



Máster de la Abogacía

Facultad de Derecho

Universidad de León

Curso 2016/2017

***STATUS JURÍDICO DE LOS MENORES  
EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS TRAS LA  
ACTUAL CRISIS MIGRATORIA.***

**Legal Status of Unaccompanied Foreign Minors after the current  
migratory crisis.**

**Realizado por la alumna Isabel Diez Díaz**

**Tutorizado por los profesores Aurelia Álvarez Rodríguez y  
David Carrizo Aguado.**

## **ABREVIATURAS**

CC: Código Civil.

CCAA: Comunidad Autónoma.

CEDH: Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

F.J.: Fundamento Jurídico.

LO: Ley Orgánica.

LOEX: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

LOPJM: 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.

MENA: Menores Extranjeros No Acompañados.

JUR/RJ/RTC: Referencia Jurídica Aranzadi.

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

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.

TC/STC: Tribunal Constitucional/ Sentencia Tribunal Constitucional.

TEDH/STEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos/ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS/STS: Tribunal Supremo/ Sentencia Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

# ÍNDICE

<b>Resumen .....</b>	<b>1</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>1</b>
<b>Objeto .....</b>	<b>2</b>
<b>Metodología.....</b>	<b>3</b>
<b>Capítulo I. Menores Extranjeros no Acompañados .....</b>	<b>5</b>
<b>1. Concepto.....</b>	<b>5</b>
<b>2. Marco jurídico. ....</b>	<b>8</b>
<b>A. Internacional. ....</b>	<b>8</b>
<b>B. Nacional. ....</b>	<b>13</b>
<b>3. Derechos de los Menores Extranjeros no Acompañados .....</b>	<b>16</b>
<b>A. Derechos reconocidos. ....</b>	<b>16</b>
<b>B. Situación en la práctica. ....</b>	<b>17</b>
<b>Capítulo II. Proceso migratorio de un menor extranjero .....</b>	<b>21</b>
<b>1. Fase de intervención. la determinación de la edad.....</b>	<b>21</b>
<b>2. Fase de investigación. ....</b>	<b>30</b>
<b>3. Fase de decisión. procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado. ....</b>	<b>32</b>
<b>4. Fase de ejecución .....</b>	<b>35</b>
<b>Capítulo III - La permanencia de un mena en territorio español.....</b>	<b>36</b>
<b>1. Soluciones a su situación legal.....</b>	<b>36</b>
<b>A. Desde el derecho de extranjería. ....</b>	<b>36</b>
<b>a.Durante la minoría de edad</b>	<b>36</b>

b.Una vez alcanzada la mayoría de edad.	42
B. Desde el derecho de la nacionalidad.	43
2. Propuestas de “lege ferenda”. .....	44
Conclusiones.....	48
Bibliografía.....	53
Monografías y artículos de publicaciones periódicas.....	53
Recursos en páginas web.....	55
Textos legales .....	56
A. Normativa internacional	56
- Normativa de la Unión Europea	56
- Convenios multilaterales	57
- Convenios bilaterales	57
B. Normativa nacional	57
Anexo jurisprudencial.....	59
A. Internacionales.....	59
B. Nacionales.....	59
- Tribunal Constitucional	59
- Tribunal Supremo	60
- Tribunales Superiores de Justicia	60
- Audiencias Provinciales	61
- Juzgados	61

## RESUMEN

Todos los días vemos en los medios de comunicación cantidad de noticias sobre conflictos armados y situaciones económicas precarias que obligan a los que los sufren a tomar una de las decisiones más difíciles: emigrar.

Estamos ante un fenómeno que ha existido desde el principio de los tiempos, la migración, al que nos hemos habituado. Pero en contadas ocasiones pensamos en los menores que se ven envueltos en este tipo de situaciones, y la especial vulnerabilidad de estos durante los procesos de cambio, tiempo en el que pueden ver violados sus derechos fundamentales.

Si bien es cierto que el número de afectados por este tipo de migración en España no es una gran cantidad, la figura de los Menores Extranjeros no Acompañados, o MENA, está contemplada y regulada tanto en nuestro ordenamiento jurídico, como en el ordenamiento europeo, así como por numerosos tratados internacionales.

**PALABRAS CLAVE: Menores Extranjeros no Acompañados – MENA – Interés superior del menor – Derechos fundamentales – Vulnerabilidad.**

## ABSTRACT

Every day we can see in the media much information about the economic crisis and armed conflicts. Those situations made the people who live them to take one of the most difficult decisions: to emigrate.

This fact, the migration, has existed since the beginning of the time, and we have used to it. However, we do not think in the minors who live this kind of situations, or the enormous vulnerability they have in this changing process, while they can see their fundamental rights broken.

Although in Spain the affected children by this kind of emigration are not a large number, the legal concept of unaccompanied foreign minor has been regulated in our legal system, in the European legal system, and in several international treaties.

**KEY WORDS: Unaccompanied Foreign Minor – UFM – Best interest of the child - Fundamental Rights – Vulnerability.**

## OBJETO

Los menores de edad son uno de los colectivos más vulnerables, dado que no tienen los medios suficientes para protegerse contra todas las agresiones a sus derechos e intereses que pueden sufrir. Esta situación se acentúa especialmente cuando estos menores son extranjeros, ya que pueden no hablar el mismo idioma y provenir de países donde la cultura sea diferente. A esto debemos sumarles el que no se encuentren acompañados por sus parientes, dejando entonces a estos menores extranjeros no acompañados en una situación de desamparo absoluta.

El fenómeno de la migración no es nuevo, ocurre desde los albores de la humanidad, pero siempre es actual. La gran diferencia que ha experimentado la migración durante los últimos siglos es el incremento de personas que se desplazan. Hablamos de cifras desorbitadas, millones y millones de personas que se ven obligadas a huir de sus hogares y dejar atrás a sus familias.

La preocupación por la regulación y asistencia de este sector de la población ha ido en crecimiento tanto en España como en el resto de Europa. Solo es necesario atender al Informe Anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto del 2015 que insta a los estados a que den prioridad absoluta a la protección de los MENA y a la resolución de estos procedimientos.

El fin principal de este trabajo es el análisis de la figura del Menor Extranjero no Acompañado, tanto en el ordenamiento jurídico español, europeo y mediante tratados internacionales, como la jurisprudencia relativa al tema. Para ello hemos estructurado el trabajo de manera que en un primer capítulo se recogen los cuerpos normativos en los que podemos encontrar algún tipo de regulación sobre esta figura jurídica, centrándonos en los que son de aplicación en el territorio español.

Analizaremos en el capítulo segundo las fases de la migración del menor, comprendiendo desde la localización hasta la determinación de la edad, y posterior decisión sobre su futuro. Con este capítulo se pretende profundizar tanto en los métodos de determinación de la edad, como las posibilidades que la Administración tiene de dar

una solución a la situación de desamparo de un menor, siempre atendiendo al interés superior del mismo, principio rector de toda la legislación relativa a esta materia.

Finalmente, en el capítulo tercero analizaremos la posibilidad de estancia de los menores en el territorio español, las soluciones jurídicas que el ordenamiento español da a los menores extranjeros no acompañados que cumplen la mayoría de edad estando bajo la tutela del Estado.

En definitiva, mediante este trabajo se pretende hacer un estudio de la figura del Menor Extranjero no Acompañado, no solo de las disposiciones legales relativas al tema, sino también un análisis de las situaciones concretas y las diferentes soluciones que aporta el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia a las mismas.

## **METODOLOGÍA**

En cuanto a la metodología, debemos destacar varias fases dentro del proceso de desarrollo del presente estudio.

La primera fase fue la elección del tema sobre el que versaría el trabajo. Para tomar esta decisión el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa, Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León nos propuso diferentes temas, siempre atendiendo a nuestros intereses y teniendo en cuenta la opinión del alumno. En este caso concreto, el tema elegido es el análisis de la figura del Menor Extranjero no Acompañado, o MENA.

La segunda fase fue la construcción de un índice provisional. Con esto tratamos de establecer un orden para el estudio del tema, al mismo tiempo que centrar la materia sobre la que se pretende investigar, es decir, pretende fijar la estructura básica que seguirá la investigación. En este caso consta de tres partes: una parte inicial en la que se pretende introducir el tema y establecer la regulación básica en la que fundamentamos nuestras alegaciones; un capítulo intermedio en el que se establecen los pasos a seguir por la Administración en el trato y custodia de los Menores Extranjeros no Acompañados, así como la problemática principal de esta cuestión, la determinación de la edad de estos posibles menores; y un capítulo final en el que se recogen la situación y

posibilidades que encuentran estos menores una vez alcanza la mayoría de edad, mientras residen en nuestro país.

La que consideramos como tercera fase fue la búsqueda de información para el desarrollo del trabajo, es decir, las fuentes que hemos empleado para la redacción del mismo. Debemos destacar entre estas, la normativa española que regula la situación de los menores y de los menores extranjeros no acompañados en España, así como los reglamentos y directivas que a este respecto se han dictado por los órganos europeos competentes, y los tratados internacionales que a este respecto han sido acordados. Otra fuente básica para el desarrollo del estudio ha sido la jurisprudencia sentada por los órganos jurisprudenciales nacionales y europeos, en aplicación de la normativa anteriormente citada.

De la misma manera, los estudios sobre la materia y artículos en publicaciones periódicas en los que se analiza la doctrina y las últimas actualizaciones de la norma y jurisprudencia han tenido una gran relevancia, dado que la migración es una materia de actualidad y que está en constante cambio.

Con todas estas cuestiones previas realizadas, por último se ha plasmado por escrito las cuestiones de relevancia planteadas, y las conclusiones obtenidas del estudio de esta materia. En este caso, hemos pretendido dar al estudio que hemos realizado una vis más práctica que en otras ocasiones, y por tanto, para completar toda la información teórica que hemos obtenido de la ley, manuales y comentarios de los mismos, hemos sumado la búsqueda jurisprudencial y de instituciones y organizaciones cuya función es el control de este colectivo, como pueden ser el Defensor del Pueblo o “Save the Children”. Con esto se ha pretendido entender, no solo la regulación que el legislador español ha realizado sobre el tema, sino también como se lleva a cabo esta aplicación de la norma y hasta qué punto se pueden cumplir con todos los objetivos y disposiciones que esta regulación ha establecido en el marco español.



# CAPITULO I. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

## 1. CONCEPTO.

El ordenamiento jurídico español recoge por primera vez el concepto de Menor Extranjero no Acompañado (en adelante MENA) en el artículo 189 del Reglamento de Extranjería de 20 de abril de 2011<sup>1</sup> (en adelante RLOEX) “*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>2</sup>

De la lectura de este precepto se extrae que para ser considerado MENA deberán concurrir las siguientes características: ser extranjero, menor de 18 años, no ir acompañado por adulto responsable de él<sup>3</sup> y que exista para él un riesgo de desprotección. No obstante debemos llamar la atención sobre el hecho de que para que el menor sea considerado como extranjero debe de ser nacional de un país ajeno a la Unión Europea, es decir, que no incluiremos dentro del grupo de los MENA a los menores que provengan de países miembros de la Unión Europea<sup>4</sup>.

De la misma manera, cabe otra excepción a estas características, dado que el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>5</sup> y el mismo de la LO

---

<sup>1</sup> BOE núm. 103, 30-IV-2011.

<sup>2</sup> Basándose esta en la definición contenida en el artículo 2.f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE núm. L251/12, 3-X-2003).

<sup>3</sup> PÉREZ REY, J.: “Estudio de la Ley Orgánica 4/2000 concordada con el RD 557/2011”, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011). Actualizado con las novedades normativas de 2012*, Comares, Granada, 2012, p. 589. La definición reglamentaria establece qué es el riesgo de desprotección del menor. Ha de entenderse que siempre que el menor no esté acompañado de un adulto responsable efectivamente de él, se encontrará en situación de desamparo, de manera que el hecho de estar acompañado por personas que no se hayan hecho cargo efectivamente del menor no pueda ser utilizado como forma de restricción del concepto de MENA.

<sup>4</sup> Resolución del Consejo de la Unión Europea 97/C 221/03, de 26 de junio 1997; Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001; Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

<sup>5</sup> BOE núm. 313, 31-XII-1990 establece la excepción a la mayoría de edad a los 18 años: “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”(CRG/GC/2005/6) Observación General nº6 del Comité para los derechos del niño, establece en su párrafo nº 9 “*Se entiende por "niño", a los efectos del artículo 1 de la Convención, "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Ello quiere*

1/1996<sup>6</sup>, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) prevé que serán considerados mayores de edad los que superen los 18 años, salvo que una disposición legal de su país de origen<sup>7</sup> otorgue la mayoría de edad a una edad inferior a los 18.

Dentro de todas las actuaciones que se van a desarrollar en el amparo de estas normas, cabe destacar otro concepto que adquiere una gran relevancia en la práctica: el “interés superior del menor”.

Este concepto jurídico indeterminado se enuncia en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Para conseguir esta atención al interés superior del niño, se exige la evaluación clara y a fondo de la identidad del menor, en ámbitos como su nacionalidad, antecedente étnicos, lingüísticos y culturales, necesidades de protección, y demás aspectos relevantes que hayan podido influenciar en el crecimiento y formación de personalidad del mismo, y así lo establece el párrafo vigésimo de la Observación General nº 6 de la Convención de los Derechos del Niño.<sup>8</sup>

Este interés se puede apreciar de la misma forma en el artículo 25 de la Convención de los derechos del niño cuando se exige que en los casos de internamiento del menor no acompañado se asegure la protección a la salud física y mental del mismo,

---

*decir que los instrumentos legales que rigen la situación de los menores dentro del territorio del Estado no pueden definir al niño de una manera que se aparte de las normas que determinan la mayoría de edad en ese Estado.”*

<sup>6</sup> BOE núm. 15, 17-I-1996, define en su artículo primero el concepto de menor, incluyendo la excepción planteada en el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989: “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.”

<sup>7</sup> La citada Convención General nº6 sobre la Convención de los Derechos del Niño recoge en su párrafo décimo la consideración de que se entenderá como país de origen el país de la nacionalidad del menor. En los casos de apatridia será considerado como tal el país de residencia habitual del menor.

<sup>8</sup> Párrafo 20 Observación General nº 6: “La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección.”

así como exámenes periódicos y tratamientos de las circunstancias que pudieran surgir de su internamiento.<sup>9</sup>

Una definición de este concepto jurídico indeterminado podría ser: *“las decisiones o las normas de la Administración Pública o del Estado, no tienen que afectar negativamente los derechos fundamentales de la persona así como su libertad personal. Entendemos como el interés superior se alcance cuando el balance entre la situación real y personal del menor de edad y las normas de protección del menor como persona se encuentra en perfecto equilibrio”*.<sup>10</sup>

Para poner en conexión este término con la legislación española, en el caso del “interés superior del menor” enmarcado dentro del MENA, tenemos dos ejemplos, por una parte debemos acudir al 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 (en adelante LOEX)<sup>11</sup>, del que en capítulos posteriores haremos un análisis más profundo.<sup>12</sup>

De otra parte, encontramos el artículo 2 de la LOPJM, donde se establece que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*

Gracias a estos supuestos podemos observar como la norma sitúa el principio del interés superior del menor como uno de los pilares básicos que se deben observar en

---

<sup>9</sup> Artículo 25 de la Convención de los Derechos del Niño: *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.”*

<sup>10</sup> VESTRI, G.: *Inmigración y Extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. p. 212.

<sup>11</sup> BOE núm. 10, 12-I-2000.

<sup>12</sup> Dentro de esta normativa, el interés superior del menor está íntimamente ligado al principio de reagrupación familiar.

todas las actuaciones de la Administración<sup>13</sup>. El problema de ello reside, como veremos, en la interpretación que las Administraciones Públicas y las diferentes Comunidades Autónomas hacen de este principio.

## 2. MARCO JURÍDICO.

En el caso de los MENA debemos tener en cuenta que nos encontramos ante un doble grupo vulnerable. Por un lado, estas personas son inmigrantes, y existe una legislación amplia en este ámbito y que se opone diametralmente en cuanto a garantías se refiere, a la legislación de menores, la otra legislación aplicable a estos sujetos por su condición de menores de edad.

A la hora de elegir entre una u otra normativa, siempre primará la legislación de menores.<sup>14</sup>

### A. Internacional.

Como veremos a continuación, la legislación relativa a los derechos y acciones sobre los menores extranjeros no acompañados se encuentra muy dispersa a través de varias normas legales. Principalmente en este ámbito nos tendremos que mover entre pactos y tratados, siendo todos ellos relativamente modernos.

Podemos calificar estos tratados y pactos de “modernos” debido a que los MENA son un tema que preocupa en la actualidad, pero históricamente los derechos de los niños no han sido un tema al que se le atribuyese una gran importancia, a eso debemos que los primeros tratados sobre la materia daten de mediados del siglo XX.

Entre las normas que regulan en la actualidad esta materia debemos destacar:

- La Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el estatuto de los refugiados<sup>15</sup>. En esta norma no encontramos un apartado específico sobre el

---

<sup>13</sup> PÉREZ REY, J.: “Estudio de la Ley Orgánica 4/2000 concordada con el RD 557/2011”, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011). Actualizado con las novedades normativas de 2012*, Comares, Granada, 2012, p. 588. “[...] El interés superior del menor prevalece sobre el interés del Estado a controlar sus fronteras en la medida en que éste pueda afectar negativamente a aquél.”

<sup>14</sup> CABEDO MALLOL, V.: *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 41.

tratamiento de menores, pero no establece limitaciones de edad para su aplicación. No se aplica como norma, sino como guía para la interpretación de los principios.

- Convenio de la Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961<sup>16</sup>. Esta norma trata sobre la facilidad para el acceso a las autoridades judiciales y extrajudiciales, atendiendo a principios de proximidad. Este convenio se ha visto modificado por el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, firmado en La Haya el 19 de octubre de 1996<sup>17</sup>, por el que en la actualidad se rige nuestro país, y en cuyo artículo 4 j) recoge la exclusión de las decisiones en materias de asilo e inmigración.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño<sup>18</sup>. Este texto legal ha sido ratificado por todos los miembros de la Unión Europea<sup>19</sup>. Tiene una gran importancia dado que es el primer instrumento legal e internacional que es jurídicamente vinculante para los Estados que lo han ratificado, e incorpora una gama completa de derechos del niño.

---

<sup>15</sup> BOE núm. 252, 21-X-1978.

<sup>16</sup> BOE núm. 199, 20-VIII-1987. Esta disposición ha sido renovada mediante el Convenio de la Haya de 1996 (BOE núm. 291, 2-XII-2010) y por el que su artículo 4 j).

<sup>17</sup> BOE núm. 291, 2-XII-2010.

<sup>18</sup> BOE núm. 313, 31-XII-1990. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y fue ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. Sigue el camino trazado por la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño (primera declaración de los derechos del niño); la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la asamblea general de las naciones unidas de 20 de noviembre de 1959; Declaración Universal de los derechos Humanos; Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, entre otros.

<sup>19</sup> Los países europeos han acogido este escrito con recelo de que pudiera limitar la parcela de la soberanía estatal y les implantase obligaciones para con los inmigrantes inmiscuyéndose en lo que ellos consideraban competencias estatales. Esto llega a tal punto que muchos de los estados han establecido reservas de aplicación del mismo. En el caso de España, al igual que en Italia, se ha llevado a cabo una “interpretación jerarquizada” (DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: “El marco legislativo internacional y comunitario de los MENA”, CABEDO MALLOL, V (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados, en la norma y en la realidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 88), es decir, que establecen una jerarquía entre las diversas opciones de resolución de la situación de desamparo del menor en el territorio nacional. Estos estados optan principalmente por la repatriación del menor como principal medio de cumplir con el interés superior del menor, sin dar audiencia al menor ni tener en cuenta la opinión de los progenitores. Comentaremos esta aplicación del principio de unidad familiar aplicado de forma obligatoria por el estado español.

Este cuerpo normativo tiene una gran relevancia puesto que en sus artículos podemos encontrar derechos fundamentales reconocidos a los menores, como puede ser el artículo 12 sobre el derecho del menor a ser escuchado, el artículo 13 con el derecho a la libertad de expresión, y el 14 y 15, que recogen la libertad de pensamiento y religiosa, así como la libertad de asociación y reunión respectivamente.

Centrándonos en las resoluciones y disposiciones de la Unión Europea podemos hablar por su relevancia de:

- Carta Europea de los Derechos del Niño<sup>20</sup>. Establece algunas diferenciaciones en cuanto al ejercicio de los derechos del menor atendiendo a que este sea o no comunitario. Se pide que los Estados Miembros ratifiquen sin reservas la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño<sup>21</sup>.
- Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros<sup>22</sup>. Contiene varias directrices en cuanto al trato de los menores extranjeros no acompañados.
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar<sup>23</sup>. Regula la situación de los ciudadanos de terceros estados que se encuentran en estado miembro. A este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2006, C-540/03<sup>24</sup>, resuelve un recurso planteado por el Parlamento Europeo frente al Consejo Europeo en el que se solicita la anulación de los artículos 4.1 en su último párrafo, 4.6, y 8.6 de la Directiva 2003/86/CE, tratándose todas ellas de disposiciones excepcionales a los supuestos base de la norma. El Parlamento Europeo considera que estas disposiciones atacan el derecho fundamental a la vida familiar, pero la sentencia establece que a pesar de que la Directiva permite a los Estados Miembros “*un margen de apreciación, éste es lo suficientemente*

---

<sup>20</sup> DOCE núm. C 241, 21-IX-1992.

<sup>21</sup> Entre los derechos a los que hace referencia encontramos el derecho a la educación en el artículo 14 y la prohibición del trabajo infantil en el artículo 32.

<sup>22</sup> DOCE núm. C 221, 19-VII-1997.

<sup>23</sup> DOUE núm. 251, 3-X-2003.

<sup>24</sup> STJUE de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03, *Parlamento/Consejo*.

*amplio para permitirles aplicar las normas de la Directiva en un sentido acorde con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales.”*<sup>25</sup>

- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de la UE, de 16 de diciembre de 2008<sup>26</sup>. Relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. En este sentido debemos destacar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015<sup>27</sup>, dado que se trata de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de País Vasco. Se cuestiona la interpretación de los artículos 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE y la adecuación de la normativa española en relación con la citada directiva.
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013<sup>28</sup>, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Establece garantías para que los MENAs accedan a los sistemas de acogida, cuidado y bienestar del menor, o que sea puesto bajo la tutela de un familiar o adulto competente.

En relación con la aplicación de esta directiva, encontramos de especial relevancia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de febrero de 2016<sup>29</sup> donde se plantea una cuestión prejudicial sobre la validez del artículo 8.3.e) de la Directiva 2013/33, de 26 de junio de 2013. En ella se

<sup>25</sup> STJUE de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03, *Parlamento/Consejo*, Párrafo 104.

<sup>26</sup> *DOUE* núm. 348, 24-XII-2008.

<sup>27</sup> STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C 38-14, *Samir Zaizoune*. En los artículos 53.1, 55 y 57 de la LOEX se establece el procedimiento que el sistema español sigue en cuanto a la localización de extranjeros en situación de irregularidad, en el que existen la posibilidad de imponer una sanción de multa o la expulsión. La sentencia del TJUE mencionada establece que esta posibilidad de optar recogida en el ordenamiento español es contraria a la directiva 2008/115/CE, dado que en ella se recoge la obligación de solidaridad de los estados miembro, y la obligación de los mismos de expulsar a los extranjeros que se encuentren en su territorio en situación ilegal (apartados 40 y 41 de la sentencia y artículos 6.1 y 8.1 de la directiva).

<sup>28</sup> *DOUE* núm. 180, 29-VI-2013.

<sup>29</sup> STJUE de 15 de febrero de 2016, asunto C-601/150 PPU, *N. Enfrenta al Raad van State* (Consejo de Estado de Países Bajos) a un particular, J.N. Este ha sido internado en varias ocasiones en Países Bajos a pesar de ser solicitante de asilo, y haber sido expulsado del territorio. En la sentencia se analiza una cuestión prejudicial sobre la validez del artículo 8.3.e), tras 4 solicitudes de asilo denegadas, y no haber sido oído en el procedimiento por imposibilidades médicas. La sentencia destaca que el internamiento debe ser el último recurso, debe estar motivado por el comportamiento del sujeto, pero deben concurrir otros comportamientos peligrosos para la sociedad, y que esta posibilidad sea analizada por las autoridades competentes. No vale la mera estancia irregular en el territorio del estado miembro. Esta medida debe tomarse únicamente cuando no procedan medidas menos restrictivas, y deberá adoptarse por el menor tiempo posible.

establece que los motivos de internamiento de un solicitante de asilo deben ser excepcionales, y siempre atendiendo a los actos individuales de los sujetos, o a la protección del orden público, como en el supuesto que se enjuicia en la sentencia. Pero, en su párrafo 61 y siguientes advierte que la solicitud de asilo no es motivo suficiente por sí solo para el internamiento del sujeto solicitante, así como que la asunción de la medida de internamiento debe tomarse con observancia de los principios de proporcionalidad y de buena fe por parte del Estado.

- Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida<sup>30</sup>. Contiene reglas específicas para menores extranjeros no acompañados. Establece que el estado responsable de asilo para el menor será en el que se encuentre un miembro de su familia. Si no hubiese familiar será responsable el estado en el que se encuentre el menor.<sup>31</sup>
- Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)<sup>32</sup>. El anexo séptimo trata sobre menores, y exige una especial atención a los menores, y tienen los

---

<sup>30</sup> DOUE núm. 180, 29-VI-2013.

<sup>31</sup> Artículo 6. “Garantías para menores 1. El interés superior del niño constituirá una consideración primordial de los Estados miembros en todos los procedimientos previstos en el presente Reglamento. 2. Los Estados miembros garantizarán que un representante represente o preste asistencia al menor no acompañado en todos los procedimientos previstos en el presente Reglamento. El representante tendrá las cualificaciones y los conocimientos adecuados para garantizar que se toma en consideración el interés superior del menor durante los procedimientos tramitados con arreglo al presente Reglamento. [...]3. Los Estados miembros cooperarán estrechamente entre sí para determinar el interés superior del niño, en particular teniendo debidamente en cuenta los siguientes factores: a) las posibilidades de reagrupación familiar; b) el bienestar y el desarrollo social del menor; c) consideraciones de seguridad y protección, especialmente en caso de riesgo de que el menor sea víctima de trata de seres humanos; d) la opinión del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez. 4. A efectos de la aplicación del artículo 8, el Estado miembro en el que el menor no acompañado haya presentado la solicitud de protección internacional llevará a cabo, tan pronto como sea posible, las acciones necesarias para identificar a los miembros de la familia, hermanos o parientes del menor no acompañado que se encuentren en territorio de los Estados miembros, al mismo tiempo que protegen el interés superior del niño. A este efecto, dicho Estado miembro podrá solicitar la asistencia de organizaciones internacionales o de otras organizaciones pertinentes, y podrá facilitar el acceso del menor a los servicios de localización de dichas organizaciones.”

<sup>32</sup> DOUE núm. 77, 23-III-2016.



mismos controles que los adultos en las fronteras exteriores. Se pondrá especial atención a la patria potestad del acompañante adulto, en especial si va acompañado de un solo adulto o si hay razones para creer que no ostenta la patria potestad o justo título.

## **B. Nacional.**

En el ámbito de la legislación nacional destacan entre otras por su relevancia y aplicabilidad:

- Constitución española de 1978. En ella no existe una referencia directa a los menores, pero se debe hacer una interpretación amplia de la norma, y se puede apreciar un reconocimiento jurídico de la figura del menor. Estos no tendrán reconocidos los derechos políticos, pero sí los derechos civiles.

Podemos realizar esta afirmación a tenor del artículo 13 de la CE<sup>33</sup> “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.” Esta afirmación también tiene base en el artículo 10.1, en el sentido de que reconoce la dignidad “de la persona”, los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad.<sup>34</sup>

En este sentido se puede plantear donde está el límite entre los derechos que pueden ser atribuidos a los extranjeros y los que no. La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984<sup>35</sup>, en su fundamento jurídico tercero establece que la diferenciación de la nacionalidad no tendrá validez cuando se traten de derechos

---

<sup>33</sup> BOE núm. 311, 29-XII-1978.

<sup>34</sup> STEDH de 5 de abril de 2011, asunto Rahimi contra Grecia: condena a Grecia por el trato que le da a un menor de 15 años de nacionalidad afgana al que se interna en un centro para adultos en unas condiciones mínimas de salubridad, por haber violado su derecho a la dignidad y no cumplir con su obligación de protección ante el menor desamparado.

<sup>35</sup> BOE núm. 305, 21-XII-1984. STC 107/1984 de 23 de noviembre de 1984.

que se reconozcan por mandato constitucional, pero si cuando se traten de diferencias en la tramitación por razón de nacionalidad.<sup>36</sup>

En atención a los menores, el artículo 14 de nuestra Carta Magna reconoce la igualdad ante la ley sin que pueda mediar discriminación de ningún tipo. No se recoge el motivo especial de discriminación por edad, pero el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha establecido que las circunstancias específicas recogidas en este artículo no se trata de unos supuestos particulares, por lo que dentro de las circunstancias personales a las que se alude en el mismo se puede entender la edad<sup>37</sup>. Debemos tener en cuenta de la misma manera el artículo 39 que establece el principio de protección familiar y la prohibición de discriminación por razón de nacimiento.<sup>38</sup>

- Código Civil<sup>39</sup>: el precepto 9.6 de esta norma establece “*La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este*

---

<sup>36</sup> “A tenor del art. 13 de la Constitución, «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley». Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término «libertades públicas» no tiene, obviamente, un significado restrictivo- reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley. [...] Los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal.[...] Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante.”

<sup>37</sup> STC 75/1983 de 3 de agosto de 1983. En este sentido también destaca la STC 115/1987 de 7 de julio de 1987, donde se reconoce a los menores de edad extranjeros e inmigrantes derecho a la vida, a la integridad (tanto física como moral), derecho al honor, intimidad y libertad de expresión entre otros.

<sup>38</sup> Artículo 39.4 de la Constitución Española “4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.” que en relación con el artículo 10.2 de la misma norma “2. 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” destaca la importancia de los tratados internacionales, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, y su ratificación por todos los países.

<sup>39</sup> BOE núm. 206, 25-VII-1889.

*artículo. La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.”*

Este precepto permite que las medidas de carácter protector y educativo se lleven a cabo conforme a la legislación española, y esto puede ser así a pesar de que no estén sometidos a potestad o tutela.<sup>40</sup>

- Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEX).<sup>41</sup>
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (RLOEX).<sup>42</sup>
- Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados<sup>43</sup> (en adelante Protocolo MENA). Este se ha desarrollado bajo la previsión del artículo 190.2 del RLOEX, siendo este un patrón de buenas prácticas, que será completado con los protocolos que desarrollen las diferentes CCAA. La finalidad de este protocolo es fundamentalmente la coordinación entre las distintas autoridades que intervienen a lo largo del proceso. El protocolo en sí mismo carece de carácter jurídico vinculante, pero los organismos firmantes<sup>44</sup> le han otorgado una obligatoriedad moral para asegurar su cumplimiento. El ámbito subjetivo del Protocolo se corresponde con el descrito en el artículo 189 del RLOEX, a pesar de que el párrafo segundo del apartado segundo del capítulo primero de esta norma introduce supuestos diferentes a los que reconoce el RLOEX, pero en esencia no

---

<sup>40</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 11-45.

<sup>41</sup> *BOE* núm. 10, 12-I-2000. Reformada por las LO 8/2000, LO 11/2003, LO 14/2003, LO 2/2009, 10/2011, RD Ley 16/2012, Ley 4/2013, Ley 4/2015 y Ley 8/2015.

<sup>42</sup> *BOE* núm. 103, 30-IV-2011. Reformada por RD 844/2013, RD 162/2014, RD 987/2015.

<sup>43</sup> *BOE* núm. 251, 16-X-2014.

<sup>44</sup> Los órganos firmantes son: Ministerio de Justicia, Ministerio de Interior, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

añade ningún criterio nuevo al artículo 189<sup>45</sup>. De la misma manera, y a modo de crítica sobre el texto del Protocolo, en la redacción del mismo se olvidan algunos de los principios rectores que otras normas internacionales sobre la materia consideran fundamentales, como pueden ser la no discriminación, la obligación de confidencialidad y el derecho del menor a expresar su opinión libremente.

### **3. DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.**

#### **A. Derechos reconocidos.**

En el ámbito estatal encontramos la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, que recoge los preceptos relativos a los menores en España. Tanto el artículo 1 como el 3 establecen que la ley será de aplicación para los menores, sin hacer distinción de ningún tipo en este grupo, incluida por nacionalidad: *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”*<sup>46</sup>.

En esta norma se establecen algunos de los derechos fundamentales que asisten a los menores extranjeros no acompañados en España, entre los que cabe destacar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 4), derecho a la información (artículo 5), derecho a la libertad ideológica (artículo 6), derecho a la participación, asociación y reunión (artículo 7), derecho a la libertad de expresión (artículo 8) y derecho a ser oído y escuchado (artículo 9). Se tratan todos ellos de derechos fundamentales, recogidos en la Constitución Española, y que por estar contenidos en

---

<sup>45</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: “Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 37, 2014, p. 268.

<sup>46</sup> Artículo 3 de 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.

dicha norma, se le reconocen a cualquier persona en el territorio español, pero a su vez el legislador los ha considerado tan básicos y esenciales para la situación de vulnerabilidad de este sector, que ha estimado necesario recogerlos de nuevo en esta ley específica de aplicación a los menores, sin establecer diferenciaciones por razón de su nacionalidad o su estancia legal en España.

De la misma manera, el artículo 10.3 de esta norma establece el derecho de los menores extranjeros a acceder, entre otros, a la educación y la sanidad pública, en las mismas condiciones que los menores españoles, “*aún cuando no residan legalmente en España*”<sup>47</sup>.

Por otra parte, como inmigrantes, a los MENA les será de aplicación la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX). Esta norma en sus artículos 9 y 12 reconocen de la misma manera el derecho a la educación y la sanidad<sup>48</sup>, recalcando que esta será atribuida en las mismas condiciones y con los mismos derechos reconocidos que para los nacionales españoles.

## **B. Situación en la práctica.**

Debemos tener en cuenta y muy presente, que la organización interna del Estado español da lugar a una pluralidad de legislaciones específicas de muchos ámbitos, dependiendo de las competencias que a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) hayan sido otorgadas. En el caso de los menores extranjeros, hemos de decir que tienen determinadas competencias, en cuanto a la asistencia social y la protección de los MENA dentro de la frontera de su territorio.<sup>49</sup>

Es por esto que en ocasiones las CCAA han legislado sobre la situación de los menores en el ámbito de sus territorios, siendo así que en determinadas ocasiones estas

---

<sup>47</sup> En este apartado volvemos a denotar que estos derechos son reconocidos para todos los menores, sin diferenciar entre la situación legal o ilegal de los mismos en el territorio español.

<sup>48</sup> Garantizado de la misma manera en los artículos 28 (educación) y 24 (salud) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>49</sup> En base a lo establecido por la Constitución Española de 1978, en los artículos 148.1.20º, 148.2 y 149.1.2ª. Esta directriz se extrae de la jurisprudencia, esencialmente de la STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007.

disposiciones han podido solaparse o incluso inmiscuirse en cuestiones que tienen que ser reguladas por el legislador estatal, al entender que son materias básicas para el desarrollo de este colectivo, y que deben ser comunes a todo el territorio nacional.<sup>50</sup>

Con este ánimo, se ha dictado el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados, cuyo fin, como hemos mencionado, es fundamentalmente la creación de una guía de buena conducta para que todas las Administraciones cooperen y actúen de forma similar en todas las CCAA. Si bien es cierto que se espera que las autonomías desarrollen sus propios protocolos, deberá hacerse en el marco creado por esta norma.

Por todo lo anterior, entendemos que las normas de extranjería no podrán limitar de ninguna manera los derechos fundamentales reconocidos por los convenios internacionales que España haya ratificado, la Constitución y la legislación nacional.<sup>51</sup>

Este hecho se refleja claramente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, entre los que podemos destacar:

- La sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, resuelve el recurso interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra varios preceptos de la LO 8/2000, en la que se declara la inconstitucionalidad de varios preceptos de la norma por intentar restringir el derecho de reunión y manifestación, asociación, derecho de educación de naturaleza no obligatoria, a sindicarse y a la asistencia jurídica gratuita, otorgándoselos únicamente a los extranjeros que hubiesen obtenido autorización de estancia o residencia en España.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> ARCE JIMÉNEZ, E.: “Marco Jurídico de la protección y los menores extranjeros no acompañados”, *Los sistemas de protección de la infancia y sus retos*, Ararteko, 2011, pp. 35-42.

<sup>51</sup> En este aspecto se debe tener en cuenta de la misma manera la jerarquía de las normas del estado, y de las disposiciones que tengan carácter y rango internacional, haciendo especial referencia a los Convenios internacionales de los que España sea parte, así como las disposiciones reglamentarias y las directivas que emanan de los órganos de gobierno y legislación de la Unión Europea.

<sup>52</sup> STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007 (F.J. 7): “*Los preceptos impugnados vendrían a expresar la incompatibilidad entre la situación legal de los extranjeros no autorizados a estar o residir, y el presupuesto práctico de estos derechos, que es la residencia en España. Antes de emprender el enjuiciamiento de la constitucionalidad del citado precepto legal es preciso advertir que, según la dicción literal del mismo, los extranjeros gozan en España del derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE, que tendrán «conforme a las leyes que lo regulan para los españoles», estableciendo así una equiparación en cuanto a su titularidad y ejercicio. La nueva redacción dada por la Ley impugnada al*

- Las sentencias 183/2008 y 184/2008 del Tribunal Constitucional hablan del derecho a la tutela judicial efectiva para los menores extranjeros. Ambas sentencias tienen que ver con un menor marroquí al que la Comunidad de Madrid, como su tutora legal, insta la repatriación. El joven recurre, pero se le niega la capacidad procesal por ser menor y no encontrarse emancipado. La sentencia 183/2008 establece que se vulnera por los tribunales el derecho a la tutela judicial efectiva del menor por negarle la posibilidad de recurrir una actuación administrativa relativa a su persona<sup>53</sup>. La sentencia 184/2008 reconoce la capacidad procesal de las asociaciones cuyo objetivo es la protección de derechos fundamentales, considerando este hecho como el interés legítimo que la ley exige para ser parte procesal en un proceso (artículo 6 LEC)<sup>54</sup>.

Esta jurisprudencia derivó en una modificación de la LOEX y el RLOEX, para garantizar el derecho a la educación, a la tutela judicial efectiva, a ser informado de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento de repatriación y los derechos que le asisten, a intervenir en la fase de alegaciones si es mayor de 16 años,

---

*apartado 1 del art. 7 de la Ley Orgánica 4/2000 introduce una condición para su ejercicio por parte de los extranjeros: que éstos hayan obtenido la autorización de estancia o residencia en España. La Ley recurrida establece, pues, una distinción entre españoles y extranjeros ilegales que, a juicio de la entidad recurrente, sería contraria a la Constitución por ser el derecho de reunión un derecho derivado de la dignidad humana en relación con el cual el legislador no puede establecer diferencias entre españoles y extranjeros que no se encuentran legalmente en España. Debemos, por tanto, determinar en primer lugar la conexión del derecho de reunión con la garantía de la dignidad humana.”*

<sup>53</sup> STC 183/2008 de 22 de diciembre de 2008 (F.J. 5): *“la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio pro actione, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia. Entre esos intereses está, sin duda, y como ya se expuso anteriormente, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal.”*

<sup>54</sup> STC 184/2008 de 22 de diciembre de 2008 (F.J. 3): *“respecto de la legitimación activa de las asociaciones en los procedimientos contencioso-administrativos en que pretendan actuar defendiendo los intereses que constituyen sus fines estatutarios, se ha destacado que en los supuestos en que exista una relación directa entre dichos fines y el motivo en que se fundamentaba la impugnación del acto administrativo, la conclusión de que la asociación carecería de interés legítimo supone una aplicación en exceso rigorista de esta exigencia legal, toda vez que no cabe alegar en este tipo de supuestos que la asociación, en atención a sus fines estatutarios, sea neutral o indiferente ante el mantenimiento de la norma o resolución recurrida (STC 282/2006, de 9 de octubre de 2006, FJ 3).”*

derecho de audiencia del menor inmigrante, extendiéndose esta capacidad a todos los actos del orden jurisdiccional contenciosos administrativo.

Debemos recordar que los menores tendrán todos los derechos reconocidos en las normas de Derecho Internacional, tratados y convenios de los que España sea parte.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> En base a lo establecido en el artículo 13.1 CE.



## **CAPITULO II. PROCESO MIGRATORIO DE UN MENOR EXTRANJERO**

Este proceso comenzaría en el momento en el que las autoridades españolas detectan la presencia de este menor no acompañado en el territorio español hasta que se adopta una decisión administrativa definitiva sobre la situación de este. El procedimiento se puede dividir en cuatro fases: intervención, investigación, decisión y ejecución.

### **1. FASE DE INTERVENCIÓN. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD.**

Los MENA pueden ser detectados en el territorio nacional de varias formas: por los cuerpos de seguridad del estado, en el trabajo diario de las ONGs, particulares que dan parte de la situación de desamparo de un menor, incluso desconociendo la condición de extranjero del joven, o pueden ser los mismos menores los que se identifiquen como tal ante los órganos preceptivos.

Es complicado en algunas ocasiones saber con seguridad si nos encontramos ante un menor o no. En una gran cantidad de las veces en las que se detecta a un inmigrante que cabe la posibilidad de que sea menor, no se puede tener por seguro, bien porque no esté documentado de ningún modo, bien porque por su edad pueda estar próximo a la mayoría de edad. Es habitual en la inmigración que los menores extranjeros que no están acompañados por sus progenitores o personas responsables de ellos, sino que ya tienen una edad avanzada, superior a los 16 años, y solo tener en cuenta la apariencia física puede inducir a error sobre su edad.<sup>56</sup>

Por esta circunstancia, la última reforma de la LOEX llevada a cabo en 2009, establece en los apartados tres y cuatro del artículo 35, titulado “menores no acompañados”, que en los casos en los que existan dudas sobre la edad del inmigrante, se pondrá al menor a cargo de los servicios de protección competentes (varían dependiendo de la CCAA) y se dará traslado al Ministerio Fiscal, que será el que inicie la investigación de averiguación de la edad, contando con el apoyo de las instituciones sanitarias oportunas:

---

<sup>56</sup> ARCE JIMÉNEZ, E.: “Marco Jurídico de la protección y los menores extranjeros no acompañados”, *Los sistemas de protección de la infancia y sus retos*, Ararteko, 2011, pp. 35-42.

*“3. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

*4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.”<sup>57</sup>*

Como podemos observar, la determinación de la edad del presunto menor tiene una gran importancia, dado que se le tiene que dar todas las garantías que corresponderían a los menores. No es solo importante por el hecho de saber qué derechos y garantías le asiste, sino también cuál será la institución que tendrá que hacerse cargo de ellos. En el caso de los menores de edad, dependerán de la Comunidad Autónoma en la que se hallen<sup>58</sup>, es decir, en la que se proceda a su identificación, y por ser menor, será preceptiva la participación del Ministerio Fiscal. Por otra parte, si nos encontrásemos ante un inmigrante mayor de edad, la institución encargada será la Administración Estatal, y serán susceptibles de apertura de expediente de expulsión en cualquier momento.<sup>59</sup>

Como hemos establecido, el Ministerio Fiscal será el responsable último de la realización de las pruebas de la determinación de la edad de estos posible menores inmigrantes, y de la misma manera se informará al Delegado o Subdelegado del Gobierno de la provincia en la que se encuentre. Este proceso de determinación de la edad se encuentra regulado en el artículo 190 del RLOEX.

Debemos atender al hecho del cambio de la legislación en este supuesto, dado que el Reglamento anterior no contemplaba la idea de que la condición de menor fuese

---

<sup>57</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>58</sup> Los Estatutos de Autonomía otorgan a las comunidades potestad para legislar en materia de servicios sociales y protección de menores.

<sup>59</sup> CABEDO MALLOL, V.: “El proceso migratorio de un menor extranjero no acompañado”, CABEDO MALLOL, V.: *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 43-58.

indubitada, es decir, que se pudiera concluir en un primer momento que las autoridades se encontrasen ante un menor inmigrante<sup>60</sup>. En la actualidad, tanto el RLOEX como la LOEX contemplan esta posibilidad, siendo posible la puesta a disposición del menor a los servicios de protección de menores competentes, sin ser necesaria prueba para refrendar ese hecho.

No obstante, en pocas ocasiones se considera por parte de la Administración que el sujeto sea un menor de edad sin ningún tipo de duda. Causa de ello es principalmente que los menores que llegan al territorio español son de edades cercanas a la mayoría de edad, por lo que la apariencia física no es concluyente para abandonar la duda. En los casos en los que los menores aportan documentación, se plantea el problema de la validez de estos.

El Protocolo MENA en su apartado sexto del capítulo segundo reconoce cuales son las situaciones bajo las que se considerara que la documentación que se aporte no es válida. Las disposiciones que se recogen en este capítulo inducen a error, dado que en un primer momento solo reconocen validez a los documentos que vengán reconocidos expresamente por convenio o tratado internacional, de conformidad con el artículo 323 de la LEC, y con posterioridad reconocen a los pasaportes y documentos de viaje (sin especificar mayores características que el que sean originales) validez para reconocer la minoría de edad y la filiación.

De la lectura de la norma se deduce que con la presentación de los documentos que sean considerados válidos, se debe tomar por verdadera la edad en ellos recogida, por lo que no sería necesaria ni preceptiva la realización de pruebas de determinación de la edad, a las que posteriormente haremos referencia.

En la práctica ha habido cierto desacuerdo en la aplicación de esta norma, y ante la desconfianza de las autoridades sobre la veracidad de los documentos que los menores

---

<sup>60</sup> El artículo 92 del RD 2393/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no establece en ningún momento la posibilidad de entregar directamente el menor a los servicios de protección de menores correspondiente en caso de que la cualidad de menor fuese indubitada, por lo que supone que en todos los casos los posibles menores fuesen sometidos a pruebas de determinación de la edad. Este hecho cambia en el RLOEX.

portaban<sup>61</sup>, se han practicado las pruebas de determinación de la edad, sin que estas debieran practicarse. Por esto, y por la confusión y contradicción que generan las normas al respecto (en especial la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil<sup>62</sup> y el Protocolo MENA sobre las características que deben tener los documentos de viaje y pasaportes para que sean considerados válidos), el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia sobre este tema.

Consideramos de especial relevancia la STS 453/2014, de 23 de septiembre<sup>63</sup>, en cuyo fallo se recoge la doctrina del TS en este respecto: *“el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”*. En la línea de esta sentencia, y para confirmar la doctrina sentada por esta sentencia, podemos encontrar las STS 4452/2014<sup>64</sup>, 11/2015<sup>65</sup> y 13/2015<sup>66</sup>.

Recientemente y al hilo de la validez de los pasaportes, ha habido una nueva actuación por parte del Tribunal Supremo en vista de dar una mayor importancia al

---

<sup>61</sup> Se aprecia esta desconfianza fundamentalmente de los menores de origen norte africano, como pueden ser Senegal, Ghana y Gambia (STS 11/2015 de 16 de enero de 2015; STS 318/2015 de 22 de mayo de 2015; STS 319/2015 de 23 de mayo de 2015; STS 507/2015 de 22 de septiembre de 2015; STS 720/2015 de 1 de diciembre de 2016, entre otras).

<sup>62</sup> BOE núm. 97, 24-IV-2006.

<sup>63</sup> STS 453/2014 de 23 de septiembre de 2014. Se trata de una menor que portaba pasaporte y certificado de nacimiento de los que se desprendería que era menor de 18 años, a pesar de lo cual la Administración consideraba que era necesaria la realización de las pruebas de determinación de la edad. Se decide que los documentos que la menor no tienen carácter público ni validez por no tener legalización o apostilla y demás requisitos para su legalidad en España.

<sup>64</sup> STS 452/2014 de 24 de septiembre de 2014.

<sup>65</sup> STS 11/2015 de 16 de enero de 2015.

<sup>66</sup> STS 13/2015 de 16 de enero de 2015.

pasaporte como medio para acreditar la identidad de un extranjero. La STS 2663/2016<sup>67</sup> establece que el pasaporte es un medio válido para acreditar la identidad, ya se trate de un extranjero residente o no residente, prohibiendo que la Administración exija la Tarjeta de Identificación de Extranjero para la sustanciación de procedimientos administrativos comunes, por ir contra el derecho a intervenir en la tramitación de los procedimientos administrativos (Art. 24 LOEX y 100 y 101 RLOEX).

Durante el procedimiento de determinación de la edad puede ser necesaria atención inmediata, en cuyo caso se solicitará a los servicios autonómicos competentes. Se determinará por decreto del Ministerio Fiscal la edad del menor extranjero<sup>68</sup>, así como se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores<sup>69</sup>. Este decreto se comunicará al Delegado o Subdelegado del Gobierno de la provincia en la que se encuentre, y se inscribirá en el Registro de menores no acompañados<sup>70</sup>.

*"En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años."*<sup>71</sup>, es decir, que si la horquilla está entre 17 y

---

<sup>67</sup> STS 2663/2016 de 19 de diciembre de 2016.

<sup>68</sup> Circular de la Fiscalía General, núm. 2/2006, 27-VII-2006 *"la resolución del Fiscal fijando provisionalmente la edad a los efectos del artículo 35 LE, podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante..."*.

<sup>69</sup> Que la competencia para la decisión sobre la realización de pruebas de determinación de la edad le corresponda al Ministerio Fiscal y no a la Entidad Pública que sería tutora del menor constituye una garantía de que estas pruebas se realizarán únicamente atendiendo al interés del menor, evitando así el posible conflicto de intereses que se podría generar si la decisión sobre la edad la tomase la misma institución que debe decidir sobre el desamparo del mismo.

<sup>70</sup> El Registro de Menores no acompañados se trata de un instrumento que se prevé en la LOEX en su artículo 60, así como en el Reglamento de Extranjería de 2004 en su artículo 111 y el actual Reglamento de 2011 en su artículo 215. La finalidad de este fichero es la gestión, tramitación e información sobre menores extranjeros indocumentados a los que se les haya reconocido la situación legal de desamparo. En una primera etapa (2004 fecha en la que comienza a funcionar este registro – al 2011 cuando se produce la modificación del RLOEX) el balance de su funcionamiento es negativo, dado que no demuestra un conocimiento real de los menores extranjeros en situación de desamparo en España. Este problema se replica en toda la Unión Europea. Este Registro es coordinado por la Fiscalía y estará a cargo de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. En el mismo deberán figurar entre otros datos: nombre y apellidos, de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, fotografía, datos sobre la edad dubitada, centro de acogida o lugar de residencia, impresión decodactilar, datos fisionómicos, otros datos biométricos, etc.

<sup>71</sup> Artículo 190.4 2º párrafo del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

19, hay una presunción legal para considerar al joven como menor de edad. Por todo esto consideramos que se le otorga una mayor protección.<sup>72</sup>

Si, como hemos explicado, existen indicios de falsedad, pese a la exhibición documental, y no hay una certeza sobre la edad del menor, el Ministerio Fiscal podrá autorizar las pruebas de determinación de la edad.<sup>73</sup>

La forma más habitual de determinación de la edad consiste en la prueba radiográfica. Esta puede realizarse de varias partes del cuerpo, esencialmente de formaciones de huesos que van experimentando cambios a lo largo de los años, por lo que atendiendo a la fase de unión en la que estén, se puede intuir en qué grado de crecimiento se encuentra la persona.

El informe del defensor del pueblo “¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad”<sup>74</sup> recoge una amplia explicación sobre estos métodos, sus ventajas e inconvenientes. El “atlas” o método más utilizado es el de Greulich y Pyle<sup>75</sup>, que consiste en radiografiar los huesos de la mano y muñeca para establecer en qué fase del crecimiento se encuentra.

En cualquier caso, a pesar de que esta es la fórmula más extendida, no es fiable. En la formación física de los seres humanos, y por tanto en la maduración ósea también, influyen muchos factores, como pueden ser la genética, el medio ambiente, la alimentación, etc.<sup>76</sup> De hecho, se calcula que la oscilación que puede tener este resultado con la edad real del sujeto examinado es de unos dos años.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> ARMENTEROS LEÓN, M.: *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España. Actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 56-57.

<sup>73</sup> Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2001, 28 de junio, interpretativa del art. 35 de la LOEX(4/2000) en relación con el 190.4 del RLOEX.

<sup>74</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿MENORES O ADULTOS? Procedimientos para la determinación de la edad*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2011, pp. 35-75.

<sup>75</sup> VESTRI, G.: *Inmigración y Extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 230.

<sup>76</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿MENORES O ADULTOS? Procedimientos para la determinación de la edad*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2011, pp. 40 Estudio radiográfico del carpo: “*resulta definitivo en los estudios realizados el hecho de que ciertas condiciones patológicas pueden afectar a los resultados de la edad ósea, si bien la lista de las mismas no puede considerarse ni mucho menos completa. En el contexto de la influencia étnica y racial, existen múltiples estudios, algunos de ellos con bases metodológicas discutibles y con resultados a menudo contradictorios, que principalmente se han realizado en poblaciones de europeos caucásicos, caucásicos norteamericanos, otros grupos étnicos norteamericanos*”

Además, estas pruebas de determinación de la edad y el procedimiento para llevarlas a cabo han suscitado cantidad de cuestiones entre la Fiscalía, por ello, y entre otras resoluciones, la Fiscalía General emite la “Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados” fundamentada en dos preguntas básicas sobre la práctica de las citadas pruebas.<sup>78</sup>

La primera cuestión que fundamenta esta consulta es sobre la capacidad de los miembros del Ministerio Fiscal para decidir acerca de las prácticas de las pruebas de determinación de la edad sin que medie autorización del menor, y en caso de persistir en esta postura, la posibilidad de ejercer coerción física para la realización de la prueba.

Para la solución de esta cuestión consideramos que se tiene que tener en cuenta un hecho muy relevante, dado que la realización de la prueba consiste en una prueba radiológica en la mayoría de los casos, aunque pueden llevarse a cabo otras pruebas accesorias como entrevistas, la determinación de la edad puede poner el riesgo el derecho a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE<sup>79</sup>. Pero este derecho fundamental puede verse limitado ante un interés de carácter general. Estas pruebas radiológicas son consideradas como “intervenciones corporales leves” por la doctrina<sup>80</sup>,

---

*(incluido el genéticamente dudoso grupo racial de los hispanos), distintas poblaciones mongoloides y caucásicas de Asia y algunos estudios incompletos en poblaciones negroides centro y sudafricanas.[...]*”.

<sup>77</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿MENORES O ADULTOS? Procedimientos para la determinación de la edad*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2011, p. 245: “la determinación radiológica es extremadamente imprecisa y solo puede aportar una evaluación con un margen de error de dos años en ambos sentidos.”

<sup>78</sup> Consulta Fiscalía General núm. 1/2009, 10-XI-2009.

<sup>79</sup> Se trataría de “un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana” Consulta Fiscalía General 1/2009, p. 1380. También en relación con este derecho las Sentencias del TC 231/1988; 179/1991; 20/1992.

<sup>80</sup> STC 207/1996 de 16 de diciembre de 1996 (F.J. 2): “las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por eje., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)”.

y en el caso de que medie consentimiento de la persona afectada, no sería necesaria la intervención judicial<sup>81</sup>, ni tampoco la asistencia de letrado<sup>82</sup>. En el caso de que el menor se oponga a la realización de la prueba el Ministerio Fiscal no puede suplir su voluntad (STC 207/1996 “*mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular*”) <sup>83</sup>, y por tanto no podrá imponer esta práctica de la prueba o de cualquier otra prueba médica que afecte a la integridad física o moral del menor.

En estas actuaciones deben tener también en cuenta los Fiscales el derecho a ser oído que asiste al menor y se encuentra recogido en diversas leyes nacionales e internacionales, como ya hemos mencionado; y el principio de proporcionalidad, atendiendo a si la medida es necesaria, adecuada y equilibrada para el resultado que se pretende obtener<sup>84</sup>.

En cualquier caso, esta Consulta 1/2009 establece unas pautas de actuación, en las que se dice que el Fiscal deberá explicarle los aspectos médicos de la prueba al menor, así como hacerle saber que la finalidad de la prueba es el establecimiento de su edad y las consecuencias del resultado de la misma. Una vez que haya informado al menor, el Fiscal deberá oír al mismo sobre los motivos de su negativa<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> PÉREZ REY, J.: “Estudio de la Ley Orgánica 4/2000 concordada con el RD 557/2011”, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011). Actualizado con las novedades normativas de 2012*, Comares, Granada, 2012, p. 594. Los competentes para dictar este tipo de órdenes deben ser los Juzgados de Primera Instancia y no los Juzgados de Menores, dado que estos últimos son en esencia juzgados de materia penal y se debe evitar criminalizar la negativa al sometimiento de la prueba radiológica.

<sup>82</sup> STS 103/2000 de 3 de febrero de 2000: “*una exploración radiológica, solicitada por la Policía Judicial a fin de comprobar si es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni su exploración constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, por lo que, no estando detenida, no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos*”.

<sup>83</sup> STC 207/1996 de 16 de diciembre de 1996.

<sup>84</sup> Las sentencias del TEDH de 29 de abril de 1976, asunto Handyside y de 26 de abril de 1979, asunto Sunday Times, reconocen la importancia del principio de proporcionalidad y el uso del medio menos gravoso en este tipo de acciones donde se puede vulnerar derechos fundamentales.

<sup>85</sup> Debemos llamar la atención al hecho de que la conclusión tercera de la Consulta de la Fiscalía General 1/2009 establece que “*La conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas supone una situación de privación de libertad que debe prolongarse el*



Dado que, como ya hemos explicado, el Fiscal no puede imponer coactivamente la realización de la prueba al menor, en el caso de que este continúe negándose a la realización de la misma, el Fiscal deberá dictar el decreto motivado con los datos que disponga, pudiendo considerar la negativa a la realización de la prueba como un indicio<sup>86</sup>. Para tomar esta decisión se deberá tener en cuenta el aspecto físico del individuo y su madurez psicológica<sup>87</sup>.

En este aspecto encontramos un problema fundamental, dado que las Comunidades Autónomas tienen la potestad de diseñar las pruebas para la determinación de la edad. Esto significa que no todas las Comunidades Autónomas exigen las mismas pruebas<sup>88</sup>, pudiendo crear una vulneración del derecho a la igualdad de trato de los menores.

La segunda cuestión que se suscita en la Consulta trata sobre la posibilidad de modificación del Decreto dictado por un Fiscal en el que se determina la edad de un menor, y sobre la capacidad de modificar dicho decreto por un Fiscal que pertenezca a un órgano territorial diferente.

Esto puede ocurrir en los casos en los que el Decreto del Fiscal pueda no ser correcto porque hayan aparecido nuevos indicios y se considere necesaria la realización de nuevas diligencias. La Consulta considera como no documentado no solo a aquel inmigrante que carezca de documentación, sino también a quien pretenda acreditar su

---

*menor tiempo posible*”, poniendo esta afirmación en conexión con el principio de proporcionalidad anteriormente explicado.

<sup>86</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: “Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 37, 2014, p. 282. No resultaría conforme a la normativa europea que este acto de negación fuese considerado como prueba de la mayoría de edad, por tanto, esta negativa nunca será suficiente por sí sola para motivar un Decreto del Fiscal estableciendo la mayoría de edad.

<sup>87</sup> Observación General nº 6 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 31, apartado i): “Las medidas incluirán la determinación de la edad, para lo cual no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica”.

<sup>88</sup> De la misma manera, tanto la Comisión Europea contra el racismo (CRI 4, 2011) y la intolerancia como el Comité para la eliminación de la discriminación racial en sus observaciones finales a España (CERD/C/ESP/CO/18-20) de 2010, recomiendan una revisión y actualización de los procedimientos de determinación de la edad por la falta de fiabilidad que derivan de las mismas. De la misma manera, estas instituciones han aconsejado la creación de un protocolo común a todas las CCAA.

edad o condición con documentos manifiestamente incorrectos, contradictorios o que no resulten fiables<sup>89</sup>.

Esta revisión del Decreto de determinación de la edad de un menor puede llevarse a cabo por la misma fiscalía que lo dictó, o por otro órgano territorial distinto, siempre del Ministerio Fiscal<sup>90</sup>. De la misma manera, la Consulta establece que para que esta revisión tenga lugar, deben existir circunstancias sobrevenidas, ya que la edad dictada por un Fiscal es vinculante para el resto de Fiscales<sup>91</sup>.

## 2. FASE DE INVESTIGACIÓN.

Una vez que se ha decidido sobre la condición de menor del inmigrante y que los servicios de protección correspondientes se hayan hecho cargo de él<sup>92</sup>, da comienzo esta fase de investigación, en la que se trata de determinar la identidad y las características personales y socioeconómicas del menor.<sup>93</sup>

Para la consecución de dicho objetivo, el artículo 35.5 de la LOEX establece que se llevarán a cabo indagaciones en los consulados del país de origen del menor extranjero en territorio español<sup>94</sup>, y de la misma manera se escuchará al menor en el

---

<sup>89</sup> Estos indicios se juzgarán en base a lo establecido en la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil (BOE núm. 97, 24-IV-2006).

<sup>90</sup> Excepcionalmente se reconoce en el Protocolo MENA que la Entidad pública de protección de menores puede llevar a cabo pruebas complementarias posteriores al decreto del Ministerio Fiscal, para que por esta institución se motive una revisión de la decisión adoptada, siempre que se cumplan los requisitos del segundo punto del sexto apartado del capítulo quinto del Protocolo.

<sup>91</sup> Por otra parte, la conclusión novena de la Consulta de la Fiscalía General 1/2009 requiere que el mismo tenga una motivación: “este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican tal revisión”.

<sup>92</sup> El nombramiento de tutor, asesor o representante legal del menor viene contenido en los artículos 18.2 y 20.1 de la Convención sobre los derechos del niño. “El tutor o asesor tendrá los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material, educativa, etc., debidamente satisfechas.” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 33).

<sup>93</sup> Durante esta fase de búsqueda de la familia del menor y de sus circunstancias personales, como hemos dicho permanecerá en un centro de acogida de la comunidad autónoma en la que se le detecte, pero aunque no se haya producido la declaración de desamparo del menor, se habrá establecido una tutela “ex lege” sobre el mismo.

<sup>94</sup> Esto se realizará a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, solicitando “informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste. En caso de que dicho país no cuente con representación diplomática en España, el informe será solicitado a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios. De cada solicitud y actuaciones posteriores se dará cuenta a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Comisaría

caso de que tuviera edad y juicio suficiente. Todo esto será previo a la toma de decisión por parte de la Administración<sup>95</sup>, que teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor, podrá decidir sobre la reagrupación familiar, enviar al menor a su país de origen para que los servicios de protección del menor correspondientes se hagan cargo de él o ella, siempre estas dos opciones que concurren las circunstancias necesarias para que estos órganos o su familia ejerza la tutela del menor con unas garantías mínimas, o permitir que se quede en España bajo la vigilancia de los servicios de protección del menor y el Ministerio Fiscal.<sup>96</sup>

Dichas indagaciones se realizarán por parte de las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno correspondientes, siendo del mismo modo competencia de las mismas la incoación, tramitación y resolución de los procedimientos de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas.<sup>97</sup> Se considera competente al centro de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre el domicilio del menor.

La tramitación de estas cuestiones se encuentra reguladas en los artículos 35 de la LOEX y 191 del RLOEX.

Debemos resaltar la importancia de la colaboración internacional y los acuerdos bilaterales entre países receptores y emisores<sup>98</sup>. El artículo 35.2 de la LOEX establece

---

*General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios.”(Artículo 191.3 del RLOEX).*

<sup>95</sup> La falta de realización de las gestiones que se incluyen en este apartado podría ser motivo para declarar la nulidad de la resolución de repatriación (Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo 269/2006 de 6 de noviembre de 2006, confirmada en la STSJ Madrid de 26 de abril de 2007).

<sup>96</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: “Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 37, 2014, pp. 283-285.

<sup>97</sup> Artículo 191 del Reglamento de Extranjería (RLOEX) que regula el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas, en relación con lo establecido en el artículo 35 de la LOEX.

<sup>98</sup> Destacan: Acuerdo bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos “sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concentrado” (*BOE* núm. 429, 14-IX-2007); Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España “sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción”(BOE núm. 173, 18-VII-2008); Acuerdo entre Rumania y España “sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos” (*BOE* núm. 195, 16-VIII-2006, completamente operativo a pesar de que a los menores rumanos se les aplique el régimen comunitario).

que tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios o acuerdos con los países de origen de los menores extranjeros no acompañados, dirigidos estos a procurar que la integración de los mismos se realice en su entorno de procedencia, y asegurándose de que los menores obtienen la protección adecuada a sus intereses<sup>99</sup>. De la misma manera, estas instituciones pueden establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores<sup>100</sup>.

### **3. FASE DE DECISIÓN. PROCEDIMIENTO DE REPATRIACIÓN DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO.**

La decisión que tome la Administración del Estado tiene que tener en cuenta el “interés superior del menor”, y atendiendo al criterio y práctica de esta institución, se opta por norma general por la repatriación del menor a su país de origen con dos objetivos básicos, principalmente la reagrupación familiar del menor, o en caso de imposibilidad, la inserción del mismo en los sistemas de protección correspondientes.<sup>101</sup>

Solo en caso de que estas dos primeras opciones fuesen de imposible realización, se permitiría que el menor permaneciese en el territorio español y pasaría a disposición de los servicios de protección al menor de la Comunidad Autónoma en la que residiese. Es decir, esta última solución a la situación del menor se considera subsidiaria, y solo tendrá lugar en el caso de que la reagrupación familiar y la repatriación del menor a su país de origen para estar a disposición de los servicios de protección al menor fuesen altamente desaconsejables.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Ejemplo de esto se puede encontrar en el programa Cataluña-Magreb, suscrito en julio de 2007 entre la Generalitat de Catalunya y el Gobierno de Marruecos. Como objetivo se marca la prevención y sensibilización sobre la emigración de menores, la posibilidad de beneficiarse de una formación e inserción profesional sumada al retorno voluntario a su país. La finalidad del mismo es poner freno a la inmigración y la facilitación de la repatriación a sus países de origen.

<sup>100</sup> Artículo 35.11 LOEX: El convenio deberá establecer el número de menores cuya tutela se compromete a asumir, la residencia y los materiales que se destinaran a los mismos. La competencia será de la Comunidad Autónoma donde se encuentre el menor, y el juzgado competente será el del domicilio en el que vaya a residir el menor.

<sup>101</sup> En base a lo establecido en el artículo 35.5 de la LOEX y 190 a 194 del RLOEX.

<sup>102</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 21-22.

En la práctica podemos observar cómo se produce un conflicto de intereses dentro de la administración decisora, que a su vez es la que debe asumir la tutela del menor, por lo que en un gran número de casos, se decide la repatriación del mismo, ya sea para regresar con su familia o para que se hagan cargo de él los servicios de protección al menor, sin escuchar la opinión del menor extranjero, y no teniendo presente en determinados casos el interés superior del menor.<sup>103</sup> Debido a esta situación, algunos tribunales han optado por el nombramiento de defensores judiciales.<sup>104</sup>

El procedimiento de repatriación del menor viene establecido en el RLOEX, exactamente en los artículos 191 y siguientes del mismo. Como hemos comentado con anterioridad, los órganos competentes en cuanto a la repatriación del menor serán las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. En esta competencia se incluye las actuaciones informativas previas, la incoación, la tramitación y la resolución del procedimiento (art. 191.1 RLOEX). Se optará por la repatriación cuando esta sea más favorable para el interés del menor.

El artículo 192 de la misma norma establece el procedimiento de repatriación del MENA. Si la Administración opta finalmente por la expulsión del menor, esta resolución se notificará inmediatamente al menor, al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente su tutela legal, custodia, guarda o protección provisional.<sup>105</sup>

El artículo 194.3 del RLOEX establece el plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento en seis meses desde la fecha de inicio del procedimiento. Tras la notificación del acuerdo de expulsión a las partes personadas, el menor, bajo la representación que legalmente ostente, así como el Ministerio Fiscal y la asociación que ostente su tutela<sup>106</sup> podrán presentar alegaciones o proponer la prueba que consideren pertinente en el plazo de 10 días. En el caso de que la Entidad Pública responsable del menor no hubiera llevado a cabo la investigación del entorno y procedencia del menor en la fase de investigación anterior, deberá realizarlo en este momento.

---

<sup>103</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I.: “Menores extranjeros no acompañados. La situación en España”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, núm. 19, 2007, pp. 160.

<sup>104</sup> Auto Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona 12/2011 de 17 de enero de 2011, entre otros.

<sup>105</sup> Artículo 192.2 RLOEX.

<sup>106</sup> Las asociaciones tendrán que actuar en defensa de los intereses que constituyen sus fines estatutarios y exista una relación directa entre estos fines u el motivo de impugnación administrativa. (STC 184/2008 de 22 de diciembre de 2008, F.J. 3).

Este procedimiento de vista a prueba podrá durar entre 10 y 30 días<sup>107</sup>, como vemos un periodo graduable que será establecido por el instructor, atendiendo siempre a la pertinencia de la prueba para el proceso de expulsión. Una vez concluidas las alegaciones y pruebas, el Delegado o Subdelegado de Gobierno dará inicio al trámite de audiencia<sup>108</sup>, regulado en el artículo 194 del RLOEX, garantía procesal necesaria en este tipo de procedimientos. A este acto serán llamados el Ministerio Fiscal, el tutor, y en su caso el representante designado por el menor (debemos tener en cuenta que la jurisprudencia y doctrina dotan a los MENA del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española).<sup>109</sup>

Con la finalización de este trámite, ya estaría en manos de la institución pública la resolución del expediente, que como hemos comentado con anterioridad, tendrá que responder al principio de interés superior del menor<sup>110</sup>. Esta resolución pondrá fin a la vía administrativa, abriendo la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa. También se recurrirá a la vía jurisdiccional en el caso de que el menor no acate voluntariamente la resolución administrativa. Recordemos que esta resolución podrá acordar la repatriación del menor con dos destinos finales, o bien la reagrupación familiar del menor<sup>111</sup>, o bien la puesta a disposición del mismo ante los servicios de protección del menor del país que origen.

---

<sup>107</sup> Artículo 193.3 RLOEX.

<sup>108</sup> LARA AGUADO, Á.: “Comentario al artículo 35. Menores no acompañados”, CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.), *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 616. El incumplimiento del trámite de audiencia del menor ha sido motivo de anulación de la resolución que ordena su repatriación, entre otras: STSJ Madrid núm. 291/2009, de 10 de marzo de 2009; STSJ País Vasco núm. 88/2008, de 14 de febrero de 2008; STSJ de Madrid núm. 1529/2008, de 2 de octubre de 2008.

<sup>109</sup> STC 183/2008 de 22 de diciembre de 2008.

<sup>110</sup> Artículo 194.2: “Realizado el trámite de audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España. La resolución establecerá si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen.”

<sup>111</sup> El artículo 10 de la Convención de los Derechos del Niño, así como el sentido de la legislación española, establece el derecho de que menor y progenitor puedan entrar en un estado parte o salir de él a efectos de reunión familiar. Es decir, que si la reagrupación familiar fuese posible, se optaría prioritariamente por esta aunque la misma se produjera en un estado miembro, y si se expulsase al menor para que los servicios de protección al menor de su país se hicieran cargo de él, se estaría actuando en contra del principio de reagrupación familiar.

#### 4. FASE DE EJECUCIÓN.

Hemos establecido que será la Delegación o Subdelegación de gobierno la institución que decidirá sobre la repatriación o no del menor. Esta resolución debe ser motivada, y aunque no tienen carácter vinculante, los dictámenes emitidos por los servicios de protección competentes deberán ser escuchados antes de la toma de decisión (artículo 194 RLOEX).

El procedimiento a seguir en caso de que efectivamente la decisión de repatriación sea definitiva se encuentra recogido en el artículo 195 del RLOEX. Cabe resaltar del mismo que sin tener en cuenta las funciones del Cuerpo Nacional de Policía en la ejecución, el menor deberá estar acompañado por personal de la institución que ejerza la tutela, custodia, protección provisional o guarda, hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades que correspondan en su país de origen.<sup>112</sup> Cabe la posibilidad de que el menor esté incurso en un proceso judicial, en ese caso para que se pueda llevar a cabo la repatriación deberá ser autorizada mediante autorización judicial y previa comunicación al Ministerio Fiscal.<sup>113</sup>

Los costes de la repatriación correrán a cargo de la familia del menor o de los servicios de protección del menor del país de origen en primer lugar. Si estos no se hicieran cargo de los gastos, la Administración General del Estado deberá hacerse cargo de los mismos. En todo caso, los gastos generados por el personal adscrito a la Administración serán sufragados por los servicios de protección al menor.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Esta medida trata de proteger al menor, y modifica la simple entrega a las autoridades en la frontera del país que recogía el anterior reglamento (art. 92.4 del RD 2393/2004, BOE núm. 6, 7-I-2005). Este artículo también recogía la improcedencia de la repatriación cuando existiera riesgo o peligro para la integridad del menor, se temiese por su persecución o la de sus familiares. Aunque ya no se recoja explícitamente en la regulación española, se trata de una previsión de obligado cumplimiento dado que esta situación de peligro se encuentra en el artículo 3 del CEDH: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”, así como en la jurisprudencia del TEDH, en la STEDH de 12 de octubre de 2006, asunto 13178/03, Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica.

<sup>113</sup> Artículo 195.2 RLOEX.

<sup>114</sup> Artículo 195.3 RLOEX, donde se explica de forma confusa el sostenedor de los costes: “La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor”.

## **CAPITULO III - LA PERMANENCIA DE UN MENA EN TERRITORIO ESPAÑOL**

### **1. SOLUCIONES A SU SITUACIÓN LEGAL.**

Tras analizar el procedimiento por el que se reconoce la minoría de edad de un extranjero y se toma la decisión de la permanencia del mismo en el territorio español, debemos estudiar las posibilidades que el derecho español ofrece para dar un marco de legalidad a dicha estancia. La solución que el derecho español otorga a esta situación diferencia entre el derecho de extranjería y el derecho de la nacionalidad.

#### **A. Desde el derecho de extranjería.**

##### **a. *Durante la minoría de edad.***

Para poder poner al menor inmigrante bajo la custodia de los servicios de protección de menores se debe tener la confirmación de la edad. Tras la confirmación de la condición de menor (establecido por el Decreto del Fiscal) y con el informe en el que se desaconseja la repatriación del mismo a su país de origen, se podrá solicitar la autorización de residencia legal en nuestro país (art. 35.7 LOEX)<sup>115</sup>. En el caso de que la Administración decida la permanencia del menor en el territorio español, deberá ser expedida autorización en el menor tiempo posible, y su validez tendrá efecto retroactivo al momento en el que el menor es identificado por primera vez<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Artículo 35.7 LOEX “*Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.*”

<sup>116</sup> Consulta de la Fiscalía General 3/2001, de 11 de diciembre: “los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión. No es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que -al margen de la práctica de las administraciones de documentar la constitución de la tutela con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso- ésta se produce en realidad «ope legis» de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo, de modo que un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales”.



En el supuesto de que no exista duda sobre la procedencia de la permanencia del menor en España, la Administración Autonómica deberá incluso antes de que la estatal se pronuncie a favor de la permanencia del mismo, decretar el desamparo del menor, y de la misma forma, declarar la tutela o forma de guardia que proceda sobre el mismo.

La desigualdad en los procedimientos entre las diferentes Comunidades Autónomas<sup>117</sup>, al que con anterioridad nos hemos referido, da lugar a que existan y se hayan denunciado actuaciones fraudulentas por parte de las Administraciones Autonómicas en lo que al trato de los MENA se refiere. Entre estas actuaciones destacan dos especialmente lesivas para los derechos e intereses de los menores: la no declaración de desamparo<sup>118</sup> y la no documentación de los menores a los que tutelan<sup>119</sup>.

En la práctica, para evitar la declaración de desamparo<sup>120</sup>, las Administraciones reconocían la situación de emancipación del menor, ya que alegaban que la realización de este tipo de viajes en solitario, denotaba la independencia del menor con el consentimiento del padre (supuesto que se regula en el artículo 319 CC sobre la emancipación por vida independiente del menor). El problema de estas emancipaciones reside en que al igual que para reconocer la mayoría de edad, la emancipación debe concederse con arreglo a las normas del país de origen del sujeto, y no a la legislación española. En atención a esto, el Defensor del Pueblo de la Comunidad de Madrid hace referencia al abandono y grave incumplimiento en el ejercicio de las obligaciones paternas con las que los MENA llegan al territorio español, donde carecen de asistencia

---

<sup>117</sup> CABEDO MALLOL, V.: “La permanencia de un menor extranjero no acompañado en España”, CABEDO MALLOL, V. (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant, Valencia, 2012, pp. 59-72.

<sup>118</sup> Ejemplo de esta situación puede ser la Resolución de 17 de octubre de 2006 del Delegado del Gobierno de Madrid, la cual deniega el permiso de residencia por motivos excepcionales al solicitante, un sujeto de nacionalidad ghanesa que las autoridades consideran menor y a pesar de haber sido declarado en desamparo, por un error en la valoración de la edad, pasan a considerarle como un adulto.

<sup>119</sup> Este es un hecho común en este tipo de procedimientos con menores, ya que muchas veces no cuentan con documentos que acrediten su identidad, o bien deciden desprenderse de ellos para evitar ser identificados o repatriados. Deben solicitar documentos acreditativos de su nacionalidad en las embajadas y consulados de sus países de origen, y en caso de imposibilidad pueden solicitar en la policía una cedula de inscripción (art. 34.2 LOEX y 107.12 RLOEX).

<sup>120</sup> LARA AGUADO, Á.: “Comentario al artículo 35. Menores no acompañados”, CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.), *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 611. La transmisión de determinadas competencias ha derivado en que también las declaraciones de desamparo varíen dependiendo del territorio en el que se encuentre el menor. Por tanto, al igual que con el procedimiento de determinación de la edad, se produce una clara desigualdad entre los menores extranjeros que sean detectados en diferentes CCAA.

moral o material de un adulto responsable de ellos, por lo que deben ser declarados en desamparo y entrar en los servicios de protección al menor preceptivos, y no ser abandonados también por las instituciones españolas. Esta práctica finalmente ha sido extinguida.<sup>121</sup>

La Fiscalía de menores ha establecido que el límite temporal máximo para la declaración de desamparo, y por consiguiente, la constitución de la tutela del menor por parte de la Administración no debe sobrepasar los tres meses.<sup>122</sup> En caso de que este acto no se llevase a cabo, es potestad de la Fiscalía interponer las acciones civiles correspondientes.

A pesar de todas las especificaciones de la LOEX y el RLOEX en materia de plazos para la expedición de documentos y declaración de desamparo, estos en la práctica son incumplidos continuamente por las administraciones. Estas instituciones se demoran en la declaración de la situación de desamparo de los menores, y por tanto podría retrasarse la autorización de residencia del mismo. De la misma forma actúan las autoridades de los centros de acogida de menores, que dilatan en el tiempo la solicitud de la autorización de residencia en el plazo de nueve meses que poseen<sup>123</sup>. Para paliar este error, la LOEX en el epígrafe séptimo del artículo 35 establece que se considera regular la estancia de los menores en territorio español, siempre que estén tutelados por la Administración, a pesar de no tener autorización de residencia.<sup>124</sup>

Este mismo autor nos aclara que la declaración de desamparo del menor conlleva la declaración “*ex lege*” de la tutela por parte de la Administración, estando

---

<sup>121</sup> LAZARO GONZÁLEZ, I.: “Menores extranjeros no acompañados. La situación en España”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, núm. 19, 2007, pp. 154-155.

<sup>122</sup> Art. 780.1 LEC y Circular de la Fiscalía General 8/2011, de 16 de noviembre de 2011: “*El propio artículo 780.1 LEC, en redacción dada por la Ley 54/2007, cuando regula los plazos de presentación de la demanda de oposición, alude a la resolución administrativa por la que se declara el desamparo «y a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores», otorgando un plazo de tres meses a las primeras y de dos meses a las segundas*”.

<sup>123</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 31-32.

<sup>124</sup> LOEX 35.7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.

ésta obligada a adoptar las medidas de protección recogidas en el Código Civil y demás leyes de protección de menores.<sup>125</sup>

Uno de los principales problemas que las CCAA se encontrarán en lo que a menores extranjeros no acompañados se refiere son las fugas de los centros de acogida<sup>126</sup>. Si se producen estas fugas, el menor puede desplazarse a otra Comunidad Autónoma, y si vuelve a ser detectado, deberá ser devuelto a la Comunidad que ostente su tutela. No obstante, y como la norma no prevé la revocación de la situación de desamparo de un menor por causa de fuga<sup>127</sup>, la LOEX en su artículo 35.12 establece la posibilidad de que las CCAA lleguen a acuerdos para la mejora de las condiciones de los menores.

Otro punto de suma importancia para los autores es la integración del menor en España. Se considera necesario un periodo de adaptación a la vida en el país, donde primaría una preparación y formación básica centrada en la cultura y el idioma con el fin de facilitar de forma positiva la unión de los menores al sistema educativo. En el caso de los mayores de 16 años se les orientará hacia la vida laboral, motivo fundamental en el mayor número de casos de la migración.<sup>128</sup>

En un principio cabría pensar que se trata de un error dado que las autorizaciones de residencia que se expiden a los menores no autorizan para trabajar, pero el artículo 40.1.i) de la LOEX permite esta posibilidad: *“Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la*

---

<sup>125</sup> Las dispuestas en los artículos 172 y siguientes del Código Civil, así como las demás que las normas de protección del menor establezcan.

<sup>126</sup> Se ha denunciado por varios sectores de la población que estas fugas no se producen porque los menores quieren huir de los centros de acogida de las Comunidades Autónomas, sino que estos no cumplen con las condiciones de salud, higiene y seguridad que deberían. El 7 de noviembre de 2016 la Fundación Raíces y Save The Children han denunciado el abandono, la desprotección y la discriminación de MENAs en la Comunidad de Madrid, en la que muchos menores, en su mayoría marroquíes, se encuentran viviendo en la calle y sin ningún tipo de ayuda. (CGAE y UNICEF piden que se garantice el pleno cumplimiento de los derechos de los menores extranjeros en España. (fecha de consulta: 10-10-2016):

[http://www.migrarconderechos.es/noticias/FR\\_y\\_STCh\\_denuncian\\_abandono\\_MENAS\\_en\\_Madrid](http://www.migrarconderechos.es/noticias/FR_y_STCh_denuncian_abandono_MENAS_en_Madrid).

<sup>127</sup> SAP de Cáceres 29/2015 de 29 de enero de 2015.

<sup>128</sup> Para los mayores de 16 años los programas de educación suelen centrarse en el aprendizaje de un oficio, por lo que ingresan en ciclos de formación profesional.

*mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.”*

En lo que respecta a la autorización de residencia o de residencia y trabajo del MENA, tanto el RLOEX como la LOEX, en su art. 35.7 establece que dicha autorización podrá otorgarse únicamente cuando "haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor", por tanto, la normativa española no recoge un lapso temporal de espera. El art. 196.1 del RLOEX regula el tiempo máximo para otorgar dicha autorización por la administración, que será de nueve meses desde de que haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Ese es el tiempo máximo, para otorgar dicha autorización, pero no tiene por qué cumplirse.

Este mismo artículo prevé la posibilidad de que las Organizaciones No Gubernamentales y fundaciones puedan tutelar a los MENA siempre en cumplimiento de los acuerdos que estas instituciones y las administraciones públicas hayan concertado (art. 35.11 LOEX)<sup>129</sup>. A pesar de que la autorización de residencia sea concedida, esto no impediría que la repatriación se llevase a cabo, siempre que "favorezca al interés superior del menor" (art.35.8 LOEX).<sup>130</sup> El mismo procedimiento se sigue en lo que respecta a la autorización de residencia, que dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre, puede dilatarse aun mas de los nueve meses establecidos por la norma.

Este retraso en la concesión de la autorización puede generar perjuicios en los menores, además de una situación de inestabilidad en los mismos, con las dudas que pueden surgir sobre su futuro, como el alcanzar la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia. En este caso, si los menores han participado en

---

<sup>129</sup> FONT I MAS. M.: "La protección de los menores extranjeros no acompañados en España: estudio de las novedades introducidas en la Ley de Extranjería española y su armonización con la normativa europea", CLARO QUINTÁNS, I. / LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coords.): *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Tecnos, Madrid, 2013, pp. 161-174.

<sup>130</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: "El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 20, 2009, p. 30 "con la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por parte de la Administración, el periplo del menor no acompañado no ha acabado ya que mientras permanezca en España no cesaran las investigaciones, tanto de la Administración central, como de la autonómica para localizar a su familia en origen y poder realizar su repatriación a efectos de la reagrupación familiar".

actividades programadas por la entidad de protección de menores por la integración social, la entidad podría recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales (artículo 198.1 RLOEX, en el que la exigencia básica para otorgar este permiso especial pasan porque el que era menor tenga suficiencia económica para su propio sostenimiento).

El procedimiento para la concesión de autorización de residencia se encuentra regulado en el art. 196. 2 y .3 del RLOEX, y se establece que la competencia para iniciar el procedimiento relativo a la autorización de residencia será de la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia en la que tenga fijada la residencia el menor. Se podrá iniciar de oficio, por orden superior o a instancia de parte. Deberá comunicarse al menor la iniciación del procedimiento, junto con la copia completa del pasaporte o título de viaje del menor reconocido como válido en España, deberá aportarse, el documento que pruebe que la persona física que interviene en el procedimiento tiene competencia para la representación del servicio de protección de menores, y el documento que acredite la relación de tutela legal u otra forma de guarda entre el menor y el servicio de protección de menores.

Esta institución resolverá sobre el procedimiento y lo notificará al menor en el plazo máximo de un mes, no obstante, el Ministerio Fiscal deberá ser comunicado en el plazo de diez días desde que se dicte la resolución. La Tarjeta de Identidad de Extranjero deberá ser solicitada personalmente por el menor en la Oficina de Extranjería en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la resolución. La vigencia de este permiso será de un año, el cual se retrotraerá al momento en el que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores<sup>131</sup>.

En cuanto a la renovación de la autorización de residencia o de residencia o trabajo, regulado en el art. 196.5 del RLOEX, se iniciara de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los 60 días naturales previos a la fecha de finalización de la autorización. Se renovara por periodo de un año, salvo si se trata de residencia de larga duración, si persisten las condiciones que motivaron su concesión en primer lugar.

---

<sup>131</sup> El artículo 196.4 RLOEX regula esta materia, y establece como fecha de puesta a disposición del menor la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal en la que se establece la puesta a disposición del menor de los servicios de protección del menor.

### ***b. Una vez alcanzada la mayoría de edad.***

Diferente es la cuestión cuando se trata de MENA que llegan a la mayoría de edad, la práctica habitual era finalizar la autorización de residencia haciendo coincidir esto con la fecha en la que el menor cumpliera la mayoría de edad. La jurisprudencia ha establecido que esta práctica debía modificarse, como estableció entre otros el juzgado de lo contencioso administrativo de San Sebastián, que resuelve el procedimiento abreviado 820/2009<sup>132</sup> estableciendo que lo que se debe hacer en el caso de la finalización de la autorización de residencia es la solicitud de una renovación, no la solicitud de un permiso de residencia por circunstancias excepcionales.<sup>133</sup>

Esta afirmación se ve apoyada de la misma manera en el artículo 197.1 del RLOEX, que establece que en caso de que el inmigrante llegue a la mayoría de edad y este siendo tutelado, custodiado, guardado o se encuentre bajo protección provisional, y tenga una autorización de residencia, podrá instar la renovación en modelo oficial. Esta renovación estará sujeta al cumplimiento de los requisitos recogidos en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, atendiendo a las circunstancias económicas y sociales del menor respectivamente. La renovación de la autorización tendrá una validez de dos años.<sup>134</sup>

En el momento en el que estos accedan a la mayoría de edad o con posterioridad, pueden solicitar la modificación de la autorización de residencia a autorización de residencia y trabajo.<sup>135</sup> No obstante, y con la preocupación que muchos autores e instituciones han mostrado, la situación que se da con más frecuencia es la de que el

---

<sup>132</sup> Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 25/2010 de 9 de febrero de 2010, Donostia – San Sebastián núm. 1.

<sup>133</sup> Fundamento Jurídico noveno Procedimiento Abreviado 820/09 [...] *No puede entenderse conforme a Derecho la Resolución impugnada en lo que se refiere a la tramitación de la solicitud de renovación del permiso de residencia temporal inicial del recurrente como un permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales, en tanto que ello viene propiciado por el propio incumplimiento por la Administración de sus deberes para con los extranjeros menores tutelados cuando alcanzan la mayoría de edad, no siendo conforme a Derecho hacer coincidir la caducidad del permiso de residencia temporal inicial con la mayoría de edad. En consecuencia, desechándose que la solicitud del recurrente debiera haberse tramitado como un permiso de residencia temporal por circunstancias extraordinarias, sino como una primera renovación de la previa autorización de residencia temporal, [...].*

<sup>134</sup> SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: “Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2012, pp. 173-210.

<sup>135</sup> De este modo viene establecido en el artículo 197.6 del RLOEX, que nos pone en conexión con el artículo 200 del mismo cuerpo legal. Este artículo 200 habla del cambio de autorización de residencia a autorización de residencia y trabajo, pero esta englobado en el régimen general porque no hay un procedimiento específico para los menores.

menor alcance la mayoría de edad sin ser titular de ningún tipo de permiso de residencia o trabajo. Esta situación es la más habitual dado que los menores que llegan a España, por norma general, están cercanos a cumplir la mayoría de edad, sumado a la demora de las Administraciones Públicas en cumplir con la obligación de tramitar sus expedientes y autorizaciones.

El legislador ha tratado de paliar esta situación de desprotección a través del artículo 198 del RLOEX, titulado “*Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia*”. En este se establece la posibilidad de conceder al anterior MENA una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, siempre que durante la minoría de edad llevase a cabo actividades y cursos de formación que favorezcan su integración, y los servicios de protección recomienden la concesión de la misma. Deberá ser presentada la solicitud por el extranjero personalmente y siempre cumpliendo con los requisitos del apartado segundo del citado artículo, que básicamente tratan de la necesidad del menor de ser económicamente independiente, así como de su integración en la sociedad (apartado tercero del artículo 198).

### **B. Desde el derecho de la nacionalidad.**

El procedimiento anterior es el que se recoge en la normativa estatal en materia de inmigración, pero deberemos tener en cuenta que en el Código Civil se regulan dos vías por las que los menores extranjeros pueden obtener la nacionalidad española, pudiendo así regularizar su situación en el territorio español con una mayor seguridad jurídica de la que supone el procedimiento establecido en las normas de extranjería.

El artículo 17.1.d del Código Civil prevé otorgar la nacionalidad española (de origen) a los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. En el mismo se establece la presunción de que se considerarán nacidos en territorio español los menores cuyo primer lugar conocido de estancia forme parte del territorio español.

Como establece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2006<sup>136</sup>, es requisito imprescindible para que esta inscripción

---

<sup>136</sup> BOE núm. 218, 12-IX-2009

se pueda llevar a cabo que no sea posible la acreditación de la filiación de acuerdo al artículo 113 del CC<sup>137</sup>.

La finalidad principal de este precepto es evitar la apatridia de estos menores cuya filiación se desconoce<sup>138</sup>, y se fundamenta este otorgamiento de la nacionalidad española en el artículo 7 del Convenio del Niño de 20 de noviembre de 1989, que recoge el derecho de cualquier niño a la inscripción de su nacimiento y a una nacionalidad, así como en el interés superior del menor, principio fundamental en los procedimientos en los que median menores. Esta vía del artículo 17.1.d no es la más habitual por la que un menor extranjero no acompañado puede obtener la nacionalidad española. La vía por la que es más posible acceder a la nacionalidad es la establecida en el artículo 22.2.c del CC. Este precepto establece los requisitos para la concesión de la nacionalidad por residencia.

Su segundo párrafo apartado c dicta: *“El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.”* Este precepto permite que los menores que se encuentran acogidos por la Administración Pública española, a pesar de que esta incumpla su obligación y no les tramite el permiso de residencia conforme a lo establecido en la legislación nacional de extranjería que anteriormente hemos analizado, puedan solicitar el reconocimiento de la nacionalidad española si llevan dos años o más bajo la tutela del Estado<sup>139</sup>.

## **2. PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA”.**

A lo largo de este estudio hemos podido observar cual es la normativa y el tratamiento que se ofrece a los menores extranjeros no acompañados en territorio español. No obstante, en este análisis hemos podido ver que la normativa no cumple completamente con su finalidad.

---

<sup>137</sup> Estos son: la inscripción en el Registro Civil, documento o sentencia que la determine legalmente, la presunción de paternidad matrimonial o posesión de estado.

<sup>138</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013, edición online.

<sup>139</sup> CABEDO MALLOL, V.: *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 72.



Uno de los temas que desde esta parte consideramos que sería necesario revisar son los centros de protección en los que los menores son internados una vez que su edad ha sido determinada. Estos centros se han caracterizado por el poco control que ejerce sobre los menores que se encuentran en él.<sup>140</sup> Se tratan de menores de edad que se encuentran en situación de desamparo, por lo que requieren una orientación por parte del centro en el que se encuentren, y no que las obligaciones de control que ejerzan estos se limiten a dejar dentro de la institución a los menores, intentando que estos no se fuguen. Prueba del descontrol que gobierna estas instituciones en la actualidad son las constantes fugas y pérdidas de menores de los que debían hacerse cargo, como el caso que la Fundación Raíces ha denunciado el abandono de un grupo de marroquíes menores tutelados por la Comunidad de Madrid que han vivido seis meses en el parque municipal de Isabel Clara Eugenia, en el barrio de la Hortaleza.<sup>141</sup>

También en este sentido, entendemos que los profesionales que se hacen cargo de los menores deben estar formados adecuadamente para orientar y asesorar a los mismos. Sin embargo esta característica no es habitual en los educadores y demás personal que trabaja en contacto con menores, y más aún si se trata del personal que trabaja dentro de los centros de protección, que en muchas ocasiones se conciben como prisiones o centros de internamiento. Debemos replantearnos si los centros de protección de menores están siendo gestionados de un modo adecuado cuando menores de edad prefieren pasar las noches de diciembre en la calle antes que en un centro cuya función es protegerles.<sup>142</sup>

Creemos que sería productivo que desde el primer momento que los menores son puestos a disposición de los servicios de protección e ingresen en un centro de estas características sean integrados en la sociedad y en grupos interculturales. Se ha

---

<sup>140</sup> Más de 3.000 menores extranjeros vagan por España sin sus padres. (Fecha de consulta: 18-01-2017) <http://www.publico.es/sociedad/mas-000-menores-extranjeros-vagan.html>.

<sup>141</sup> La tragedia de los niños perdidos del parque de Hortaleza. (Fecha de consulta: 18-01-2017) <http://ctxt.es/es/20170104/Politica/10370/menores-migrantes-vulnerables-Comunidad-de-Madrid-Fiscalia-de-Menores-Rivas-Hortaleza.htm>.

<sup>142</sup> La incompetencia de la Comunidad de Madrid devolvió a la calle a los menores tutelados desaparecidos. (Fecha de consulta: 18-01-2017) <http://www.publico.es/sociedad/disputas-partidistas-y-burocracia-devolvieron.html>.

observado por parte de APDHA<sup>143</sup> que se reúnen a los menores dependiendo de su origen, por lo que se crean grupos que impiden una integración funcional de los mismos en la institución y por consiguiente, en la sociedad. Si se da al menor la posibilidad de integrarse, este hecho le puede dar una mayor sensación de seguridad en cuanto a su acogida y permanencia en nuestro territorio, evitando que se cree en él la idea de que se le retiene en esos centros para tenerlo vigilado en caso de expulsión.

En esta línea, el 20 de enero del presente año el PSOE ha registrado en el Congreso de los Diputados una proposición no de ley para impulsar medidas de apoyo y protección a los menores extranjeros no acompañados. Entre las medidas que se recogen en el escrito destacan la garantía de asistencia letrada al menor, la facilitación del acceso al mercado laboral en igualdad de condiciones que los nacionales a los mayores de 16 años con autorización, y la promoción de programas de seguimiento y apoyo al desarrollo de los mismos que lleguen a la mayoría de edad, entre los que se incluyen acceso a la atención sanitaria, programas de garantía juvenil y formación para el empleo.<sup>144</sup>

Para favorecer esta situación de seguridad sería conveniente que se redujesen los tiempos de tramitación para la concesión de las autorizaciones de residencia y residencia y trabajo. Entendemos que puede ser difícil, pero al menos las Administraciones deberían respetar el plazo que actualmente les permite la ley, y no usar estos tiempos de forma fraudulenta para conceder el mínimo de las autorizaciones posibles.

Por otra parte, otro tema que desde nuestro punto de vista debe ser tratado por el legislador de un modo más exhaustivo es la forma de determinación de la edad. Consideramos que la forma de las pruebas que sirven para fijar la edad del menor deberían desarrollarse y constar de los mismos requisitos en todas las CCAA, dado que

---

<sup>143</sup> ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCIA.: “*Menores extranjeros no acompañados (MENA)*”, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, Sevilla, 2006.

<sup>144</sup> El PSOE pide mejorar la protección de los menores extranjeros no acompañados. (Fecha de consulta: 21-01-2017) <http://www.lavanguardia.com/politica/20170120/413525881331/el-psoe-pide-mejorar-la-proteccion-de-los-menores-extranjeros-no-acompanados.html>.

la forma actual puede generar desigualdades entre los menores dependiendo de la comunidad en la que sean detectados<sup>145</sup>.

Finalmente, uno de los motivos que esgrime con más fuerza la Administración contra alguna de estas medidas es el factor económico. Entendemos que el presupuesto que las CCAA y demás entes territoriales pueden dedicar a la cuestión de los menores es limitado. Siendo esta la principal restricción que muchas de las instituciones competentes argumentan contra las reformas y mejoras estructurales necesarias en los centros de protección, así como para no tener un número de personal adecuado y bien formado para asistir a los menores, no entendemos como pueden invertirse cierta cantidad de estos fondos en la formación de unos jóvenes a los que en cuanto cumplan la mayoría de edad pretende expulsar del país<sup>146</sup>. Es decir, que si el Estado está invirtiendo esfuerzo y dinero en la formación de unos jóvenes que aprenden un oficio para desarrollarlo en nuestro país, estando integrados completamente en la sociedad, no se comprende que sean expulsados al cumplir la mayoría de edad.

---

<sup>145</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO: “*Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales*”, Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 265-270.

<sup>146</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 20, 2009, p. 41.

## CONCLUSIONES

### I.

A lo largo de esta investigación hemos estudiado la figura de los menores extranjeros no acompañados. El artículo 189 del RLOEX, en relación con normas internacionales como la Directiva 2003/86/CE, establece una definición para el concepto de menor extranjero no acompañado. Los aspectos básicos que deben cumplirse para que un sujeto sea considerado como un MENA son cuatro: debe tratarse de un extranjero, menor de 18 años, que no esté acompañado por un adulto que se responsabilice de él y que exista un riesgo de desprotección. De esta definición debemos extraer que el colectivo formado por los menores extranjeros no acompañados presenta una gran vulnerabilidad. Se trata de un colectivo que aún está en plena formación tanto física como psicológica, situación a la que debemos sumar que se encuentran en un país extranjero, del que pueden desconocer el idioma y las costumbres.

### II.

Este concepto es relativamente nuevo en lo que a regulación se refiere, dado que históricamente la protección de los menores no ha sido una cuestión a la que el legislador haya otorgado importancia. Las primeras referencias normativas sobre esta figura datan de mediados del siglo XX. No obstante, en la actualidad ha crecido considerablemente el cuerpo normativo entorno a este colectivo. Tanto en el derecho internacional como en el derecho europeo, así como en su jurisprudencia podemos encontrar ejemplos de esto. Entre ellos destacan la Convención de los Derechos del Niño, que recoge gran parte de los derechos reconocidos a este grupo; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, 22 de septiembre de 2003, donde se recoge la definición del concepto; y la STEDH de abril de 2011, asunto Rahimi contra Grecia, que condena al Gobierno griego la violación del derecho a la dignidad de un menor afgano, e incumplir la obligación de protección de un menor desamparado. De la misma manera, España ha suscrito tres convenios bilaterales sobre la materia con Rumania, Senegal y Marruecos, pero estos no han tenido apenas aplicación, dado que se centran en el problema fuera de la frontera española.

### III.

Sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en España, debemos decir que ha sido un país que ha otorgado especial importancia a esta cuestión, ejemplo de ello fue el desarrollo del “Plan de acción sobre los menores no acompañados” presentado por el Gobierno durante su presidencia de la Comisión Europea (2010). A pesar de este hecho, no se puede considerar que el sistema actual que se emplea en la identificación y el trato de este colectivo esté cumpliendo todos los objetivos fijados. Esto se puede apreciar en las noticias difundidas por los medios de comunicación, las cuales recogen casi a diario información sobre menores que se encuentran en situación de desamparo en el territorio español, y que incluso estando bajo la tutela del Estado ven vulnerados sus derechos fundamentales, ya sea por el abandono que sufren o por la incapacidad de los centros de internamiento en los que se ven reclusos.

### IV.

En nuestra investigación hemos dado especial importancia al tratamiento que la normativa española otorga a este colectivo, en específicamente a través de la LOEX, el RLOEX y el Protocolo MENA. En estas se recoge la normativa básica y el procedimiento aplicable a este colectivo. Estas normas aportan una solución al problema de la migración de menores no acompañados únicamente desde la entrada de los mismos en el territorio nacional, pero no ofrecen ninguna medida para la evitación de este fenómeno. De igual manera debemos decir que encontramos criticable la omisión en los mismos textos legales de determinados principios rectores que la normativa internacional considera fundamentales, como puede ser el derecho a la no discriminación, a la obligación de confidencialidad o el derecho a ser oído que asiste al menor. De especial relevancia es este último dado que de incumplirse este requisito en el procedimiento, específicamente en el trámite de audiencia, el mismo se puede declarar nulo, como han declarado los órganos judiciales en numerosas ocasiones.

### V.

Hemos podido apreciar que toda la normativa que se ha analizado en este estudio se ha estructurado en torno al principio de interés superior del menor. La legislación otorga un lugar preferente a este concepto jurídico, el cual debe regir las actuaciones de la Administración en los procedimientos con MENAs. En el procedimiento relativo a

los menores extranjeros no acompañados, la Administración juega un papel principal, siendo esta la que deberá hacerse cargo de la tutela del menor y tomará la decisión sobre su permanencia en territorio español, o por el contrario, su repatriación o reagrupación familiar. Debemos aludir al conflicto de intereses que puede surgir en este contexto, dado que la propia Administración será la encargada de la tutela y de la decisión sobre el futuro del menor. Este hecho hace que nos planteemos si cabe la posibilidad de que las actuaciones de esta institución se vean influidas en mayor medida por la economía que por el interés superior del menor, siendo uno de los principales motivos por el que en la práctica la Administración opte en gran parte de los casos por la repatriación del menor, ignorando la situación personal y la opinión del MENA.

## VI.

Haciendo referencia al procedimiento, debemos decir que a lo largo de la tramitación del mismo se generan varias contradicciones y desigualdades en el trato de los menores. La competencia para la legislación sobre la estancia del menor y el tratamiento que el mismo recibe en los centros de protección de menores pertenece a las CCAA, de la misma manera que son estas las que tienen la capacidad de diseñar las pruebas de determinación de la edad a la que son sometidos los menores. La delegación de competencias del Estado a las autonomías ha dado lugar a que los procedimientos y pruebas, e incluso las declaraciones de desamparo, sean distintos en los diferentes territorios que conforman el país. Esta diferencia genera claras desigualdades en los menores que deben someterse al proceso de determinación de la edad y pasar a estar bajo la custodia de los servicios de protección al menor.

## VII.

De la misma manera, consideramos necesario llamar la atención sobre la forma por la que se determina la edad, el método Greulich y Pyle. Estas pruebas se limitan a observar el desarrollo fisiológico del menor a través de una o varias radiografías. El resultado de las mismas es inexacto, dado que apenas tienen en cuenta factores que influyen en el crecimiento, como el ambiente o la alimentación. Además, en gran parte de los casos se omiten las entrevistas con el menor para conocer el grado de madurez así como su seguimiento posterior. Debemos añadir que en ocasiones estas pruebas se realizan de forma innecesaria, puesto que las autoridades dudan constantemente de la edad del menor, a pesar de que éste presente documentos identificativos, por

considerarlos falsos. El TS a través de la sentencia 453/2014 de 23 de septiembre ha establecido una doctrina contraviniendo la práctica de las Administraciones, mediante la que se reconoce que no podrá ser considerado como extranjero indocumentado a los inmigrantes que porten pasaporte o documento de identidad del que se desprenda su minoría de edad.

### VIII.

Por lo que respecta a la declaración de desamparo, así como la asunción de la tutela del menor y la consiguiente expedición de autorización de residencia, varias instituciones como el Defensor del Pueblo u organizaciones como Save the Children han denunciado el incumplimiento de plazos por parte de Administración. Este tipo de actuaciones es especialmente reprochable en los casos en los que el menor está próximo a la mayoría de edad, dado que con el fin de evitar que obtenga la autorización de residencia se deja a menores desamparados en un limbo jurídico. La Fiscalía de menores a través de la Circular de la Fiscalía General 8/2011, de 16 de noviembre de 2011, en pro de evitar esta actividad de la Administración, ha establecido un límite temporal máximo para que se produzca esta resolución, en caso contrario podría interponer acciones civiles. Esta situación genera en los menores una situación de inseguridad, ya que a los MENA que tratan de expulsar pueden estar integrados socialmente en España, desvinculados totalmente de sus países de origen y de sus familiares, si los tuvieran.

### IX.

En este estudio hemos analizado cuales serían algunos puntos que en nuestra opinión sería posible mejorar dentro del procedimiento. Entre ellos, destacan medidas acerca de los centros de acogida. Tanto las autoridades como las administraciones ejercen un escaso control sobre el número de menores, e ignoran sus características. Si bien es cierto que se recoge en la normativa española la creación de un Registro de MENA desde el año 2004, este nunca ha estado completamente operativo, dado que un gran número de casos no son inscritos en el mismo. De igual manera, los centros de acogida no ejercen un control sobre sus tutorados, permitiendo que estos desaparezcan o abandonen el centro por largos periodos de tiempo. Desde varias instituciones, tales como el Defensor del Pueblo, u organizaciones como las Asociaciones Pro Derechos Humanos de algunas CCAA, se ha denunciado el desbordamiento de los Servicios de Protección al menor y los centros de acogida, así como la falta de personal cualificado

que se haga cargo de los menores, hechos que solo dificultan la integración de los mismos en la sociedad española y fomenta la desprotección de la que son víctimas.

## X.

Con la llegada de la mayoría de edad surge otra cuestión a tener en cuenta: qué sucede con los menores que pierden ese estatus y ven vencidas sus autorizaciones de residencia (si es que les han sido concedidas). Nuestro derecho aporta soluciones a esta situación mediante dos vías. En el derecho de extranjería, a través los artículos 197 y 198 del RLOEX se permite la permanencia del menor en España, pero siempre deben cumplir con requisitos de carácter económico y demostrar su integración social. Por otro lado, el derecho de la nacionalidad permite que un menor extranjero no acompañado obtenga la nacionalidad española bajo dos circunstancias: en caso de que la filiación no resulte determinada (evitando los supuestos de apatridia, a partir del 17.1.d CC) o en caso de que el menor haya permanecido bajo la custodia legal del Estado durante al menos dos años consecutivos (artículo 22.2.c CC).

Por todo esto, a pesar de los avances legislativos que ha habido entorno a esta figura, aún resta mucho para que podamos considerar que se realiza una actuación correcta por parte de las Administraciones competentes. Se olvida por parte de estas instituciones que los sujetos de los que deben responsabilizarse no son simples migrantes, sino que son menores de edad, que se encuentran en situación de desamparo, sin una adecuada asistencia moral ni material. Son por tanto, y como ha denunciado el Defensor del Pueblo, uno de los sectores con mayor riesgo de exclusión social y de ver violados sus derechos fundamentales, y deben ser protegidos con la mayor rapidez y eficacia. Por tanto, las Administraciones, que se amparan en la falta de presupuesto para cumplir con sus obligaciones legales para con los menores, deberían olvidar las malas prácticas procesales y no recurrir a las lagunas legales para evitar su entrada en un sistema ya de por si desigual y deficiente, que lejos de protegerles, les expone aún más.



## BIBLIOGRAFÍA

### MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS:

- ADAM MUÑOZ, M.D.: “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 11-45.
- ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A.: *Nociones Básicas de registro civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, GPS, Madrid, 2015.
- APAP, J.: “Vulnerability of unaccompanied and separated child migrants”, *European Parliamentary Research Service*, 2016, pp. 1-12.
- ARCE JIMÉNEZ, E.: “Marco Jurídico de la protección y los menores extranjeros no acompañados”, *Los sistemas de protección de la infancia y sus retos*, Ararteko, 2011, pp. 35-42.
- ARMENTEROS LEÓN, M.: *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España. Actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCIA.: “*Menores extranjeros no acompañados (MENA)*”, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, Sevilla, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013, edición online
- CABEDO MALLOL, V.: *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CLARO QUINTÁNS, I. / LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coords.): *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Tecnos, Madrid, 2013.
- COMISIÓN EUROPEA.: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*, Comisión Europea, Bruselas, 2010
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *OBSERVACIÓN GENERAL N°6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Naciones Unidas, 2005.
- DE PALMA DEL TESO, Á.: “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 185-215.
- DE PALMA DEL TESO, Á. / GONZÁLEZ GARCÍA, A.: “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2015, pp. 39-65.

- DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿MENORES O ADULTOS? Procedimientos para la determinación de la edad*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2011.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: “Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales”, Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 265-270.
- DOS SANTOS SOARES, A.: *Migrantes forzosos. Contexto y desafíos de “Responsabilidad de Proteger” en el siglo XXI*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2015.
- FUENTES SÁNCHEZ, R.: “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, núm. 3, 2014, pp. 105-111.
- GARCÍA COSO, E.: *La regulación de la inmigración irregular. Derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- LARA AGUADO, Á.: “Comentario del artículo 35. Menores no acompañados”, CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.), *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 596-640.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: “Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 37, 2014, pp. 265-286.
- LAZARO GONZÁLEZ, I.: “Menores extranjeros no acompañados. La situación en España”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, núm. 19, 2007, pp. 149-162.
- LÓPEZ ULLA, J. M.: *La detención de menores extranjeros no acompañados en el marco de la Unión Europea y el Consejo de Europa*, Papeles el tiempo de los derechos, núm. 11, 2013.
- LÓPEZ ULLA, J. M.: “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, 2013, pp. 1061-1090.
- PARLAMENTO EUROPEO: *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015). Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2016, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015)*. Parlamento Europeo, Bruselas, 2016.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “Manifestaciones del derecho a la libre circulación y residencia”, *CIDEAL*, 2011, pp. 3-17.
- PÉREZ REY, J.: “Estudio de la Ley Orgánica 4/2000 concordada con el RD 557/2011”, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011). Actualizado con las novedades normativas de 2012*, Comares, Granada, 2012, pp. 582-612.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: “Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2012, pp. 173-210.

SASTRE, A. (Coord.): *Infancias invisibles*, Save the Children, versión online, 2016.

TRINIDAD NÚÑEZ, P.: “La protección jurídico internacional de los menores refugiados separados o no acompañados. Especial consideración del derecho europeo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 43, 2016, versión online.

URÍA PELAYO, A. M.: “Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores”, *Educación Social*, núm. 45, 2010, pp. 36-64

VESTRI, G.: *Inmigración y Extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

VICENTE GIMÉNEZ, T / HERNÁNDEZ PEDREÑO M. (Coords.): *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Universidad de Murcia, Murcia, 2007.

#### **RECURSOS EN PÁGINAS WEB:**

Fundación Raíces y Save The Children denuncian el abandono, la desprotección y la discriminación de MENAs en la Comunidad de Madrid. (Fecha de consulta: 10-10-2016):

[http://www.migrarconderechos.es/noticias/FR\\_y\\_STCh\\_denuncian\\_abandono\\_MENAS\\_en\\_Madrid;jsessionid=03086A31290845F9B81E928897733B66](http://www.migrarconderechos.es/noticias/FR_y_STCh_denuncian_abandono_MENAS_en_Madrid;jsessionid=03086A31290845F9B81E928897733B66).

CGAE y UNICEF piden que se garantice el pleno cumplimiento de los derechos de los menores extranjeros en España. (Fecha de consulta: 15-10-2016):  
[http://www.migrarconderechos.es/noticias//CGAE\\_UNICEF\\_garanticen\\_derechos\\_menores\\_extranjero](http://www.migrarconderechos.es/noticias//CGAE_UNICEF_garanticen_derechos_menores_extranjero).

La Administración deja a inmigrantes sin tutela por dudosas pruebas de edad. (Fecha de consulta: 04-11-2016)  
[http://elpais.com/diario/2010/02/11/sociedad/1265842802\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/02/11/sociedad/1265842802_850215.html)

El PP exige al Gobierno en el Congreso que haga efectivo el Registro de menores extranjeros no acompañados. (Fecha de consulta: 04-11-2016):  
[http://www.migrarconderechos.es/noticias//PP\\_](http://www.migrarconderechos.es/noticias//PP_)

Menores Extranjeros (Fecha de consulta: 04-01-2017)  
<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/menores-extranjeros>.

Subsaharianos sin edad oficial. La Fiscalía de Menores duda de la fecha de nacimiento que aparece en sus pasaportes. (Fecha de consulta: 13-01-2017)  
[http://www.migrarconderechos.es/noticias//sin\\_edad\\_oficial](http://www.migrarconderechos.es/noticias//sin_edad_oficial)

- 10.000 niños refugiados y migrantes desaparecidos. (Fecha de consulta: 13-01-2017)  
<http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20160419STO23927/10.000-ni%C3%B1os-refugiados-y-migrantes-desaparecidos>
- España pierde el rastro sistemáticamente de menores migrantes. (Fecha de consulta: 13-01-2017)  
[http://www.eldiario.es/desalambre/menores-migrantes-Espana-pierde-sistematicamente\\_0\\_482251934.html](http://www.eldiario.es/desalambre/menores-migrantes-Espana-pierde-sistematicamente_0_482251934.html)
- Más de 3.000 menores extranjeros vagan por España sin sus padres. (Fecha de consulta: 18-01-2017)  
<http://www.publico.es/sociedad/mas-000-menores-extranjeros-vagan.html>
- La tragedia de los niños perdidos del parque de Hortaleza. (Fecha de consulta: 18-01-2017)  
<http://ctxt.es/es/20170104/Politica/10370/menores-migrantes-vulnerables-Comunidad-de-Madrid-Fiscalia-de-Menores-Rivas-Hortaleza.htm>
- La incompetencia de la Comunidad de Madrid devolvió a la calle a los menores tutelados desaparecidos. (Fecha de consulta: 18-01-2017)  
<http://www.publico.es/sociedad/disputas-partidistas-y-burocracia-devolvieron.html>
- El PSOE pide mejorar la protección de los menores extranjeros no acompañados. (Fecha de consulta: 21-01-2017)  
<http://www.lavanguardia.com/politica/20170120/413525881331/el-psoe-pide-mejorar-la-proteccion-de-los-menores-extranjeros-no-acompanados.html>

## TEXTOS LEGALES

### A. Normativa internacional:

- *Normativa de la Unión Europea:*

Carta europea de los derechos del niño (*DOCE* núm. C 241, 21-IX-1992).

Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países europeos (*DOUE* núm. C 221, 19-VII-1997).

Directiva 2003/86/CE del Consejo, 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DOUE* núm. L251/12, 3-X-2003).

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 16 de diciembre de 2008 (*DOUE* núm. L348/98, 24-XII-2008).

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (*DOUE* núm. L180/60, 29-VI-2013).

Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida (*DOUE* núm. L 180/31, 26-VI-2013).

Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (*DOUE* núm. L77/1, 23-III-2016).

- *Convenios multilaterales:*

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (*BOE* núm. 45, 21-II-2015).

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución, y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (*BOE* núm. 291, 2-XII-2010).

Convención de los Derechos del Niño (*BOE* núm. 313, 31-XII-1990).

Convenio de la Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961 (*BOE* núm. 199, 20-VIII-1987).

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 (*BOE* núm. 243, 10-X-1979).

Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el estatuto de los refugiados (*BOE* núm. 252, 28-X-1978).

- *Convenios bilaterales:*

Acuerdo entre Rumania y España “sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos” (*BOE* núm. 195, 16-VIII-2006).

Acuerdo bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos “sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concentrado” (*BOE* núm. 429, 14-IX-2007).

Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España “sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción” (*BOE* núm. 173, 18-VII-2008).

**B. Normativa nacional:**

Constitución española (*BOE* núm. 311, 29-XII-1978).

Código Civil (*BOE* núm. 206, 25-VII-1889).

Ley de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7, 08-I-2000).

- Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (*BOE* núm. 10, 12-I-2000).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 15, 17-I-1996).
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (*BOE* núm. 103, 30-IV-2011).
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* núm. 6, 7-I-2005).
- Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil (*BOE* núm. 97, 24-IV-2006).
- Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados (*BOE* Núm. 251, 16-X-2014).
- Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Consulta 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.
- Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.
- Consulta 1/2009 de la Fiscalía General del Estado, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.
- Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

## ANEXO JURISPRUDENCIAL:

### A. Internacionales.

STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto Handyside, Sala en pleno, aranzadi.

STEDH de 26 de abril de 1979, asunto Sunday Times, Sala en pleno, lawcenter.

STJUE de 27 de junio de 2006, Gran Sala, asunto C-540/03, Parlamento/Consejo, ECLI:EU:C:2006:429, InfoCuria.

STEDH de 12 de octubre de 2006, asunto 13178/03, Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica, HUDOC.

STEDH de 5 de abril de 2011, Sección Primera, asunto Rahimi contra Grecia, JUR 2011/101557, aranzadi.

STEDH de 2 de mayo de 2013, Sección Primera, asunto Barjamaj contra Grecia, TEDH/2013/51, aranzadi.

STJUE de 23 de abril de 2015, Sala Cuarta, asunto C 38-14, *Samir Zaizoune*, ECLI:EU:C:2015:260, InfoCuria.

STJUE de 15 de febrero de 2016, Gran Sala, asunto C-601/15 PPU, *N*, ECLI:EU:C:2016:84, InfoCuria.

### B. Nacionales.

#### - *Tribunal Constitucional:*

STC 75/1983 de 3 de agosto de 1983, Sala Pleno, RTC 1983/75.

STS 107/2014 de 23 de noviembre de 1984, Sala segunda, RTC 1984/107.

STC 115/1987 de 7 de julio de 1987, Sala Pleno, RTC 1987/115.

STC 231/1988 de 2 de diciembre de 1988, Sala Segunda, RTC 1988/231.

STC 179/1991 de 19 de septiembre de 1991, Sala Primera, RTC 1991/179.

STC 20/1992 de 14 de febrero de 1992, Sala Primera, RTC 1992/20.

STC 207/1996 de 16 de diciembre de 1996, Sala Primera, RTC 1996/207.

STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, Sala Pleno, RTC 2007/236.

STC 183/2008 de 22 de diciembre de 2008, Sala Primera, RTC 2008/183.

STC 184/2008 de 22 de diciembre de 2008, Sala Primera, RTC 2008/184.

- ***Tribunal Supremo:***

STS de 3 de febrero de 2000, asunto 103/2000, Sala de lo Penal, RJ 2000/294.

STS 453/2014 de 23 de septiembre de 2014, Sala de lo Civil, Sección en Pleno, RJ 2014/4839.

STS 452/2014 de 24 de septiembre de 2014, Sala de lo Civil, RJ 2014/4689.

STS 11/2015 de 16 de enero de 2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, RJ 2015/121.

STS 13/2015 de 16 de enero de 2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, RJ 2015/122.

STS 318/2015 de 22 de mayo de 2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, RJ 2015/2260.

STS 320/2015 de 22 de mayo de 2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, RJ 2015/3840.

STS 319/2015 de 23 de mayo de 2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, RJ 2015/2040.

STS 368/2015 de 18 de junio de 2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, RJ 2015/2764.

STS 507/2015 de 22 de septiembre de 2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, RJ 2015/4356.

STS 720/2016 de 1 de diciembre de 2016, Sala de lo Civil, Sección Primera, RJ 2016/5673.

STS 2663/2016 de 19 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, migrar con derechos.

- ***Tribunales Superiores de Justicia:***

STSJ Madrid 74/2008 de 29 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena, JUR 2008/124232.

STSJ País Vasco 88/2008 de 14 de febrero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, JUR 2008/174126.

STSJ Madrid 1529/2008 de 2 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2009/27456.

STSJ Madrid 291/2009 de 10 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR 2010/301022.



STSJ País Vasco 324/2014 de 10 de junio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, RJCA 2014/607, aranzadi.

STSJ Castilla y León 1021/2016 de 29 de junio de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR 2016/233400.

- ***Audiencias Provinciales:***

SAP Cáceres 29/2015 de 29 de enero de 2015, Sección Primera, JUR 2015/76173.

SAP Barcelona 482/2015 de 26 de junio de 2015, Sección 18ª, JUR 2015/227585.

SAP Barcelona 787/2015 de 3 de noviembre de 2015, Sección 18ª, JUR 2016/6980.

- ***Juzgados:***

Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 25/2010 de 9 de febrero de 2010, Donostia – San Sebastian núm. 1, migrar con derechos.

Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 131/2010 de 27 de abril de 2010, Madrid núm. 11, JUR 2010/394102.

Auto Juzgado de Primera Instancia 12/2011 de 17 de enero de 2011, Barcelona núm. 19, [menoressolos.blogspot.com.es](http://menoressolos.blogspot.com.es).

Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 52/2015 de 11 de febrero de 2014, Barcelona núm. 9, JUR 2014/182277.