lado, la proximidad del país de acogida, un paso intermedio hacia Europa, y por otro lado la pobreza, situaciones de desestructuración familiar y desprotección institucional, falta de oportunidades, la guerra,

---

<sup>7</sup> COLLADA RIVEROLA, M<sup>a</sup> P/ NASVASCUÉS ORNAQUE, R., “Perfil del Mena en España. Procedencia”, GÓMEZ QUINTERO, J.D y GIMENO MONTERDE, C. (dirs.), *Menores extranjeros no acompañados, ¿Qué hay tras la mayoría de edad?: Factores de Riesgo que influyen en su emancipación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 26.

<sup>8</sup> CHEDDADI, Z., “Menores e Inmigrantes: Perfil de los MENA y sus características”, DEL VALLE A.I (dirs.), *Integración Socioeducativa de los MENA en la CAV*, Ikasturtea, País Vasco, 2017, p. 11.

la violencia, catástrofes naturales, persecución y situaciones de violación generalizada de los derechos humanos<sup>9</sup>.

En cuanto a su perfil económico, podemos destacar una presencia numerosa de varones dentro de este perfil en relación a las mujeres, en cuyo caso existe una presencia inferior<sup>10</sup>. Presentan necesidades económicas, desconocimiento del idioma, carecen de recursos alimenticios, alojamiento y vestimenta básica, viven en situaciones de desamparo, marcadas en ocasiones, con la presencia de fuerte maltrato familiar<sup>11</sup>.

Los progenitores de estos, tienen un bajo nivel de estudios, muchos incluso son analfabetos y además los índices de escolarización de los menores son más bajos que en otros perfiles, teniendo la mayoría de ellos experiencia laboral en sus países de origen.

Dentro de este perfil, en primer lugar llegan menores mayormente del Magreb, sobre todo de Marruecos, de ciudades como: Tánger, Larache, Ksar-el-Kbir, Nador, Alhucemas, Kenitra o Rabat. Entre los 12 y 13 años, estos jóvenes deben incorporarse al mundo laboral en su país de origen y participar activamente en la economía doméstica, interiorizando el rol de responsabilidad masculina. Aunque es cierto que hay más varones, en los últimos años en el Magreb hay más mujeres que se incorporan en el mercado laboral y actualmente algunas de ellas reproducen los patrones de migración masculinos. En segundo lugar, encontramos menores procedentes del África Subsahariana, sobre todo de países del África Occidental, concretamente de Senegal, Ghana, Mali, Gambia, Guinea Conakry, Costa de Marfil, Angola y Guinea Bissau, donde el perfil femenino es muy reducido. En tercer lugar, procedentes de Europa del Este, concretamente de Bulgaria y Rumania, en este caso hay más mujeres que varones. Se trata generalmente de niñas que han sido casadas sin tener en cuenta su voluntad y son enviadas a España con el propósito de ayudar económicamente a la familia por medio de pequeños robos o mendigando. Una

---

<sup>9</sup> CARRIZO AGUADO, D/ ALONSO GARCÍA M<sup>a</sup>.N., “La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de derecho de familia*, núm. 82, 2019, p. 384.

<sup>10</sup> COLLADA RIVEROLA, M<sup>a</sup> P/ NASVASCUÉS ORNAQUE, R., “Perfil del Mena en España. Procedencia”, GÓMEZ QUINTERO, J.D y GIMENO MONTERDE, C. (dirs.), *Menores extranjeros no acompañados, ¿Qué hay tras la mayoría de edad?: Factores de Riesgo que influyen en su emancipación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 28.

<sup>11</sup> CARRIZO AGUADO, D/ ALONSO GARCÍA M<sup>a</sup>.N., “La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de derecho de familia*, núm. 82, 2019, pp. 385-386.

vez en España han decidido acabar con la situación de explotación y con ese matrimonio impuesto. Por último, hay menores que emigran por causas económicas procedentes de Asia y América del Sur, aunque en menor medida<sup>12</sup>.

### 3. SITUACIÓN DE DESAMPARO: CONSECUENCIA DIRECTA, LA TUTELA.

La llegada de menores extranjeros a nuestro país tiene inicio en los años 90, pudiéndose hablar de tercera generación de la inmigración, tras la del padre y la posterior de la madre. Este fenómeno se está pudiendo observar en todas las Comunidades Autónomas, pero sin duda, en algunas, como Canarias y Andalucía, de forma especialmente significativa<sup>13</sup>.

El supuesto de que un menor extranjero llegue a España en compañía de uno o varios adultos no debe ser causa justificativa para determinar que dicho menor no se encuentra en situación de desamparo. Se debe actuar con cautela con el fin de comprobar la relación que existe entre el menor y el adulto que le acompaña, ya que en muchos casos puede ocurrir que no tengan relación alguna o, lo que es peor, que el menor se encuentre en manos de traficantes de personas o de mafias de diverso tipo.

En este caso también hay que tener cuenta la figura del guardador de hecho, el cual tiene reconocimiento legal en nuestro país. Si el menor extranjero se encuentra en territorio español separado de sus padres, pero al cuidado de un guardador de hecho legítimo que ejerza correctamente los deberes de guarda y protección establecidos en las leyes, entonces no dará lugar a la situación de desamparo.

A ello se refiere expresamente el artículo 303 del Código Civil, el cual establece que cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Cautelarmente, mientras se mantenga la

---

<sup>12</sup>COLLADA RIVEROLA, M<sup>a</sup> P/ NASVASCUÉS ORNAQUE, R., “Perfil del Mena en España. Procedencia”, GÓMEZ QUINTERO, J.D y GIMENO MONTERDE, C. (dirs.), *Menores extranjeros no acompañados, ¿Qué hay tras la mayoría de edad?: Factores de Riesgo que influyen en su emancipación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 29.

<sup>13</sup> ARMENTEROS LEÓN, M., “Menores Extranjeros en situación de desamparo”, *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 30-36.

situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763*<sup>14</sup>.

Sin embargo, la figura de guardador de hecho en relación con los MENA debe ser tratada y valorada cautelarmente, pues existen muchos casos de personas que se hacen pasar por esta figura, siendo en realidad miembros de organizaciones dedicadas a la trata de personas<sup>15</sup>.

Por otro lado, podemos hacer referencia al artículo 172 del Código Civil, el cual nos ofrece una definición de la mencionada situación de desamparo, estableciendo que se considera como tal la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado 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. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763*<sup>16</sup>.

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

---

<sup>14</sup> RD, nº 206, de 25 de Julio 1889.

<sup>15</sup> ARMENTEROS LEÓN, M., “Menores Extranjeros en situación de desamparo”, *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 36.



La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.

La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto anteriormente, o los tutores que, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela.

Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.

En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a

practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública.

Ésta por su parte, cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1 del Código Civil, como son:

1. Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.
2. Por la adopción del tutelado menor de edad.
3. Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.
4. Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.
5. Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere

Por último, según podemos observar en la *Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia nº 582/2014, de 27 octubre, RJ\2014\5183* concluye que para que exista la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, consiste en que se produzcan por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia, moral o material y el segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir, que se encuentren carentes de tal asistencia. Por lo tanto, el desamparo es fundamentalmente una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias, lo quedará lugar, de forma automática, a la

asunción de la tutela por la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia de los padres biológicos<sup>17</sup>.

Sin embargo, es necesario mencionar que no siempre es fácil determinar la situación de desamparo de un menor de edad extranjero, tanto es así, que como se ha indicado en la Instrucción 3/2003, la cual planteaba el problema en términos de desbordamiento de los servicios de protección de los menores españoles ante la situación descontrolada de la inmigración ilegal, indicando que podrían éstos perder la finalidad asistencial que les es propia en el caso de seguir con la tendencia de aumento de llegada a nuestro país de menores extranjeros. Debido a esta situación, la mencionada Instrucción plantea la necesidad de replantearse los supuestos de desamparo de estos menores exigiendo una comprobación más exhausta y partiendo de dos ideas esenciales<sup>18</sup>:

1. La minoría de edad, sin el referente de una persona mayor de edad, no debe asegurar por si sola una declaración de desamparo.

2. La figura del retorno o devolución puede ser aplicada a los extranjeros menores de edad que acceden ilegalmente a nuestro país.

En base a esto, podemos concluir, que los extranjeros emancipados, por el hecho de vivir independientemente con el consentimiento de sus padres, no serán considerados en situación de desamparo. Asimismo, se establece que, salvo en supuestos de patente situación de desamparo, el Fiscal dictaminará a favor del retorno del menor al punto de origen, en los casos en que éstos pretendan entrar ilegalmente en España. En caso de que dicho retorno no se efectúe en el plazo de 48 horas, el Fiscal solicitará autorización al Juez de menores para el internamiento en un centro de menores.

#### 4. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR.

El volumen de los MENA en España se ha incrementado en los últimos 10 años, convirtiéndose en una gran preocupación para las instituciones sociales y para la Administración, los cuales tienen la obligación legal de protegerles, evitar la vulneración

---

<sup>17</sup> STS nº 582/2014, de 27 de Octubre.

<sup>18</sup> ARMENTEROS LEÓN, M., “Menores Extranjeros en situación de desamparo”, *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 37-38.

de sus derechos, prevenir los riesgos de una migración precoz y peligrosa y buscar la mejor solución para ellos<sup>19</sup>.

En el Derecho internacional se deben recordar todas aquellas normas que los Estados reconocen como protectoras de los derechos fundamentales básicos de cualquier ser humano. Estos derechos integran lo que hoy en día se denomina Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>20</sup>.

El primer texto fundamental es la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en la cual, la Asamblea General de Naciones Unidas insertó un nuevo párrafo en el artículo 25.2, el cual va dirigido a la tutela de la maternidad y de la infancia, en igualdad de protección social. Años después, los Estados volvieron a reunirse en el seno de dicha Organización Internacional y adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en el cual se hace hincapié en el artículo 24, estableciendo que los Estados se comprometen a garantizar el principio de no discriminación entre menores y el derecho del niño a medidas de protección específicas.

Al mismo tiempo, en el contexto regional europeo también se fueron elaborando instrumentos de protección de los Derechos Humanos. En primer lugar, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950, en el cual en su artículo 5 d) afirma el principio de legalidad y de conformidad al derecho de cualquier menor privado provisionalmente de la libertad, al igual que el ejercicio del derecho de *habeas corpus*. Por consiguiente, el artículo 6.1 establece la posibilidad de que un proceso penal se celebre a puerta cerrada, ya que si no se estaría perjudicando el interés superior del menor.

Sin embargo, más recientemente debemos recordar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, en la cual sí se dedica en su artículo 24, una norma específica a la protección del menor, contemplando el derecho a la protección y a los cuidados para el bienestar del niño; el derecho del niño a expresarse libremente y a ser oído en función de la edad y el grado de madurez; el respeto del interés superior del menor en cualquier acto llevado a cabo por las autoridades

---

<sup>19</sup> MURCIANO ÁLVAREZ, G., *5 textos normativos fundamentales para la defensa de los derechos de los MENAS*, Sepin, Madrid, 2019.

<sup>20</sup>TASSINARI, F., “La identificación de los MENAS y el tutor voluntario en Italia: ¿Un modelo a asumir por la UE?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 13.

públicas o instituciones privadas y el derecho a mantener relaciones personales con su padre y su madre, de forma periódica.

Por consiguiente, la *LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, en su Título I, habla sobre los derechos de los menores, señalando en su artículo 1 que dicha Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, no haciendo distinciones por lo tanto, entre menores españoles y menores extranjeros acompañados o no. Según su artículo 3, estos menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España es parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social<sup>21</sup>.

Ambos preceptos, tanto la *LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, como la *Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989*, recogen una serie de artículos, en los cuales se citan tanto los derechos propios de todos los menores, como son, el derecho a la vida; el derecho a un nombre y a una nacionalidad; y por otro lado los derechos de los menores extranjeros no acompañados, como el derecho a no separarse de sus padres; derecho al honor, intimidad y a la propia imagen; derecho a recibir una información adecuada y veraz; derecho a la libertad de ideología, creencias y religión; derecho de participación, asociación y reunión; derecho a la libertad de expresión; derecho a ser oído para adoptar aquellas decisiones que le puedan afectar.<sup>22</sup>

Sin embargo, es conveniente especificar que en el artículo 10.3 de la *Ley de Protección Jurídica del Menor*, en el artículo 27 de la *Constitución Española*, en el Artículo 28 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño de 20 de Noviembre de 1989*, en el artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* hecho en Nueva York el 16 de Diciembre de 1966 y en el apartado

---

<sup>21</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C / RAMÓN FERNÁNDEZ, F / CLOQUELL LOZANO, A., “Los derechos de los menores inmigrantes”, CABEDO MALLOL, V. (coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 30.

<sup>22</sup> ARMENTEROS LEÓN, M., “Derechos de los menores extranjeros”, *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 13-20.

8 del principio 20.1 de la *Carta Europea de los Derechos del Niño*<sup>23</sup>, con relación a los menores extranjeros alude al derecho a la educación y a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos, cuando dichos menores se encuentren en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de una Administración Pública, aclarando que gozarán de estos derechos aun cuando no residan legamente en España<sup>24</sup>.

El reconocimiento constitucional de este derecho, hace prever que no solo los españoles tienen este derecho, si no todos los extranjeros, en los términos previstos en la ley y los tratados conforme al artículo 13.1 de la *Constitución Española*<sup>25</sup>.

Por su parte, la *Disposición Adicional decimonovena de la Ley Orgánica 2/2006*, de 3 de mayo, sobre Educación, relata que en relación con la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema de becas y ayudas al estudio será de aplicación al alumno extranjero según lo establecido en el artículo 9 de la *LOEx*, el cual dispone, el derecho de todos los menores de dieciocho años de acceder a una educación en las mismas medidas que los españoles, derecho que comprende el acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y acceso al sistema público de becas y ayudas.

En cambio, en relación a la enseñanza no obligatoria, por un lado la educación infantil, va a depender del número de plazas que sean ofertadas por las Administraciones Públicas y por otro lado, la educación superior, la cual se reconocía en un principio según

---

<sup>23</sup>JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M /SENOVILLA HERNÁNDEZ, D/ BARGACH, A/ DURÁN AYAGO, A/ GARCÍA VÁZQUEZ, S/ CABRERA MEDINA, J.C/ TRUJILLO VEGA, M<sup>a</sup>.A/ MORANTE DEL PERAL, M<sup>a</sup>L/ PECO NOVÍO, R/ RODRÍGUEZ GARCÍA DE CORTÁZAR, A/ GONZÁLEZ PIÑERO-DOBLAS, M<sup>a</sup> L/ MONTEROS OBELAR, S.G/ EMPEZ VIDAL, N., “Menores migrantes sin referencias familiares”, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO S. (coord.), *Menores migrantes sin referencias familiares. Una perspectiva integral del fenómeno*, Aranzadi, Salamanca, 2009, p 39.

<sup>24</sup>DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C / RAMÓN FERNÁNDEZ, F / CLOQUELL LOZANO, A., “Los derechos de los menores inmigrantes”, CABEDO MALLOL, V. (coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 33-34.

<sup>25</sup> JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M /SENOVILLA HERNÁNDEZ, D/ BARGACH, A/ DURÁN AYAGO, A/ GARCÍA VÁZQUEZ, S/ CABRERA MEDINA, J.C/ TRUJILLO VEGA, M<sup>a</sup>.A/ MORANTE DEL PERAL, M<sup>a</sup>L/ PECO NOVÍO, R/ RODRÍGUEZ GARCÍA DE CORTÁZAR, A/ GONZÁLEZ PIÑERO-DOBLAS, M<sup>a</sup> L/ MONTEROS OBELAR, S.G/ EMPEZ VIDAL, N., “Menores migrantes sin referencias familiares”, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO S. (coord.), *Menores migrantes sin referencias familiares. Una perspectiva integral del fenómeno*, Aranzadi, Salamanca, 2009, p. 40.

el artículo 9.3 de la *LOEx* tan solo a los extranjeros residentes, pero posteriormente fue declarado inconstitucional por la *Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007*, de 7 de noviembre, disponiendo que el precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia, acceder a la enseñanza secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la enseñanza no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia, como la situación administrativa del menor.

Para concluir, es necesario hacer mención a *La Constitución Española*, en la cual también se hace referencia a los Derechos y Deberes Fundamentales en su<sup>26</sup> artículo 10, en referencia a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley.

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.

Y por último en su artículo 39.4 disponiendo que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

---

<sup>26</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

## **CAPÍTULO I: Medidas de protección para los menores extranjeros no acompañados.**

La normativa española de extranjería establece que en el caso de que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad detecten en nuestro país la presencia de un extranjero no acompañado y que además sea menor de edad, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes y sus datos serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados<sup>27</sup>.

Se prevé que la ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo a lo previsto en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, el cual establece que las autoridades competentes de los Estados, en el ejercicio de la competencia que les es atribuida, aplicaran su propia ley, excepcionalmente, cuando la protección del niño lo requiera, las autoridades competentes pueden tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación este estrechamente vinculada.

Por consiguiente, la ley española, con carácter general será la aplicable para adoptar medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores abandonados que se encuentren en territorio español.

Por otro lado, la *Convención de los Derechos del Niño* en cuanto al interés superior del menor, establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán al interés superior del niño. Se trata de un concepto jurídico indeterminado en el que la zona de la que se trate estará constituida por el núcleo de los derechos reconocidos en la citada Convención a todos los niños del mundo, sin distinción de su origen nacional<sup>28</sup>. También puede afirmarse que el concepto de interés superior del menor es relativo, pues, para el Derecho español, dicho

---

<sup>27</sup> DOLORES ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup>., "Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia", QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, p. 3.

<sup>28</sup> JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M /SENOVILLA HERNÁNDEZ, D/ BARGACH, A/ DURÁN AYAGO, A/ GARCÍA VÁZQUEZ, S/ CABRERA MEDINA, J.C/ TRUJILLO VEGA, M<sup>a</sup>.A/ MORANTE DEL PERAL, M<sup>a</sup>L/ PECO NOVÍO, R/ RODRÍGUEZ GARCÍA DE CORTÁZAR, A/ GONZÁLEZ PIÑERO-DOBLAS, M<sup>a</sup> L/ MONTEROS OBELAR, S.G/ EMPEZ VIDAL, N., "Menores migrantes sin referencias familiares", JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO S. (coord.), *Menores migrantes sin referencias familiares. Una perspectiva integral del fenómeno*, Aranzadi, Salamanca, 2009, p. 44.



concepto se edifica sobre parámetros constitucionales “españoles” y “europeos”, al igual que el libre desarrollo de la personalidad del menor, el derecho del niño a su libertad de expresión, a su nombre, a una nacionalidad y a tener una familia<sup>29</sup>.

Los Estados parte en esta Convención, incluyendo a España, se comprometen a asegurar al MENA la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de ellos ante la ley<sup>30</sup>.

También se expresa al respecto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, indicando que en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

Por otro lado, debemos hacer mención a nuestra Constitución, la cual hace referencia en numerosos artículos a la protección de los menores extranjeros no acompañados. Tanto es así, que en su artículo 39 nos dice que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos<sup>31</sup>.

Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos y los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Como hemos podido observar, el sistema de protección de los menores establecido en la Constitución comprende, por un lado, a la familia, como primeros responsables de éstos menores, y por otro lado, a los poderes públicos, los cuales velarán por la protección de estos en caso de que sus familiares no lo hagan. Las instituciones públicas y privadas

---

<sup>29</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, COBACHO GÓMEZ, J.A. / LEGAZ CERVANTES, F. (dirs.), ANDREU MARTÍNEZ, B/ LECIÑENA IBARRA, A. / MARTÍNEZ MOYA, J. (coords.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 472.

<sup>30</sup> DOLORES ORTIZ VIDAL, Mª., “Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia”, QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, Mª.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, p. 4.

<sup>31</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, COBACHO GÓMEZ, J.A. / LEGAZ CERVANTES, F. (dirs.), ANDREU MARTÍNEZ, B/ LECIÑENA IBARRA, A. / MARTÍNEZ MOYA, J. (coords.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 472.

de cada Estado se comprometen a adoptar cualquier medida que sea necesaria para la protección, el cuidado y el bienestar del menor, el cual debe entenderse de manera que cubra el bienestar moral, físico y social de cada niño. En el caso de los MENA, debe primar el interés superior de estos frente a los intereses de los Estados miembros de la Unión Europea, los cuales se pueden concretar en la seguridad de las fronteras o en el control de los flujos migratorios<sup>32</sup>.

Debemos recordar que según el artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, existe una obligación inamovible de protección de todos los menores, lo que quiere decir que los MENAS tienen derecho a ser protegidos desde el primer momento en el que ponen los pies en nuestro país<sup>33</sup>.

Además, debemos tener en cuenta que hay distintas opiniones entre las diferentes Comunidades Autónomas en cuanto a declarar si los MENAS se encuentran en desamparo o no, lo que hace que en función de la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos existirán unos criterios u otros.

Una vez que el niño ha sido declarado en desamparo, de forma automática se va a asumir la tutela por la Entidad Pública correspondiente. En todas las medidas de protección el Ministerio Fiscal, va a supervisar tanto la tutela como el acogimiento y guarda de los menores.

### **1. Tutela “ex lege”**

Hablamos de tutela como un mecanismo de protección utilizado cuando un menor es declarado en desamparo y que se encuentra recogido en nuestra legislación. Dicho concepto se encuentra regulado en la *Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor*, así como de forma más general en los *artículos 172 y 174 del Código Civil*.

La tutela se caracteriza por ser ejercida por la Entidad competente que, necesariamente, deberá ser autonómica al tratarse de una competencia delegada, además de ser un mecanismo de protección reservado únicamente para aquellos menores que se

---

<sup>32</sup>DOLORES ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup>., “Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia”, QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, pp. 4-5.

<sup>33</sup> BARRENO FERNÁNDEZ, A. *¿Cuáles son las medidas de protección para los menores extranjeros no acompañados que permanecen en España?*, Sepin, Madrid, 2019, p. 2.

encuentren en situación de desamparo y por ser la única medida que va a suprimir y privar de la patria potestad<sup>34</sup>.

En el caso de los MENA las dos mejores formas de ejercer la custodia son el acogimiento residencial y el acogimiento familiar.

## **2. Acogimiento residencial**

Se encuentra recogida en el artículo 172 *ter.* Del Código Civil.

Con el fin de que se produzca el ejercicio de la guarda del menor es necesario atender a este en un centro propio de la Entidad Pública correspondiente, o en una institución pública o privada a la que le sea encomendada la protección.

Cierto es, que el acogimiento más utilizado es el familiar, siendo el residencial una medida de última ratio cuando se considera que no se puede hacer uso del familiar.

El acogimiento residencial es una medida de ejecución cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas por lo que la forma de ejecutar las mismas puede variar de forma sustancial en función del lugar en el que nos encontremos, además, lo que se pretende es cubrir todas las necesidades básicas de los menores, como son, atención sanitaria, escolarización, acceso a experiencias propias de niños de la misma edad, entre otras.

La protección de este tipo de acogimiento debe ser decretada por la Entidad pública correspondiente que ostente la tutela del menor, o en su caso, por la autoridad judicial, siempre, y en todo caso teniendo en cuenta el interés superior del menor, principio general en nuestro ordenamiento jurídico.

## **3. Acogimiento familiar**

Situación muy parecida a la adopción, la cual se define como: *“aquel en el que se produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo”* (art. 173 CC).

En el caso de los MENAS, debe ser formalizado por escrito, y debiendo consentirlo tanto los acogedores como el menor cuando tuviera la madurez suficiente y estableciendo el Código Civil que el mismo consienta cuando tenga la edad de 12 años.

Dentro del acogimiento familiar podemos diferenciar tres tipos de acogimiento:

---

<sup>34</sup> BARRENO FERNÁNDEZ, A. *¿Cuáles son las medidas de protección para los menores extranjeros no acompañados que permanecen en España?*, Sepin, Madrid, 2019, p. 2.

### **3.1 Acogimiento familiar de urgencia**

- Caracterizado por ser una medida de protección de carácter transitorio.
- Con duración no superior a 6 meses.
- Pensado para aquellos menores de 6 años, a los que todavía no se les ha establecido ninguna medida de protección.

### **3.2 Acogimiento familiar temporal**

- Se caracteriza por ser una medida de protección de carácter intermedio.
- Su duración es superior al familiar de urgencia, ya que se puede extender hasta 2 años
- Se pueden solicitar prórrogas en aquellos casos en los que se vaya a producir de forma inmediata la reintegración familiar, o la adopción.

### **3.3 Acogimiento familiar permanente**

- Se caracteriza por su carácter estable
- Queda establecido normalmente, cuando, tras la finalización de un acogimiento familiar temporal, el menor no se ha reintegrado en su familia o no se ha decretado otra medida durante los 2 años siguientes a su establecimiento.
- La Entidad Pública, en estos casos, puede solicitar al Juez que se les atribuya a los acogedores la tutela del menor para que puedan ejercerla de forma efectiva y la responsabilidad que implica este tipo de medida<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> BARRENO FERNÁNDEZ, A. *¿Cuáles son las medidas de protección para los menores extranjeros no acompañados que permanecen en España?*, Sepin, Madrid, 2019, p. 2.

## **CAPÍTULO II: Determinación de la edad del menor extranjero no acompañado**

### **1. Procedimiento para determinar la edad**

Cuando una persona extranjera llega al territorio de la UE carente de documentos de identidad, una cuestión fundamental para que se le pueda aplicar la normativa específica sobre los MENA es la determinación de su minoría de edad<sup>36</sup>.

Sin embargo, antes de realizar cualquier evaluación de la edad, deben existir ciertas condiciones previas. En primer lugar, que el solicitante haya presentado una solicitud de protección internacional y en segundo lugar, que la edad declarada por este no esté respaldada por documentos, y que además dicha edad se ponga en duda. Al solicitante se le podrá tomar provisionalmente las huellas dactilares, en caso de que el intervalo de edad cuestionado sea claramente superior a la edad estipulada, al aplicar el beneficio de la duda y el interés superior del niño. *Guía Práctica de la EASO sobre la evaluación de la edad*<sup>37</sup>.

Debemos partir del 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, el cual establece que si las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad detectan a un extranjero indocumentado sin que su minoría de edad pueda ser determinada con certeza, se le dará la atención que necesite, poniéndoselo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual iniciará el procedimiento de determinación de su edad<sup>38</sup>.

Por su parte, la Ley no establece como evaluar la edad del extranjero, aunque en su artículo 35 y en el artículo 190.1 del Reglamento de Extranjería se hace referencia a la colaboración de las instituciones sanitarias para lograr tal fin<sup>39</sup>. El Protocolo Marco entiende que corresponde a los facultativos médicos determinar las pruebas adecuadas con el fin de eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad y recomienda seguir los parámetros y pautas de actuación fijadas en las Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la edad de los MENA.

---

<sup>36</sup>TASSINARI, F., “La identificación de los MENAS y el tutor voluntario en Italia: ¿Un modelo a asumir por la UE?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 6.

<sup>37</sup> EASO, Luxemburgo, 2019, p. 46.

<sup>38</sup> GÓMEZ VALENZUELA, M.A., *Problema que plantea la determinación de la edad de los MENA*, Tirant Lo Blanch, Córdoba, 2019, p. 2.

<sup>39</sup>LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., *Penélope o el arte de destejer: la protección que reciben en España los menores extranjeros no acompañados*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 8-9.

Por un lado, el Comité de Derechos del Niño en 2005, había señalado en su Observación General número 6 que no solo debía de tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. Dicha evaluación debería realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo en todo caso al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física.

Por otro lado, la Observación General conjunta número 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y número 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados dice que para establecer una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, que tendrá que ser llevada a cabo por pediatras o profesionales que tengan en cuenta diferentes aspectos del desarrollo. Se deberán realizar entrevistas al niño y según proceda, a los adultos que los acompañen, de manera rápida y apropiada y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género. Los documentos disponibles deben considerarse auténticos, salvo prueba en contraria y deben tenerse en cuenta las declaraciones de los niños y sus familiares. Debe concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando. Además, los Estados deben abstenerse de realizar pruebas médicas como el análisis de los huesos y el examen de los dientes, los cuales tienen amplios márgenes de error. Asimismo, deben asegurarse de que sus determinaciones pueden ser revisadas o recurridas ante un órgano independiente adecuado.

La evaluación de la edad se debe realizar a través de los métodos menos intrusivos como son los no médicos, y cuando sea necesario recurrir a los métodos médicos.

Las técnicas médicas más difundidas son las de determinación oseométrica de la edad, como por ejemplo, el Greulich-Pyle, el cual se basa en el análisis radiológico de los huesos de la muñeca y de la mano izquierda o el TW-2, el cual permite estimar la edad a través de la madurez ósea, mediante radiografías de la mano. No obstante, también se pueden realizar otras como la realización de una ortopantomografía dental, en particular del tercer molar<sup>40</sup>, o una radiografía de la clavícula<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., *Penélope o el arte de destejer: la protección que reciben en España los menores extranjeros no acompañados*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 9.

<sup>41</sup>DOLORES ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup>., "Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia", QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no*

Sin embargo, estas pruebas pueden contemplar un margen de error de entre uno y dos años de edad, por lo que no son fiables al 100%.

Si la evaluación de la edad se considera necesaria y el interés superior del niño la recomienda, se deberá iniciar sin demora la determinación de la edad. *Guía práctica de la EASO sobre evaluación de la edad*<sup>42</sup>.

Las autoridades deberán garantizar que el solicitante y el tutor hayan recibido la información y que se haya entendido. Tras esto, el solicitante o su tutor podrán otorgar consentimiento informado al proceso. La negativa de someterse a la evaluación no debe implicar la consideración de la mayoría de edad, sino que, el solicitante deberá ser oído nuevamente y se deberán examinar las razones exhaustivamente.

Una vez obtenido el consentimiento informado, el proceso debe estar disponible, y si fuese necesario adaptarse a las necesidades especiales del niño. La selección de métodos debe ser individualizada, debiendo tener en cuenta no solo su impacto físico en el solicitante, sino también su efecto psicológico.

Los resultados de las pruebas que evalúan la madurez psicológica deben tener el mismo peso que los resultados de las que evalúan el desarrollo físico. Los exámenes nunca deben ser forzados o inapropiados, y los profesionales deben estar cualificados.

Deben evitarse los reconocimientos que impliquen la desnudez o la observación y medición de genitales o partes íntimas, ya que son altamente intrusivos.

Si alguno de los métodos ofrece un resultado que indica que la persona es menor de 18 años de edad, se debe suspender la evaluación. En dichos casos, si la edad declarada se encuentra dentro del intervalo, se tomara como válida y en caso de que no lo sea, la edad más baja del margen se tomara como válida en su lugar.

En caso de que se requieran varios exámenes debido a resultados no concluyentes, los resultados finales deben ser proporcionados por un panel de expertos, el cual deben tener diferentes campos de experiencia pero sobre todo experiencia con niños. Sin embargo, en los casos en los que únicamente se utilice un método, serán necesarios al menos dos expertos.

---

*acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, pp. 6-8.

En caso de que no se pueda llegar a un acuerdo, se debe considerar la evaluación de la edad como no concluyente y aplicar el beneficio de la duda. En tales casos, el solicitante se considerará un niño.

Una de las novedades que ha introducido el art. 12 LOPJM, titulado “Actuaciones de protección”, en su apartado 4, es la presunción de minoría de edad desde la localización del presunto o auto declarado menor hasta la determinación efectiva de la edad<sup>43</sup>. Así, dicho artículo dispone que cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. Será competencia del Fiscal de Menores la determinación de la edad y será el mismo, quien según el art. 12.4 LOPJM, deberá realizar un juicio de proporcionalidad respecto de si deben realizarse pruebas de determinación de la edad cuando el supuesto menor esté documentado pero se considere que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado no es fiable.

La normativa española de extranjería establece que una vez que se ha determinado la minoría de edad del extranjero indocumentado no acompañado, la Administración del Estado resolverá sobre el retorno del MENA a su país de origen, en el cual se encuentren sus familiares, o por lo contrario, su permanencia en territorio español<sup>44</sup>.

En dichos casos, se le hará entrega de un documento personal de identidad y se le nombrará un tutor que deberá asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones y le protegerá hasta que alcance la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio español. Además, el Ministerio Fiscal dictará una resolución motivada, denominada decreto, en el cual se hará constar si es mayor o menor de edad. Al ser dicho decreto meramente provisional, la resolución adoptada podrá ser modificada de oficio o a instancia de quien ostente un interés legítimo<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> DURÁN RUIZ, FRANCISCO. J., “Introducción. Menores extranjeros no acompañados y sistema de protección de la infancia y la adolescencia”, *Mena y ex tutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia*, Aranzadi, Granada, 2020, p. 3.

<sup>44</sup>DOLores ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup>., “Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia”, QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, pp. 5-6.

<sup>45</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., *Penélope o el arte de destejer: la protección que reciben en España los menores extranjeros no acompañados*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 9.



A este respecto se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2015 seguida de otras de 18 de junio y 3 de julio de 2015 a propósito de la minoría de edad de menores extranjeros en situación irregular y sobre la realización de pruebas para descartar la veracidad de los documentos oficiales que aseveran la minoría de edad, recogiendo la doctrina jurisprudencial recogida en sentencias de 23 y 24 de septiembre de 2014, que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede a realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las prueba de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de persona documentada como indocumentada las técnicas médicas especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse<sup>46</sup>.

Por otro lado, en la sentencia de fecha 8 de junio de 2015 el Tribunal Supremo precisa que dispone el art. 35.3º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección judicial del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, puntualizando en su art. 25.1º que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, y no esté sujeto a prohibiciones expresas.

En cuanto a los arts. 6 y 190 del Reglamento de Extranjería , según el primero, para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de alguno de los documentos que cita, entre ellos el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen o procedencia o por las organizaciones

---

<sup>46</sup>SAP de 24 de enero de 2020.

internacionales habilitadas para ello por el derecho internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de los titulares.

## 2. Problemas en la determinación de la edad

La primera dificultad que encontramos se trata de la identificación del extranjero como menor, como niño en desamparo, y en tal caso necesitado de protección internacional<sup>47</sup>.

La duda sobre la minoría de edad del extranjero indocumentado no tiene que partir necesariamente de la auto identificación. La FRA hace un diagnóstico de las dificultades que presenta la auto identificación, como es el caso de personas que falsamente dicen ser menores de dieciocho años con el fin de aprovecharse de la protección ofrecida a los menores, y de otro lado, niños que pretenden pasar por adultos con el fin de evitar medidas de protección que impida su llegada al país de destino. Por lo tanto, en estos casos, la responsabilidad de las autoridades nacionales es decidir aplicar procedimientos de evaluación de la edad, que incluyan pruebas de rayos X u otros exámenes médicos.

En primer lugar, resulta necesario señalar que, en determinadas circunstancias, no resulta sencillo determinar la edad del MENA. En los casos en los que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser determinada con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán informar a los servicios autonómicos de protección de menores para que le presten atención inmediata. Además, deberán poner dicho hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, con el objetivo de determinar su edad, a lo que también, se podrá requerir la colaboración de las instituciones sanitarias<sup>48</sup>. Dichas pruebas médicas también se deberán practicar si existen sospechas de la autenticidad de los documentos que aporte el inmigrante.

Esto, encuentra su justificación en lo dispuesto en el Capítulo V del Protocolo Marco de Menores Extranjeros no Acompañados, el cual establece, que los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras son título

---

<sup>47</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., *Penélope o el arte de destejer: la protección que reciben en España los menores extranjeros no acompañados*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 6-8.

<sup>48</sup> DOLORES ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup>., "Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia", QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, p. 6.

suficiente para reconocer la condición de minoría de edad. Ahora bien, el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados establece que el extranjero está indocumentado cuando la documentación presenta signos de falsificación, cuando contiene datos contradictorios o cuando dos documentos de la misma naturaleza contienen datos distintos, entre otros. En dichos casos, el Ministerio Fiscal está obligado a llevar a cabo un juicio de proporcionalidad y ponderar las razones por las que considera que el documento no es válido.

Dentro de las graves lagunas normativas de cara a la protección de los MENA en la UE, en el seno de la Comisión Europea se están suscitando a un fuerte debate dos cuestiones, por un lado, se trata, de la imposibilidad de identificar de forma fehaciente a los MENA que acuden a nuestros territorios sin documentación alguna, y por otro lado, la falta de personal especializado para abordar las vulnerabilidades planteadas por esos menores<sup>49</sup>.

La Comisión, afirma en su Comunicación del 12 de abril de 2017, la urgente necesidad de identificar y registrar cada menor migrante que llega al territorio de la UE.

Reconoce que los métodos y procedimientos de determinación de la edad varían enormemente entre un Estado miembro y otro, y que estos últimos no siempre se ajustan a las directrices dictadas por la EASO. Esta circunstancia, puede dar lugar a evaluaciones de edad innecesarias y a la utilización de medios invasivos de determinación de la edad.

Exceptuando aquellos supuestos en los que la falsedad del documento sea tan burda que pueda ser apreciada a simple vista, podría tener relevancia penal<sup>50</sup>. Así, la dicción del artículo 392.2 del Código Penal dispone que se impondrán penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a la persona que sin haber intervenido en su falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso y una pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso. Debiendo aplicarse en estos casos las reglas procesales de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, ya que ante la incertidumbre sobre la edad del extranjero deberá ser considerado,

---

<sup>49</sup> TASSINARI, F., “La identificación de los MENAS y el tutor voluntario en Italia: ¿Un modelo a asumir por la UE?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 5-6.

<sup>50</sup> GÓMEZ VALENZUELA, M.A., *Problema que plantea la determinación de la edad de los MENA*, Tirant Lo Blanch, Córdoba, 2019.

en virtud del principio “en caso de duda pro minoría” y la presunción de inocencia, un menor de edad, hasta que exista prueba documental.

### 3. Resumen de los métodos de evaluación de la edad

Actualmente, los métodos se clasifican como médicos y no médicos, en función de si requieren o no la participación de un facultativo. *Guía práctica de la EASO sobre evaluación de la edad.*

Respecto de los métodos médicos, se encuentran los exentos de radiación y los que incluyen radiación.

#### 3.1 Guía sobre la implementación gradual de métodos

Cuando los solicitantes manifiestan su deseo de solicitar protección internacional, gozan de ciertos derechos. En el caso de que se trate de un niño, la identificación de necesidades especiales de procedimiento y la provisión de condiciones especiales de acogida serán primordial.

En base al artículo 25.5 de la DPA, todas las pruebas obtenidas pueden ayudar a establecer la edad del niño y eliminar o satisfacer la necesidad de realizar evaluaciones adicionales de la edad.

##### 3.1.1 Análisis de las pruebas disponibles y primeras estimaciones

Según el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7 de la CDN, todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a adquirir una nacionalidad.

El objetivo del registro civil es crear un documento legal que pueda usarse con el fin de establecer y proteger los derechos de una persona.

Sin embargo, estos documentos legales, pueden no estar a disposición de las personas necesitadas de protección internacional, y por lo tanto, no proporcionarles pruebas validas o certificados fiables de su identidad, dependiendo de los acontecimientos producidos en su país de origen o las circunstancias que motivaron su huida.

Las autoridades, deben aceptar los pasaportes, documentos de identidad, tarjeta de residencia, documentos de viaje como los provistos por el ACNUR, certificados de otros países en los que se demuestren el estado civil del solicitante o de cualquier otro miembro de la familia, como justificantes.

Del mismo modo, los documentos disponibles en los archivos de los miembros de la familia del solicitante se pueden utilizar para aclarar y confirmar la edad declarada sin necesidad de una evaluación. Cuando dicha evaluación es llevada a cabo por personal con experiencia en el trabajo con niños, las primeras estimaciones basadas en la apariencia física se pueden usar con el fin de reforzar el análisis inicial, y junto con otra información disponible, pueden respaldar los resultados de una evaluación preliminar.

Sin embargo, al ser la estimación fundada principalmente en las características físicas, y dado que esta, puede conducir a resultados inexactos, no se puede considerar como un método de evaluación de la edad en sí mismo. Únicamente podrá servir para reparar o distinguir los casos obvios, pero no debe utilizarse para los casos de adolescentes tardíos o adultos jóvenes. En dichos casos se aplicara el beneficio de la duda.

Por lo tanto, se deben implementar mecanismos de revisión con el fin de corregir una edad ya introducida incorrectamente en el sistema.

### 3.1.2 Métodos no médicos

En primer lugar, no encontramos con la valoración adicional de pruebas, la cual si una vez recogida la información o los documentos disponibles, estos no incluyen ninguna referencia a la edad, podrá ser necesaria por parte de los funcionarios de asilo o de migración de otros documentos, como es el caso de los expedientes escolares, los cuales pueden proporcionar información sobre la edad estimada del solicitante. *Guía práctica de la EASO sobre la evaluación de la edad.*

En segundo lugar, nos encontramos con la entrevista para la evaluación de la edad, la cual, implica recopilar y analizar el relato facilitado por el individuo cuya edad se pone en cuestión. Durante dicha entrevista, el entrevistador intenta reconstruir una secuencia cronológica de experiencias vitales en la que poder deducir la edad del solicitante y un calendario local de eventos junto con unas preguntas a priori y a posteriori pueden ser útiles para los funcionarios, a la hora de estimar la fecha aproximada del nacimiento del niño. Dichos funcionarios deben estar formados en el uso de técnicas de entrevista aptas para niños.

Antes de comenzar con la entrevista, el entrevistador le debe de proporcionar al solicitante la información adecuada, garantizando su comprensión y asegurar que las necesidades del solicitante se hayan cumplido. Al emprender la evaluación, se debe garantizar que la carga de la prueba se traslade a las autoridades en el caso de los niños, ya que estos no pueden explicar las cosas de la misma forma que los adultos. El

entrevistador deberá estar familiarizado con la información del país de origen con el fin de detectar problemas significativos durante la conversación. Si la conclusión de la evaluación es desfavorable al solicitante, se deben exponer las razones de forma clara a través de un intérprete y en presencia del representante, tutor o abogado del niño.

En tercer lugar, encontramos la evaluación psicosocial, la cual tiene por objetivo evaluar la madurez mental en lugar de la física, haciendo uso de la evaluación cognitiva, conductual y psicológica del solicitante para evaluar su edad. Se trata de una entrevista semiestructurada en la que un evaluador con experiencia y formación explora partes de la historia de la vida de la persona. Durante la entrevista, el evaluador deberá determinar la madurez psicológica de la persona y realizar una evaluación de su comportamiento. La confianza entre el examinado y el evaluador es esencial, y por ello dicha evaluación debe ser llevada a cabo durante un periodo de tiempo y debe involucrar a otros profesionales en contacto con la persona evaluada.

Algunos aspectos a tener en cuenta a la hora de realizar la evaluación, son que, cuando sea posible dos evaluadores deberían participar en el proceso; la información sobre el papel del evaluador y del interprete debe proporcionarse conforme al nivel educativo y madurez de la persona; se debe prestar atención al nivel de cansancio, trauma, desconcierto y ansiedad de la persona; se deben observar la etnia, cultura y costumbres de la persona; se deben hacer preguntas abiertas y evitar las tendenciosas y se podrá recurrir a diferentes herramientas para facilitar el relato de la persona.

### 3.1.3 Métodos médicos (que no usan radiación)

En primer lugar, nos encontramos con la observación dental, el cual implica una inspección visual para determinar la madurez de los dientes, sin la necesidad de una radiografía. *Guía práctica de la EASO sobre la evaluación de la edad*. Dicho método es positivo, ya que no usa radiación, aunque también presenta puntos negativos, como que no está concebido para estimar la edad cronológica y que los únicos dientes que se pueden usar como indicadores de la edad adulta son las muelas del juicio.

En segundo lugar, la imagen de resonancia magnética, combina el uso de un poderoso imán con un sistema informático avanzado y ondas de radio para producir imágenes precisas y detalladas de órganos y tejidos, huesos y otras estructuras internas del cuerpo, sin producir radiación.

Se debe de seguir un procedimiento de selección, ya que los escáneres de IRM pueden no ser adecuados para todos los sujetos, como los que usen marcapasos, tatuajes e implantes metálicos.

El enfoque tradicional se basa en la evaluación a partir de radiografías. Sin embargo, se han utilizado otras modalidades de imagen, como la IRM de la muñeca.

Es importante tener en cuenta el género de la persona que se somete a la evaluación, ya que puede tener un efecto en el margen de error de dicho método.

También, nos encontramos con la IRM de la rodilla, basado en la osificación de la lámina epifisaria en la maduración de la rodilla. Y por último, con la IRM de la clavícula, para el cual se han utilizado un sistema de clasificación de cuatro etapas.

En tercer lugar, las ecografías, una técnica de diagnóstico por imágenes basada en el uso de ultrasonidos para ver estructuras internas del cuerpo como tendones, músculos, articulaciones, vasos y órganos internos. Los estudios concluyeron que la evaluación mediante ecografía no debería considerarse un sustitutivo válido para la evaluación de la edad ósea ya que las etapas de crecimiento no siempre se visualizan.

Y en cuarto lugar, nos encontramos con la evaluación del desarrollo físico, el cual implica la comparación de la altura, el peso y la clasificación de la piel en individuos o poblaciones en relación con un conjunto de valores de referencia. En función de la práctica de los Estados de la UE, dicha evaluación puede incluir un examen físico para describir cualquier signo de una condición que pueda interferir con el índice de maduración. También recibe el nombre de observación de la maduración sexual, cuando se trata de medir los signos de la madurez sexual. En los niños, el examen se basa en el desarrollo testicular y del pene, el vello púbico, el axilar, crecimiento de la barba y la prominencia laríngea. En las niñas, se centra en el desarrollo de los senos, el vello púbico, vello axilar, y la forma de la cadera.

#### 4 Fecha para la fijación de la edad del menor y reagrupación familiar

Con respecto a que un menor solicitante de asilo, al que se le concede la protección internacional siendo mayor de edad y que pretende en base al artículo 10.3 la reagrupación familiar de sus progenitores, el TJUE se pronuncia a favor de tomar como fecha relevante la edad que tenía en el momento de iniciar el primer procedimiento, es decir, que debe seguir considerándole menor, al nacional de un tercer país o apátrida que en el momento de su entrada en territorio de un Estado miembro y de la presentación de su solicitud de asilo en dicho Estado, tenía menos de dieciocho años, pero que, durante el proceso de

asilo, alcanza la mayoría de edad y al que posteriormente se le reconoce como refugiado<sup>51</sup>. Dicha fecha resulta también relevante para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

En cambio, con la finalidad de no mantener la posibilidad de ampararse de la situación de minoría de edad, se puede establecer un margen temporal, en el cual se tendrá que instar el segundo procedimiento, y en caso contrario, se producirá una “caducidad” de la minoría de edad.

Por otro lado, el paso de la minoría a la mayoría de edad también puede provocar problemas, y deberá valorarse con el fin de conservar la autorización de residencia, sobre todo, cuando deba proceder a trámites de renovación.

En cuanto a la reagrupación familiar general, debemos partir de que la autorización inicial de la residencia por reagrupación tiene la misma duración que la de residencia del reagrupante. Una vez planteada la renovación, podrían darse dos circunstancias. En primer lugar, si el descendiente estuviera en condiciones de obtener la autorización de residencia independiente del artículo 59.4 de la Ley 8579/2011, no habría problema, ya que en dicho caso la exigencia general será, que el extranjero cumpla las condiciones económicas requeridas, o que haya residido en España durante cinco años. La solución que nos ofrece el artículo 58.3 de la Ley 8579/2011 se basa en la vinculación entre la autorización de residencia del reagrupante y del reagrupado, lo cual convertirá en irrelevante el momento en el que el menor alcance la mayoría de edad. De esta forma, en caso de que el reagrupante tuviere residencia de larga duración, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la Tarjeta de Identidad de Extranjero de que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en territorio español y la posterior autorización de residencia del reagrupado será de larga duración. Si el reagrupante tenía residencia temporal, la vigencia de la autorización del hijo reagrupado se extenderá hasta la misma fecha de la autorización que tenía el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España.

Las condiciones que deberán acreditarse para la renovación son las establecidas en el artículo 61 de la Ley 8579/2011, en concreto en su artículo 3, el cual exige el

---

<sup>51</sup>BLANCO JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. P., *Fecha de referencia para la fijación de la edad del extranjero y reagrupación familiar*, Wolters Kluwer, Oviedo, 2020, pp 8-10.



mantenimiento del vínculo familiar, lo que debería interpretarse como la convivencia en el núcleo familiar.

### **CAPITULO III: Régimen jurídico aplicable a los mena**

#### **1. Normativa internacional**

Las principales normas sobre protección infantil circunscritos en el ámbito de las Naciones Unidas son los tres protocolos facultativos de la Convención de los Derechos del Niño y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, los cuales se encargan de establecer conexiones entre este marco de Derecho Internacional con realidades educativas, sanitarias, jurídicas y sociales que atañen a los niños, niñas y adolescentes. En el caso de la mencionada ley orgánica, son principalmente relevantes, la Observación General número 12 de 2009 sobre el derecho de 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 de la niña sea considerado como primordial. *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*<sup>52</sup>.

Además dicha ley establece en su principio número 2 que el niño gozara de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad<sup>53</sup>.

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 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 la protección de la familia, ya que al ser el elemento natural y fundamental de la sociedad, requiere protección y asistencia, garantizándose además la protección del niño frente a cualquier tipo de explotación.

Sin embargo, el principal instrumento para la protección de los derechos de los menores es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el cual elaboro en el año 2005 una Observación General relativa al trato de los menores no acompañados y

---

<sup>52</sup> BOE nº 134, de 5 de junio de 2021.

separados de su familia de su país de origen, la Observación General número 6 del Comité de los Derechos del Niño, la cual hace referencia a cuatro principios fundamentales, como son, el principio de no discriminación; el interés superior del menor como consideración primordial; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y el derecho del niño a expresar su opinión libremente.

## 2. Normativa nacional

En primer lugar, la Constitución como máximo referente de la protección que el Estado brinda a los menores, la cual prohíbe todo tipo de discriminación en el disfrute de los derechos y establece la protección de la familia y la necesidad de que no se produzcan discriminaciones por razón de nacimiento<sup>54</sup>.

En segundo lugar, nos encontramos con el Código Civil, el cual hace referencia a que será aplicable la ley española para tomar medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio 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, la cual se aplicara a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

En cuarto lugar, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la cual 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.

Sin embargo, dentro de todas las normas promulgadas en el seno de la UE tienen mayor importancia las normas que han dado lugar al denominado Sistema Europeo Común de Asilo, ya que estas normas constituyen a día de hoy, la única fuente del Derecho europeo que regula el fenómeno de los MENA.

Se basa en un conjunto de normas de Derecho derivado que tiene su base en el artículo 78 del TFUE, estableciéndose en su párrafo primero el desarrollo de una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, respetuosa del principio del non refoulement. Partiendo de esto, la UE ha desarrollado un conjunto de instrumentos normativos que van dirigidos a regularizar el sistema de protección internacional en sus territorios.

### 3. Normativa autonómica

Cabe citar, en primer lugar, el Boletín Oficial de Castilla y León, en su Título 1, capítulo 1º, artículo 13.6 sobre derechos sociales, el cual dispone que los menores tienen derecho a percibir de las administraciones públicas de Castilla y León, con prioridad presupuestaria, la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social, en los términos que se determinen normativamente<sup>55</sup>.

En segundo lugar, el artículo 70.1.10 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, el cual atribuye a la Comunidad de Castilla y León la competencia exclusiva en materia de tutela de menores, entre otras<sup>56</sup>.

En tercer lugar, la ley 14/2002 de 25 de julio de promoción, atención y protección de la infancia en Castilla y León, cuya finalidad es garantizar los derechos de los menores de edad, promover su pleno desarrollo e integración socio-familiar y regular las actuaciones para la atención de aquellos que se encuentren en situación de riesgo o desamparo.

### 4. Procedimiento a seguir ante la presencia de un mena

#### 4.1 Procedimiento de repatriación

En el procedimiento administrativo de repatriación y en el posterior recurso contencioso administrativo, los menores, que sean mayores de dieciséis años, conservan su capacidad de actuación, pudiendo intervenir de forma personal o bien a través de la representación que designen. En cambio, la capacidad de actuación de los que sean menores de dieciséis años, será más limitada, aunque si tienen juicio suficiente podrán mostrar su oposición contra sus representantes<sup>57</sup>.

La normativa española de extranjería dispone que la Delegación y Subdelegación del Gobierno del territorio en el que se halle el domicilio del MENA, será la autoridad competente para llevar a cabo los trámites de su repatriación. Para este fin, deberá solicitar

---

<sup>55</sup> BOLETÍN OFICIAL DE CASTILLA Y LEÓN, 3 de diciembre de 2007.

<sup>56</sup> LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE CASTILLA Y LEÓN 2010.

<sup>57</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J., "Derechos humanos y estatuto jurídico del menor extranjero no acompañado", *El dilema entre la repatriación y la acogida*, ISBN, Granada, pp. 2-3.

a la representación diplomática del país de origen, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, un informe sobre las circunstancias familiares del niño<sup>58</sup>.

Del informe recibido, si el Delegado o Subdelegado del Gobierno entienden que el interés superior del niño se satisface con la reagrupación con su familia o con su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen, dictará la incoación de la repatriación. Dicho acuerdo se le será notificado inmediatamente al MENA, al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente la tutela legal. A partir del día siguiente a la notificación, se iniciará un periodo de diez días hábiles en el que el MENA, la entidad que ostente su tutela legal y el Ministerio Fiscal podrán formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas sobre los hechos alegados.

Una vez se incorpore al expediente el informe, y si fuese necesario el resultado de la prueba practicada, el Delegado o Subdelegado del Gobierno promoverá el trámite de audiencia, al que serán convocados el Ministerio Fiscal, el tutor y si fuese necesario el defensor judicial. Durante el trámite, el MENA que tuviere juicio suficiente, podrá manifestar lo que considere oportuno en relación a su repatriación.

Por último, celebrada la audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo al principio del interés superior del menor, sobre la repatriación del niño a su país de origen, donde se encuentren sus familiares, o sobre su permanencia en territorio español. En caso de que se opte por el retorno del MENA a su país de origen, la resolución se pronunciará sobre si la repatriación se efectuará mediante la reagrupación familiar o a través de su puesta a disposición de los servicios de protección al menor.

Acordada la iniciación del procedimiento, una vez se haya oído al niño, si tuviere juicio suficiente y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno del MENA a su país de origen o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

La normativa española de extranjería identifica el interés superior del menor con la repatriación del niño a su país de origen para ser reagrupado con su familia. También

---

<sup>58</sup> DOLORES ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup>.,"Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia", QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, p. 8-10.

cabe su puesta a disposición ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela. A este respecto, también se pronuncia la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor al establecer que en el caso de los MENA, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior.

Por lo tanto, el retorno del MENA a su país de origen solo debería preverse si redundaría en su interés superior. La Observación General número 6 del Comité de los Derechos del Niño establece que la repatriación del MENA a su Estado de origen es conforme con el principio de su interés superior siempre y cuando dicho país disponga de mecanismos suficientes para garantizar su seguridad personal y atender sus necesidades individuales. En todo caso la Administración Pública del Estado deberá tener en cuenta la opinión del MENA y de las personas que versan por su protección, teniendo también que determinar su nivel de integración en el país de acogida.

Sobre este asunto, se manifiesta la sentencia del Tribunal de Justicia, sala primera, de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19 la cual declara que, cuando un Estado miembro pretende dictar una decisión de retorno con respecto a un menor no acompañado con arreglo a la Directiva sobre el retorno, deberá tener en cuenta, en todo caso, el interés superior del niño, lo que supondrá hacer una apreciación general y exhaustiva de la situación del menor<sup>59</sup>.

Según el Tribunal de Justicia, el hecho de que el Estado miembro de que se trate adopte una decisión de retorno sin antes haberse asegurado de la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno tendrá como consecuencia que, dicho menor no podrá ser expulsado si no existe dicha acogida, a pesar de dicha decisión de retorno. El menor por lo tanto, se encontraría en una gran situación de incertidumbre en cuanto a su estatuto jurídico y a su futuro, en particular en cuanto a su escolarización, a su relación con una familia de acogida o a la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de que se trate, siendo esto contrario a la exigencia de proteger el interés superior del niño en todas las fases del procedimiento. Por lo tanto, si no se encuentra disponible una acogida adecuada en el Estado de retorno, el menor no puede ser objeto de dicha decisión.

Por otra parte, precisa, que la edad del menor no acompañado solo constituye un factor para comprobar, por un lado, la existencia de una acogida adecuada en el Estado

---

<sup>59</sup> STJ de 14 de enero de 2021.

de retorno y por otro, determinar si el interés superior del niño debe llevar a que no se adopte una decisión de retorno contra ese menor. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia establece que un Estado miembro no puede distinguir entre los menores no acompañados únicamente en función de su edad para comprobar la existencia de esa acogida.

Por último, la Directiva sobre el retorno se opone a que un Estado miembro, una vez adoptado una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado y haberse cerciorado de la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno, se abstenga de proceder a su expulsión hasta que haya alcanzado los 18 años. En dicho caso, el menor afectado debe ser expulsado del territorio del Estado miembro de que se trate, sin perjuicio de la evolución de su situación. A este último respecto, el Tribunal de Justicia señala que, en el supuesto de que ya no pudiera asegurarse una acogida adecuada en el Estado de retorno para el menor no acompañado en la fase de expulsión, el Estado miembro de que se trate no podría ejecutar la decisión de retorno.

#### 4.2 Permanencia del menor en territorio español como medida subsidiaria

En caso de que la repatriación no se pueda efectuar porque no cumpla el interés superior del niño, la autoridad española podrá optar porque el menor permanezca en España<sup>60</sup>.

La Observación General número 6 del Comité de los Derechos del Niño dispone que la integración del MENA en el país de acogida responde al principio de su interés superior, si esta se fundamenta en un régimen jurídico basado en la concesión del permiso de residencia y que el niño reciba el mismo trato que sus nacionales.

En el caso de que se constate que un niño se encuentra en situación de desamparo, el ordenamiento jurídico español, establece que la Entidad Pública de protección de menores que sea territorialmente competente, deberá adoptar la tutela de éste. En el caso de los MENA, la tutela por parte de la Entidad Pública se efectúa mediante el acogimiento residencial, el cual se ejercerá por el director o responsable del centro donde se halle el niño.

---

<sup>60</sup>DOLORES ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup>.,"Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia", QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, pp. 10-11.

Además, la Entidad Pública está obligada a adoptar las medidas de protección que sean necesarias para su guarda, elaborando un plan individualizado de protección haciendo constar los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, si procede, el programa de reintegración familiar y en todo caso poniéndoselo en conocimiento al Ministerio Fiscal.

Acreditada la imposibilidad de repatriación del MENA, y siempre y cuando hayan transcurrido nueve meses desde la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, le será otorgada la autorización de residencia.

La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia en la que se halle el domicilio del MENA será la encargada de iniciar de oficio o a instancia de parte el Servicio de protección de menores<sup>61</sup>, la autorización de residencia, cuya resolución será notificada tanto al menor como al Ministerio Fiscal en el plazo de un mes. En caso de que el resultado sea positivo<sup>62</sup>, el representante del MENA será el encargado de solicitar personalmente ante la Oficina correspondiente en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución, la Tarjeta de Identidad de Extranjero, cuya vigencia será de un año.

La Ley Orgánica de Extranjería establece que la concesión de una autorización no será obstáculo para ejecutar una posterior repatriación, cuando ello favorezca su interés superior.

Por otra parte, la normativa española de extranjería dispone que aunque el MENA no obtenga la autorización de residencia, no se le podrá negar el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le corresponde por su condición.

En el caso de que el menor que se encuentre en edad laboral vaya a realizar actividades laborales podrá interesar una autorización administrativa con el fin de realizar actividades de trabajo temporal o por el contrario una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando la actividad ofrezca una continuidad en el tiempo<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup>SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión”, GALLEGO MORALES, A.J./ CRUZ VILLALÓN, J./ DE SOTO RIOJA, S. (coords.) *Derechos humanos y estatuto jurídico del menor extranjero no acompañado*, Temas Laborales, Granada, 2017, p. 3.

<sup>63</sup>SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión”, GALLEGO MORALES, A.J./ CRUZ VILLALÓN, J./ DE SOTO RIOJA, S. (coords.) *Derechos humanos y estatuto jurídico del menor extranjero no acompañado*, Temas Laborales, Granada, 2017, p. 3.



La renovación de la autorización de residencia, o la de residencia y trabajo, se iniciará de oficio por la Oficina de Extranjería en el plazo de sesenta días naturales antes de que finalice su vigencia. La vigencia de la autorización renovada será de un año salvo que se conceda por un plazo superior. Además dichas concesiones de los permisos no impedirán la repatriación del menor siempre y cuando dicha pueda favorecer a su interés superior.

5. Alcance del contenido del Artículo 12 de la convención de los derechos del niño

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez. Con tal fin, se le dará la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. *Convención sobre los Derechos de os Niños*<sup>64</sup>.

6. Observación general número 12 del comité de los derechos del niño: derecho a ser escuchado

Se pronuncia al respecto el mencionado artículo especificando que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Dicho derecho a ser escuchado, es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, como a los iniciados por otras personas que le afecten. *Convención sobre los Derechos de los Niños*<sup>65</sup>.

Sin embargo, no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños.

Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se le escuchará, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. El representante podrá ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona. El método elegido deberá ser determinado por el niño conforme a su situación particular.

---

<sup>64</sup>CDN, 20 de Noviembre de 1989.

<sup>65</sup>CDN, Ginebra, 2009.

Además, el representante deberá ser consciente de que representa los intereses del niño y no los de otras personas, instituciones u órganos.

Por consiguiente, para que se haga realidad el derecho del niño a ser escuchado se debe de cumplir unas series de medidas, como son, la preparación en la cual los responsables de escuchar la niño deben garantizar de que este esté informado sobre su derecho a expresar su opinión; la audiencia, ya que el contexto en que el niño ejerza su derecho tiene que ser propicio e inspirar confianza; la evaluación de la capacidad del niño; la información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño; y por ultimo las quejas, vías de recurso y desagravio.

7. Análisis de la observación general sexta del comité de los derechos del niño: el trato de los mena y separados de su familia fuera de su país de origen

Las obligaciones resultantes de la Convención en lo que respecta a los menores no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado, incluyéndose, la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general. Estas obligaciones, obligan, por un lado, a los Estados a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, y por otro lado, a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación<sup>66</sup>.

El principio de no discriminación, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados.

8. Condiciones imprescindibles para el derecho a ser escuchado

Se garantizara que el menor pueda ejercitar el mencionado derecho, cuando éste tenga madurez suficiente, pudiendo ejercitarlo por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez deberá valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto en concreto a tratar en cada caso. En todo caso, se considera que tiene madurez suficiente cuando tenga doce años cumplidos<sup>67</sup>.

Además, con el fin de garantizar que el menor pueda ejercer este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes, pudiendo expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

---

<sup>66</sup> CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Junio, 2005.

<sup>67</sup> LEY ORGÁNICA 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor

## V- CONCLUSIONES

**I.** En lo referido al concepto de MENA, son numerosas las leyes las cuales dedican una definición a este colectivo, concluyendo que todas ellas los definen como un grupo de personas menores de dieciocho años, que se encuentran sin la compañía de un adulto responsable de ellos.

Como bien se ha expuesto mediante diversas fuentes, estos menores proceden mayoritariamente de Marruecos, con un porcentaje del 68 % y de otros países africanos con un 15% respectivamente. Las causas principales de estas migraciones se deben al maltrato familiar, desprotección en su país de origen, desestructuración familiar, guerras, violencia y falta de oportunidades. Todo ello motiva a estos menores en la búsqueda de un futuro mejor en otros países. Aunque en un inicio el perfil general de MENA lo constituían los varones, procedente en mayor medida de Marruecos, hoy en día son diversas las nacionalidades, así como el sexo de este grupo de menores que acude a nuestro país, y esto hace que surja una dificultad para España, ya que para dar una respuesta eficaz deberá actuar de forma individualizada, conforme a cada situación, y en caso de que no lo hiciera así podría tratarse de una solución ineficaz e incluso injusta.

**II.** En cuanto a la situación de desamparo de dichos menores, cabe destacar la figura del guardador de hecho, el cual posee un reconocimiento legal en nuestro país, regulado por el artículo 303 del Código Civil. En él queda establecido la posibilidad de que este actúe ante la situación de desprotección del menor, pudiendo estar sometido a medidas de control y vigilancia. En caso de no exista la figura del guardador, cuando la Entidad Pública constate la existencia de un menor no acompañado en situación de desamparo, deberá llevar a cabo las medidas de protección necesarias poniendo en conocimiento de dicha situación al Ministerio Fiscal, según lo establece el artículo 172 de nuestro Código Civil. Por lo tanto, en adelante se les debería tratar como menores.

Una vez que el Ministerio Fiscal se encuentre en conocimiento y se haya efectuado la notificación, los progenitores disponen de un plazo de dos años para solicitar a la entidad pública el cese de la suspensión y la revocación de la situación de desamparo. Trascendido dicho plazo, si los progenitores no hubieran efectuado la oportuna solicitud perderán el derecho y, únicamente, el órgano legitimado para oponerse será el Ministerio Fiscal.

**III.** En lo referido a las medidas de protección, a nivel internacional podemos destacar el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, la Convención de los Derechos del Niño y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las cuales son consideradas como las principales normas de protección de los menores extranjeros no acompañados, siempre y en todo caso respetando su interés superior. Asimismo, es importante recordar la obligación existente establecida en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño por la que los MENA pueden gozar del derecho a ser protegidos desde su entrada al país.

A nivel nacional, podemos destacar la Constitución, la cual dedica como medida de protección a la familia como máximos responsables y a los poderes públicos, como medida subsidiaria.

**IV.** Una vez establecidas las medidas de protección a nivel nacional e internacional y dada la situación de desamparo del menor, se inician los procedimientos de acogida del menor, los cuales variaran en función de la Comunidad Autónoma en la que se encuentren. Estos procedimientos son, la tutela “ex lege”, el acogimiento residencial y el acogimiento familiar, siendo este último el más común. Además, el acogimiento familiar se divide, a su vez, en tres tipos, el acogimiento familiar de urgencia, temporal y permanente.

**V.** La problemática de la determinación de la edad surge, como hemos visto en el presente trabajo, debido a que en muchos casos se trata a los menores como si fuesen mayores de edad por el simple hecho de presentar un pasaporte válido y esto hace que dicha determinación resulte más compleja. En dichos casos se somete al extranjero a pruebas antropométricas, que en muchos casos al tratarse de métodos no médicos resultan prácticas abusivas e incluso ilegales.

**VI.** Dichas pruebas de determinación de la edad solo podrán ser incoadas por el Ministerio Fiscal en resolución. Existen determinados casos en los que es necesario verificar la falsedad de un pasaporte y por lo tanto en dichos casos se someterá a sede judicial. En estos supuestos se juega un papel muy importante, ya que si se declara mayor de edad a un menor, se le negará la consiguiente situación de desamparo, por lo que no

tendrá derecho a una tutela, si no a un acogimiento de hecho, además de no tener derecho a una educación, pieza clave para su inclusión socio laboral.

**VII.** En cuanto al régimen jurídico aplicable a los MENA, podemos observar como por su condición de extranjeros y de menor se les aplica una normativa distinta en cada caso, los cuales tienen como fin principal garantizar los derechos de estos menores. A este problema podemos añadirle la dificultad que encuentran las distintas comunidades autónomas a la hora de unificar criterios que determinen la situación de un menor extranjero no acompañado. Por lo tanto, atendiendo a dicha circunstancia, considero que la aplicación del régimen jurídico aplicable a los MENA en nuestro país es un punto a mejorar, ya que el conjunto de normas dedicadas a este colectivo deberían ir orientadas a fin de garantizar los derechos que les son reconocidos, imperando en todo caso el interés superior del menor.

**VIII.** Una de las decisiones a tomar sobre el menor extranjero podría ser, por un lado, la repatriación de este a su país de origen y por otro lado la permanencia del menor en territorio español como medida subsidiaria. Al hablar de repatriación, habría que aludir a que para que concurra ésta será necesario que se cumplan una serie de garantías, como los informes personales, familiares y sociales del menor; una audiencia previa al menor de manera que se puedan comprobar las circunstancias en la que se encuentra en el momento; darle al menor el derecho a ser oído, siendo este un derecho fundamental contemplado en la Observación General número 12 del comité de los derechos del niño, siendo lo más importante en todo caso el interés superior del menor. Dicho derecho atribuye al menor la oportunidad de ser escuchado, en particular en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, aunque sea incoado por él mismo o por otra persona. Asimismo, al ser este derecho un problema al que deben hacer frente estos menores con el fin de que se respete su interés, ha llegado a los Tribunales, los cuales están dictaminando resoluciones judiciales, con el fin de impedir la repatriación de un menor en los casos en los que no se haya asegurado la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno o en los casos en los que no se tome en consideración el interés superior del menor.

Por otro lado, la permanencia del menor en territorio español como medida subsidiaria es otra opción contemplada por el Estado al comprobar que el menor no

dispone de una acogida adecuada en su Estado de origen. Los procedimientos a seguir en tal caso, será, la solicitud de la tarjeta de Identidad de Extranjero cuya vigencia será de un año, solicitada por el representante del MENA. En caso de que el menor no obtenga la autorización de residencia, no se le podrá negar el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le corresponde por su condición.

Y como colofón, con dicha investigación lo que pretendo es crear conciencia de la situación en la que se encuentran estos menores y que se pueda lograr una solución firme y duradera con la que estos niños y niñas puedan ser aceptados y tratados como tales, sin que en ningún caso se vulneren sus derechos más fundamentales, como son el derecho a la vida, al honor, y a una protección. También es necesario mencionar la importancia de investigar el país de origen y el país de acogida al que acuden estos niños, siendo en este caso, España, con el fin de que se les pueda aportar la protección adecuada y la conservación de sus derechos, ya que en muchos casos se procede a la vulneración del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en el cual se hace hincapié en que los Estados se comprometen a garantizar el principio de no discriminación entre menores y el derecho del niño a medidas de protección específicas.

## VI- BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTEROS LEÓN, M., “Menores Extranjeros en situación de desamparo”, *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 30-36.
- BARRENO FERNÁNDEZ, A. *¿Cuáles son las medidas de protección para los menores extranjeros no acompañados que permanecen en España?*, Sepin, Madrid, 2019, p. 2.
- BLANCO JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. P., *Fecha de referencia para la fijación de la edad del extranjero y reagrupación familiar*, Wolters Kluwer, Oviedo, 2020, pp. 8-10.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, COBACHO GÓMEZ, J.A. / LEGAZ CERVANTES, F. (dirs.), ANDREU MARTÍNEZ, B/ LECIÑENA IBARRA, A. / MARTÍNEZ MOYA, J. (coords.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 472.
- CARRIZO AGUADO, D/ ALONSO GARCÍA M<sup>a</sup>.N., “La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de derecho de familia*, núm. 82, 2019, p. 384.
- CHEDDADI, Z., “Marco teórico. Definición del concepto MENA: aportación de algunos conceptos esenciales en la investigación”, DEL VALLE, A.I. (dirs.), *Integración Socioeducativa de los MENA en la CAV*, Ikasturtea, País Vasco, 2017, p. 9.
- COLLADA RIVEROLA, M<sup>a</sup> P/ NASVASCUÉS ORNAQUE, R., “Perfil del Mena en España. Procedencia”, GÓMEZ QUINTERO, J.D y GIMENO MONTERDE, C. (dirs.), *Menores extranjeros no acompañados, ¿Qué hay tras la mayoría de edad?: Factores de Riesgo que influyen en su emancipación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 26.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C / RAMÓN FERNÁNDEZ, F / CLOQUELL LOZANO, A., “Capítulo introductorio. Definición”, CABEDO MALLOL, V. (coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 25-27.
- DOLORES ORTIZ VIDAL, M<sup>a</sup>., “Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia”, QUESADA PÁEZ, A./ MORENO CORDERO, G./ GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>.C./ MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Los menores extranjeros no acompañados en la Unión*

*Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor*, Dialnet, Murcia, 2019, p. 3.

DURÁN RUIZ, FRANCISCO. J., “Introducción. Menores extranjeros no acompañados y sistema de protección de la infancia y la adolescencia”, *Mena y ex tutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia*, Aranzadi, Granada, 2020, p. 3.

FUENTES SÁNCHEZ, R., “Menores Extranjeros no Acompañados (MENA): Unidad de Expulsiones y Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería, Ministerio del Interior”, *Revista internacional de trabajo social y bienestar*, núm. 3, 2014, p. 107.

GÓMEZ VALENZUELA, M.A., *Problema que plantea la determinación de la edad de los MENA*, Tirant Lo Blanch, Córdoba, 2019, p. 2.

JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M /SENOVILLA HERNÁNDEZ, D/ BARGACH, A/ DURÁN AYAGO, A/ GARCÍA VÁZQUEZ, S/ CABRERA MEDINA, J.C/ TRUJILLO VEGA, M<sup>a</sup>.A/ MORANTE DEL PERAL, M<sup>a</sup>L/ PECO NOVÍO, R/ RODRÍGUEZ GARCÍA DE CORTÁZAR, A/ GONZÁLEZ PIÑERO-DOBLAS, M<sup>a</sup> L/ MONTEROS OBELAR, S.G/ EMPEZ VIDAL, N., “Menores migrantes sin referencias familiares”, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO S. (coord.), *Menores migrantes sin referencias familiares. Una perspectiva integral del fenómeno*, Aranzadi, Salamanca, 2009, p 39.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., *Penélope o el arte de destejer: la protección que reciben en España los menores extranjeros no acompañados*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 8-9.

MURCIANO ÁLVAREZ, G., *5 textos normativos fundamentales para la defensa de los derechos de los MENAS*, Sepin, Madrid, 2019.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión”, GALLEGO MORALES, A.J./ CRUZ VILLALÓN, J./ DE SOTO RIOJA, S. (coords.) *Derechos humanos y estatuto jurídico del menor extranjero no acompañado*, Temas Laborales, Granada, 2017, p. 3.

TASSINARI, F., “La identificación de los MENAS y el tutor voluntario en Italia: ¿Un modelo a asumir por la UE?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 13.