

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

LA PROBLEMÁTICA SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRAN LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: ENTRE LA DESESPERACIÓN Y LA PROTECCIÓN

M^a Nieves Alonso García

Prof^a. Dra. de Derecho Constitucional
Universidad Isabel I
marianieves.alonso@ui1.es

David Carrizo Aguado

Prof. Ayudante doctor (acred.) de Derecho Internacional Privado
Universidad de León
dcara@unileon.es

Palabras clave: menores, extranjeros, ausencia de progenitor, fronteras, refugio y asilo.

Número: 13 Año: 2019

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

LA PROBLEMÁTICA SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRAN LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: ENTRE LA DESESPERACIÓN Y LA PROTECCIÓN

M^a NIEVES ALONSO GARCÍA
Profª. Dra. de Derecho Constitucional
Universidad Isabel I
marianieves.alonso@ui1.es

DAVID CARRIZO AGUADO
Prof. Ayudante doctor (acred.) de Derecho Internacional Privado
Universidad de León
dcara@unileon.es

Seamos cercanos a ellos, compartiendo sus temores e incertidumbres sobre el futuro y aliviando su sufrimiento...
Papa Francisco

SUMARIO: 1. OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS: LA SOLEDAD DEL CAMINO. 2. *STATUS* JURÍDICO APLICABLE A LOS MENAS. A. «Hat-Trick»: menor, extranjero y no acompañado. B. El alma mater de los Niños: La Convención de Las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. C. El abrazo legal de los MENAS al amparo de la Constitución Española. D. La determinación de la edad. E. Breve alusión a la intervención del poder público en la tutela y acogimiento del MENA. 3. ÚLTIMAS LÍNEAS REFLEXIVAS.

1. OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS: LA SOLEDAD DEL CAMINO

A partir de la década de los setenta del pasado siglo XX, algunos Estados pertenecientes a la UE protagonizan una nueva modalidad de inmigración constituida por menores extranjeros no acompañados. Uno de los factores fundamentales que influyeron en este nuevo proceso migratorio lo constituye la desintegración de los países de la Europa del Este y los conflictos aparejados, de manera que los menores abandonaron sus lugares de origen y marcharon hacia ciertos Estados de la Unión buscando una vida mejor. Así, en Alemania los menores extranjeros comienzan a hacerse patentes en los años setenta y en Italia en los años ochenta y principios de los noventa, después de la desestructuración de Yugoslavia.

El problema de las migraciones y en particular de las personas refugiadas y asiladas¹, lo que se ha dado en llamar «crisis de los refugiados» se ha convertido en una cuestión central de la política y del Derecho, pues se ha traducido en una crisis humanitaria (con pérdidas de vidas humanas y condiciones intolerables por indignas de millones de personas refugiadas) y ha hecho visible, en el fondo, la crisis de identidad europea², sus valores y su modelo garantista de Estado Social de Derecho. Los movimientos migratorios vinculados a la situación de refugiados y asilados se han generalizado por la proliferación de las guerras locales y la creciente violencia e intolerancia que los Estados totalitarios ejercen sobre sus propios ciudadanos³.

España no permanece ajena a esta modalidad de movilidad infantil y, en esa misma época, nuestro territorio constituye el destino de menores que, provenientes fundamentalmente del continente africano, esperan poder contar en nuestro país con unas mejores condiciones para su futuro que las que les podía ofrecer su país de origen. En efecto, dada la proximidad geográfica entre España y África⁴, teniendo además presente que dos ciudades españolas, Ceuta y Melilla, se encuentran en el continente africano, nuestro Estado constituye el destino ideal para estos menores cuyas expectativas radican, no ya sólo en permanecer en nuestro país, sino también en trasladarse a otros Estados de la Unión Europea, en los que puedan existir mayores oportunidades para su desarrollo.

¹ El Sistema Europeo Común de Asilo, contenido en actos de naturaleza jurídica diversa y de carácter fragmentario, se compone de un marco jurídico que abarca todos los aspectos del proceso: a) la determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo; b) los requisitos para el reconocimiento de protección internacional; c) los procedimientos comunes para la concesión y retirada de protección internacional, y d) las condiciones de acogida (*Vid.* CASTILLO DAUDÍ, M.: “El asilo en la Unión Europea: aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 34, 2018, p. 917).

² La crisis de los refugiados ha mostrado la cara de una UE que no se reconoce. Europa ha seguido una deriva que implica un fraude a la identidad europea. Significa, además, un incumplimiento del Derecho Internacional humanitario y de los tratados en vigor (*Vid.* LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “¿Crisis de refugiados?: la identidad europea en crisis cronificada”, *Temas para el debate*, núm. 256, 2016, pp. 23-25). El notable nivel de inmigración que se encuentra en Europa representa el origen de la cuestión relacionada con el reconocimiento de la ciudadanía a los sujetos que residen en el Estado de acogida. El problema surge porque la ciudadanía sigue estando estrictamente relacionada con la identidad nacional y la idea de participación en un destino común (*Vid.* LIPPOLIS, V.: “Cittadinanza, identità nazionale e immigrazione in Europa”, *Revista general de derecho público comparado*, núm. 5, 2009).

³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017, versión *on line*.

⁴ RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El Estatuto personal de los marroquíes ante el ordenamiento Español: consideraciones generales y propuestas de “lege ferenda””, MOYA ESCUDERO, M. (Coord.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 19-39.

El fenómeno de los migrantes menores de edad -niños, niñas y adolescentes- que emigran a otro país sin tutela de sus progenitores, habitualmente indocumentados y sin tener en cuenta las normas de Extranjería ha ganado intensidad y visibilidad en Europa. Los menores extranjeros no acompañados se están convirtiendo en “los nuevos protagonistas de los procesos migratorios”⁵. En este sentido, los conocidos técnicamente como MENA son aquellos niños/as y adolescentes, menores de 18 años, de origen extranjero, que se encuentran separados de sus padres y que tampoco están bajo el cuidado de ningún otro adulto⁶. Conforme a la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁷, cabe entender por MENA aquellos “menores de dieciséis años nacionales de países terceros que llegan al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros”. La institución de la reagrupación familiar debe ser considerada en toda regulación, especialmente al tratarse de un tema sensible a la realidad de todas las personas y al desarrollo mismo de la sociedad⁸.

Sin duda, esta circunstancia -ser menores y no estar acompañados de una persona adulta- sitúa a los MENA automáticamente en una situación de desamparo y de riesgo. Entre los motivos que llevan a los menores a salir solos de sus países de origen encontramos la pobreza, situaciones de desestructuración familiar y desprotección institucional, falta de oportunidades, la guerra o la violencia, catástrofes naturales, persecución y situaciones de violación generalizada de los derechos humanos.

Desde luego no es un fenómeno fácil de cuantificar, los datos de la memoria de la Fiscalía de 2018, correspondiente al ejercicio de 2017, apuntaban a la presencia de

⁵ NIETO GARCÍA, C.: “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, PANTOJA GARCÍA, F. / NIETO GARCÍA, L.C., (Dir.), *Los derechos de los menores extranjeros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 14.

⁶ La definición de MENA ofrecida por UNICEF aúna todos los conceptos, términos y figuras, así como aquellos presupuestos legales de Menor Extranjero No Acompañado que han sido legislado tanto desde el ámbito internacional, europeo como nacional (menor de 18 años, extranjero-entendiendo como tal a aquellos menores de terceros países-, encontrarse no acompañado por un adulto responsable de él y en una situación de desamparo o de desprotección); es la más consensuada y validada por todos los entes públicos y privados españoles que trabajan con el colectivo: Menor Extranjero No Acompañado –MENA-: El menor nacional de un Estado no miembro de la Unión o el apátrida menor de 18 años que al entrar en territorio español, no va acompañado de un adulto. También será Menor Extranjero No Acompañado cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, en este caso en el territorio español. Cuando el adulto reclina su responsabilidad una vez que el menor ha entrado en el territorio español, de forma que lo deja solo, o incluso lo deja solo antes de entrar en territorio español. La responsabilidad que recae sobre el adulto puede ser de hecho o de derecho, o sea haber sido asumida por ley o con arreglo a costumbre (*Vid.* UNICEF y CGAE: “Ni ilegales ni invisibles”, *Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*, Informe 2009, Madrid).

⁷ DOUE núm. 251, de 3 de octubre de 2003.

⁸ En el art. 9 De la Convención sobre los Derechos del Niño queda amparado en su art. 9. (*Vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Derecho Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 61). El procedimiento para la reagrupación familiar es complejo, pues exige una actuación coordinada por parte del extranjero residente en España y de sus familiares radicados fuera de las fronteras y que desean reagruparse con él (*Vid.* LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Familia y Derecho de Extranjería: el derecho a la reagrupación familiar*, AA.VV., *Nacionalidad y Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 132-137). Obviamente, la salvaguarda del derecho a la vida en familia, tal y como se recoge en los instrumentos internacionales de Derechos humanos, inspiran las condiciones de ejercicio de la reagrupación familiar (*Vid.* VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, pp. 732-751).

2.345 menores extranjeros no acompañados llegados a las costas españolas en pateras u otras embarcaciones similares. Este dato representa un extraordinario incremento de un 398 % en relación al año 2016 (588 MENA), y de un 566 % respecto al número de menores que llegaron por esta misma vía en el año 2015 (414 MENA)⁹.

2. STATUS JURÍDICO APLICABLE A LOS MENAS

A. «Hat-Trick»: menor, extranjero y no acompañado

La triple condición de menor¹⁰, extranjero¹¹ y no acompañado¹², determina indudablemente una situación de especial vulnerabilidad. Esta explosiva mezcla va a determinar una suerte de situación especialmente deprimida que se produce ya en el país de origen, sin necesidad de que haya tenido todavía lugar el desplazamiento como posible fuente de trato discriminatorio¹³. Los niños que optan por emigrar a nuestras sociedades occidentales son en gran parte expulsados del sistema social de sus ciudades, sin apenas acceso al sistema educativo o sanitario y sin alicientes en su propio país. Es por ello que, estos desarrollan sus propias estrategias en donde es frecuente encontrar respuesta rebelde a ese proceso de expulsión con ansias de autonomía y reafirmación¹⁴. La mayoría de los MENA son chicos de entre 15 y 17 años, aunque también se detectan adolescentes de sexo femenino. En cuanto al perfil característico de estos menores se han establecido una serie de rasgos, que generalmente son comunes a los mismos. Entre ellos, cabe destacar que presentan necesidades económicas, un desconocimiento del

⁹ En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2017, figuraban inscritos un total de 6.414 menores bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección (https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado=2018)

¹⁰ Para saber si un sujeto es mayor o menor de edad debe acudirse a las normas de Derecho Internacional Privado y, en concreto, al art. 9.1 CC, según el cual « La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad », de forma que la mayoría de edad del individuo se rige por su ley nacional.

¹¹ A los efectos de la aplicación de la normativa de extranjería, únicamente quedan incluidos en el concepto de «menor extranjero» los menores nacionales de terceros Estados. No obstante, quedan excluidos los menores extranjeros solicitantes de asilo o refugio (art.189 Real Decreto 557/2011) y los menores de edad que gocen de la especial condición de apátridas (art. 6 Real Decreto 865/2001).

¹² Se considera «no acompañado» aquel extranjero menor de edad que entra en territorio español sin la compañía de un adulto que sea responsable de él, ya sea legalmente o de hecho (padres, tutores o guardadores de hecho) y aquel que, habiendo entrado con tal compañía, es posteriormente dejado solo. No tienen, en cambio, la consideración de «no acompañados» los menores extranjeros que, a pesar de no estar acompañados, se encuentran en España por razones de estudio, durante el período al que se contrae su estancia por este motivo, durante el cual deben disponer del correspondiente visado.

¹³ En muchas de las ocasiones el trato discriminatorio no desaparece en el país de acogida sino que se mantiene por diversas razones tales como cuestiones sociales, religiosas, etc. (*Vid.* RIVAS VALLEJO, P.: “La protección jurídica de las menores extranjeras. Perspectiva de género”, VILLAGRASA ALCAIDE, C. / RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Editorial Bosch, Madrid, 2009, p. 2605).

¹⁴ ARELLANO GÓMEZ, F.J.: “La legitimidad democrática en defensa de los derechos humanos en el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados o separados: el interés superior del menor”, VILLAGRASA ALCAIDE, C. / RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Editorial Bosch, Madrid, 2009, p. 642).

idioma, que carecen de los recursos alimenticios, de alojamiento y vestimenta básicos, que provienen de contextos de exclusión, viven en situaciones de desamparo, marcadas, en ocasiones con fuerte presencia de maltrato familiar¹⁵. Su procedencia ha ido variando a lo largo de los años, y, si bien en un principio la mayoría de los MENA procedía de Marruecos y otros países del Magreb como Argelia, a partir del año 2006 se observa un aumento de MENA procedentes de países subsaharianos, como Senegal, Ghana o Nigeria¹⁶.

B. El alma mater de los Niños: La Convención de Las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

El instrumento jurídico internacional de protección del menor por excelencia es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989¹⁷. Así las cosas, se redacta la 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 Civil¹⁸, la cual motiva que las medidas que recoge nuestro ordenamiento sean aplicables con independencia de la nacionalidad y, esencialmente, que cualquier actuación o decisión que le afecte, haya de venir basada en el principio del «interés superior del menor» con la finalidad principal de la defensa y salvaguardia de sus intereses¹⁹. En este contexto interesa destacar el

¹⁵ LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A.: “La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm.21, 2013, pp.157-180.

¹⁶ Los MENA procedentes del norte de Marruecos suelen atravesar la frontera bajo camiones o autocares, pero muchos de los que comienzan su viaje en el sur de Marruecos o en países subsaharianos utilizan las pateras o cayucos, sobre todo hacia Canarias y las costas andaluzas. Una vez en territorio español se desplazan a las distintas comunidades autónomas a partir de la información de la que disponen y en función de la tipología de los servicios de protección y de las expectativas de futuro una vez alcanzada la mayoría de edad (*Vid.* PAGONABARRAGA, M.: “Menores extranjeros no acompañados: una situación límite”, Suplemento del Cuaderno núm. 208 de la *Revista Cristianisme i Justícia*, marzo 2018).

¹⁷ BOE núm. 313, de 31 de Diciembre de 1990. La Convención se aplica a todos el niño sujeto a la jurisdicción de los Estados partes. Esta expresión no está exenta de polémica pues su traducción al castellano del idioma francés deja poco claro a qué niños alcanza la Convención. Para que los particulares puedan invocar la convención directamente ante las autoridades públicas y ante otros particulares se exigen varios requisitos. El primero de ellos es que la Convención debe haber sido incorporada al Derecho interno, algo indudable al Derecho español. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que el contenido del Tratado debe ser suficientemente preciso para no necesitar una legislación interna de desarrollo. Igualmente, muchos preceptos de la Convención están claramente dirigidos a los Estados (*Cfr.* CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Protección de menores”, CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 17ª. ed., Comares, Granada, 2017, p. 535). No debemos olvidar que es el tratado más ratificado de la historia y los 195 Estados que la han ratificado tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño. Los cincuenta artículos que componen la Convención recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Su aplicación es obligación de los gobiernos, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas. El Comité de los Derechos del Niño está formado por dieciocho expertos en derechos de la infancia procedentes de países y ordenamientos jurídicos diferentes.

¹⁸ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. Norma que ha sido reformada por la Ley 8/2015, de 22 de julio, y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Interesa destacar su ámbito material establecido en su art. 1: “...serán “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”.

¹⁹ *Vid.* artículos 2 y 11.2 a) Ley 1/1996 y art. 3.1 Convención.

análisis del art. 35 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁰, y su desarrollo por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009²¹, dado que se aborda las garantías que se establecen para la protección de los MENA²².

A nivel europeo, la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que forman parte todos los Estados de la UE, en su art. 3 consagra universalmente el principio del interés superior del menor²³, a pesar de que no concretó ni especificó su contenido. La doble condición de menor y extranjero representa uno de los grandes retos que ha de superar este principio²⁴. Puede afirmarse que ni la Convención sobre los Derechos del Niño, ni la labor de interpretación y control llevada a cabo por el órgano de supervisión establecido por la misma, el Comité de los Derechos del niño, han conseguido colmar las numerosas lagunas que existen en el ordenamiento jurídico internacional en la protección de los menores extranjeros no acompañados o separados²⁵. Sin embargo, el

²⁰ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

²¹ BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

²² El art. 35 se encabeza con una remisión expresa al deber de los poderes públicos de velar por su protección, estableciendo el deber del Gobierno de promover el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Sobre este particular, *Vid.* GIMENO MONTERDE, CH.: “Menores extranjeros no acompañados: una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 25, 2010, pp. 55-72.

²³ Desde el punto de vista práctico se ha de observar cuestiones tales como el “coste del viaje” que cada MENA ha vivido: situaciones duras de supervivencia, abusos y agresiones sexuales, sobre todo a niñas, la exposición a que caigan en las redes de organizaciones criminales de trata de personas y las situaciones de estrés y crisis por las que pasan (*Vid.* FUENTES SÁNCHEZ, R.: “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)”, *Revista internacional de trabajo social y bienestar*, núm. 3, 2014, p. 110). A esto debemos añadir que el fin nuclear es la búsqueda de mejores resultados y para ello se remarca la potentísima influencia que ejercen las redes sociales y familiares de origen y destino en la orientación de los itinerarios y trayectorias migratorias de los MENA (*Vid.* LAIZ MOREIRA, S.: “La situación y tratamiento institucional de los jóvenes migrantes no acompañados en Galicia: ¿hacia una emancipación?”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 1, 2011, pp. 73-74).

²⁴ A la hora de legislar la entrada y permanencia de este colectivo deben concebirse con necesidades y derechos claramente diferenciados de los adultos, por tanto, necesitan un reconocimiento específico (*vid.* DURÁN AYAGO, A.: “La necesaria elaboración de una normativa comunitaria sobre menores no acompañados nacionales de terceros Estados inspirada en el principio del interés superior del menor”, VILLAGRASA ALCAIDE, C. / RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia : un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Editorial Bosch, Madrid, 2009, pp. 474-475).

²⁵ Aun abordando todos los derechos de los niños y las niñas, la Convención no contiene un precepto expresamente destinado a la protección los niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen y su situación no fue objeto de tratamiento *individualizado* en su texto. A pesar de ello, sí debe advertirse que los principios que inspiran todo el sistema de protección y promoción de los derechos de los niños, y que son los cimientos de la Convención, les son de aplicación a los menores extranjeros separados o no acompañados. Además de lo anterior, sí pueden encontrarse en la Convención referencias aunque no explícitas, sí implícitamente aplicables a los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentran fuera del país de su nacionalidad o, si fueran apátridas, fuera del país en el que tengan su residencia habitual. Puede afirmarse, en suma, que numerosos preceptos de la Convención sí son directamente aplicables a las obligaciones de los Estados partes en la misma respecto a los menores extranjeros no acompañados (*Vid.* TRINIDAD NÚÑEZ, P.: “La protección jurídico

interés superior del menor en relación con los menores extranjeros no acompañados, no es un concepto unívoco en Europa, pues se le da diferente contenido de acuerdo con el tiempo y las circunstancias políticas, sociales y jurídicas de cada Estado, aunque la legislación comunitaria y la interna de los diferentes países de la Unión Europea no han otorgado aún un contenido más o menos definitivo al concepto en el contexto de las migraciones internacionales contemporáneas, con lo que se favorece la desprotección del menor de edad extranjero no acompañado que llega a Europa²⁶.

C. El abrazo legal de los MENAS al amparo de la Constitución Española

Como hemos observado en el epígrafe precedente, la tutela de este colectivo está marcada por la regulación internacional. Ello no es óbice para que el constituyente velara por la especial protección de los menores en el ordenamiento jurídico español que sin duda está caracterizado por su particular fragilidad²⁷. Su perspectiva global supone que la actualización sea dinámica, continua y potencialmente universal atendiendo a las remisiones a los tratados y convenios celebrados por España²⁸.

A fin de determinar la protección constitucional de los Menores Extranjeros No Acompañados, es preciso recurrir a varios preceptos de nuestra Carta Magna en los que se vela por el reconocimiento de derechos estrechamente vinculados con este colectivo, especialmente vulnerable, y cuya presencia es cada vez más frecuente en nuestro país.

Dos son las circunstancias que caracterizan a los MENAS, en primer lugar, su condición de extranjeros en situación irregular, y, en segundo lugar, su minoría de edad. Desde una perspectiva constitucional, y en la órbita de los derechos que les son inherentes, se les otorga la titularidad de los derechos que les corresponden a los extranjeros y gozan, asimismo, de la salvaguarda que les corresponde por su condición de menores de edad²⁹.

En primer lugar, es preciso hacer referencia expresa al art. 9.2 CE en el que se establece el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política y social. A este respecto, le será aplicable el art. 13.1 CE conforme al cual, los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados

internacional de los menores refugiados separados o no acompañados. Especial consideración del derecho europeo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 43, 2016, versión *on line*).

²⁶ DÍEZ MORRÁS, F.J.: “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 10, p. 103.

²⁷ ADAM MUÑOZ, M^a.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; ARCE JIMÉNEZ, E.: “Algunas cuestiones en torno a menores extranjeros no acompañados procedentes de terceros estados”, GARCÍA FERNÁNDEZ, M^a.D. / MARÍN DÍAZ, V. (Coords.), *La educación infantil y la formación del profesorado hacia el siglo XXI: integración e identidad*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2004, pp. 156-163.

²⁸ Sobre este particular, *Vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, C.: “Los sistemas de protección y de reforma. Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados, LÁZARO GONZÁLEZ, I.E / CULEBRAS LLANA, I. (Coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, pp. 75-92.

²⁹ ARMENTEROS LEÓN, M.: “Consideraciones sobre la situación jurídica en España de los menores extranjeros no acompañados”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, pp. 1616-1629.

y la ley. En virtud de este precepto se infiere que los extranjeros son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución Española, con la salvedad de que, en su ejercicio, se circunscribirán a “los términos que establezcan los tratados y la ley”.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado al respecto sosteniendo que “no supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”, de modo que 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”³⁰.

Igualmente, y en el marco de los derechos fundamentales, la dignidad de la persona, protegida como derecho fundamental en el art. 10 CE y como fundamento del orden político y social, obliga a reconocer a cualquier persona³¹, “independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes públicos”³².

En la línea de este precepto y especialmente relevante para la protección de los MENA, es preciso tener en consideración el apartado segundo, puesto que, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La dignidad humana se concibe como el punto de conexión con el resto de los derechos constitucionales. Así, nuestro Alto Tribunal articula la teoría de la división tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, en función de la relación de estos con la dignidad humana. En esta estructuración, el Tribunal Constitucional determina que existen derechos fundamentales ligados a la dignidad de la persona que pertenecen por igual a españoles y extranjeros, otro grupo de derechos, como los derechos políticos, que no pertenecen a los extranjeros en tanto en cuanto se conciben bajo la terminología de ciudadanos y, por último, un tercer grupo de derechos, que pertenecerán o no a los extranjeros según establezcan los tratados y las leyes³³. La dignidad humana, además, es el origen y fundamento de los derechos humanos de la persona y del Estado democrático siendo el Estado el que tiene asignada la competencia de regular el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad³⁴.

³⁰ STC 107/1984, de 23 de noviembre, *BOE* núm. 305, de 21 de diciembre de 1984, ECLI:ES:TC:1984:107 FJ 3.

³¹ Un interesante análisis de la STC 236/2007, puede verse en: GERVASIO MARTÍN MARTÍN, G. / CATALÀ I BAS, A.: “Nueva visión de los derechos de los extranjeros: comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Europea de Derecho Fundamentales*, núm. 10, 2007, pp. 161-180.

³² STC 236/2007, de 7 de noviembre, *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, ECLI:ES:TC:2007:236 FJ 3.

³³ En cuanto a la categorización de los derechos de los extranjeros en España, *vid.* ALONSO GARCÍA, M^a.N.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular a la luz de la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016: universalidad vs. gratuidad”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2017, pp. 41-57

³⁴ STC 194/1994, de 23 de junio de 1994, *BOE* núm. 177, de 26 de julio de 1994, ECLI:ES:TC:1994:194, FJ 4.

Especial relevancia en este ámbito adquiere el art. 39 CE, que, ubicado dentro de los *Principios Rectores de la Política Social y Económica*, establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos. En el apartado final de este artículo se hace hincapié en la protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

D. La determinación de la edad

En este contexto, el día 5 de marzo de 2018 el Comité de Derechos del Niño ha publicado unas *Observaciones Finales sobre los derechos de la infancia en España*³⁵ en el que, en relación con los menores extranjeros no acompañados (Observación Núm. 44), expresa dos preocupaciones principales que afectan directamente a las funciones que están atribuidas al Ministerio Fiscal por los artículos 35 Ley Orgánica 4/2000, 48 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria³⁶ y 12 de la Ley 1/1996. La primera es la que se recoge un perjuicio asentado en un sector de la sociedad española según el cual nuestra institución actúa siguiendo las órdenes del Gobierno de la Nación de quien depende, de tal manera que cualquiera de las decisiones de los fiscales en materia de extranjería -como es la aplicación del art. 35 Ley 4/2000- estaría condicionada por la necesidad de proteger la política inmigratoria definida por el ejecutivo español³⁷. Y la segunda, acerca del “el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica”, afecta directamente al ámbito de nuestra actividad, especialmente en dos cuestiones muy relevantes: una, concierne a los criterios de valoración por el Fiscal de la documentación presentada por los extranjeros a los efectos de decretar su mayoría o minoría de edad; la segunda afecta a los métodos y pruebas utilizados por los facultativos para la evaluación de la edad.

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, deben poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias³⁸. La determinación de la edad corresponde al Ministerio Fiscal

³⁵ CRC/C/ESP/CO/5-6.

³⁶ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

³⁷ A consideración de ciertos autores la Ley 4/2000 no solo impide el ejercicio del derecho de asilo, al impedir la identificación de personas necesitadas de protección internacional y el análisis individualizado de sus circunstancias, sino que también impide la identificación de menores no acompañados, un colectivo especialmente vulnerable, y la subsiguiente aplicación de las previsiones de la norma y del procedimiento de protección específica (*Vid.* ACOSTA PENCO, T.: “Rechazo en frontera y derechos humanos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018, versión *on line*).

³⁸ La práctica de la prueba de la determinación de la edad del menor extranjero indocumentado sólo será necesaria cuando la minoría de edad no se pueda establecer con seguridad. Por ello, si de la apariencia física del extranjero resulta evidente su mayoría o su minoría de edad, carecerá de sentido aplicar esta diligencia (*Vid.* DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: “Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados: (un estudio a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos fundamentales)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 26, 2015, pp. 79-109; GARCÍA HERRERA, V.: “Los menores extranjeros no

quien, sobre la base de las pruebas practicadas, deberá dictar un decreto motivado en el que se determina si la persona debe ser considerada menor de edad o no³⁹.

Los expedientes incoados por el Ministerio Fiscal no persiguen la determinación de la edad del afectado en cuanto una de las manifestaciones de su estado civil, sino exclusivamente decidir con carácter cautelar y urgente, incluso si es posible durante el servicio de guardia si debe ser acogido en un centro de protección de menores de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor o por el contrario debe ser sometido al régimen ordinario de mayores de edad. Los efectos de la resolución son, por tanto, provisionales y no suponen una resolución definitiva sobre la edad de la persona. Como el decreto del Ministerio Fiscal resolviendo sobre la minoría o mayoría de edad del afectado tiene carácter meramente provisional, puede ser modificada la resolución adoptada, tanto de oficio como a instancia de quien ostente un interés legítimo, cuando se aporten datos o circunstancias sobrevenidas o que, siendo preexistentes, no se hubieran valorado por haberse conocido con posterioridad a la decisión adoptada.

Merece una severa crítica, a consideración de ciertos autores, que no se imponga al Fiscal la obligación de que sea él quien se entreviste con el presunto menor y se deje a su consideración discrecional ordenar que sea trasladado a su presencia antes de proceder a ordenar la práctica de las pruebas médicas tras valorar la información recibida de las fuerzas policiales. El Fiscal debe entrevistarse personalmente con el extranjero cuya minoría o mayoría de edad debe determinarse⁴⁰.

E. Breve alusión a la intervención del poder público en la tutela y acogimiento del MENA

Si bien, la naturaleza de la protección del menor extranjero no acompañado, que recibe en tanto que menor y extranjero, y que no es incompatible con la que pueda merecer en forma de protección internacional, es mixta. Son las Entidades públicas⁴¹, de

acompañados en situación de desamparo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 42, 2016, versión *on line*).

³⁹ La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, requerirá el previo consentimiento informado del afectado, se llevarán a cabo con respeto a su dignidad y sin que supongan un riesgo para su salud, no pudiendo practicarse de forma indiscriminada, especialmente si son de carácter invasivo (*Vid.* HUÉLAMO BUENDÍA, A.J.: “Menores extranjeros no acompañados. Doble perspectiva jurídica: Extranjería y protección de menores”, *Curso: «Jurisdicción Penal y Extranjería»*, Madrid, 2017).

⁴⁰ Que la práctica de pruebas médicas para la determinación de la edad esté en manos del Ministerio Fiscal es una garantía de que estas se van a realizar sólo en interés del menor. En la Entidad Pública, por más que pueda ser tutora del menor –en caso de declararse el desamparo de éste–, se da un conflicto de intereses irresoluble: se encomienda por la ley a la Administración la protección de los intereses del individuo menor extranjero no acompañado y la responsabilidad del conjunto del sistema de protección. No es posible conjugar unos intereses y otros. Es numerosa la jurisprudencia que pone de manifiesto esta realidad y el Protocolo abunda en ella permitiendo esta iniciativa de la Entidad Pública para la práctica de nuevas pruebas de determinación de la edad (*Vid.* 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, versión *on line*).

⁴¹ La situación jurídica de los menores extranjeros interesa por la concurrencia de diferentes poderes públicos en la toma de decisiones ante la pluralidad de normas de protección fruto de la España de las Autonomías (*Vid.* LÁZARO GONZÁLEZ, I.: “Menores extranjeros no acompañados. La situación en España”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. X, núm. 19, 2007, p. 149).

carácter administrativo, las que adoptan las medidas⁴², si bien en aplicación (en parte) del Derecho civil, y con sujeción cuando proceda al control judicial de los órganos de la jurisdicción ordinaria. Es significativo en el marco regulador enmarcado en la Ley 1/196, especialmente lo señalado por el art. 11.2, el cual engloba los principios rectores de la actuación de los poderes públicos. Entre ellos, y estrechamente vinculados a la protección de estos menores se encuentran la supremacía de su interés superior; el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional; su integración familiar y social; la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; la sensibilización de la población ante situaciones de desprotección; el carácter educativo de todas las medidas que se adopten; la promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social; la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten; la protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso; la igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia; la accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas; el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual y el respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

La secuencia de la protección del menor no acompañado sería la siguiente: una vez detectado queda bajo la guarda provisional de la Entidad durante el período en que se trata de identificarle, conocer sus circunstancias, determinar si procede la repatriación, y de establecer si se encuentra en situación de desamparo. Si no es repatriado y se declara la situación de desamparo la Entidad asume *ex lege* la tutela adoptando las medidas para su guarda: acogimiento familiar o residencial; de urgencia, temporal, permanente; profesionalizado o no⁴³. No debe caer en el olvido que la asistencia letrada se convierte en un derecho fundamental para todos los menores extranjeros no acompañados que se presentan en nuestro país. Todo menor que comprenda que su esfera personal-familiar está en juego frente a una decisión que adopta la Administración, tiene la capacidad procesal suficiente para la defensa de sus derechos e intereses sin necesidad de la asistencia de la persona o institución que tenga su tutela cuando están en juego situaciones que tienen que ver con su persona, lo cual favorece a la desvinculación del binomio tan temido de quien ejerce su tutela a la vez le expida la resolución administrativa de repatriación o de mayoría de edad⁴⁴.

⁴² Serán las Comunidades Autónomas quienes asuman su tutela y custodia; en cuanto a los acuerdos internos y su finalidad de paliar la saturación de los centros de protección de menores, *vid.* 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*, num.8, 2012, versión *on line*).

⁴³ REQUEJO ISIDRO, M.: “La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre estado competente y estado responsable”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, núm. 2, 2017, p. 485.

⁴⁴ MOLINA DOMÍNGUEZ, M.: “El derecho a la asistencia letrada en menores extranjeros no acompañados”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 5, 2013, p. 66.

3. ÚLTIMAS LÍNEAS REFLEXIVAS

A pesar de que los instrumentos legislativos de la UE relativos al asilo, la inmigración y la trata de seres humanos abordan, directa o indirectamente, la situación específica de los menores no acompañados, se requiere una mayor coherencia y colaboración, tanto en el seno de la UE como con los países de origen y tránsito. Para que la UE y sus países miembros respondan de manera más eficaz, es necesario adoptar un enfoque común que respete los derechos del niño establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y en la Convención sobre los Derechos del Niño, y que esté basado en la solidaridad entre los países relevantes y la cooperación con la sociedad civil y las organizaciones internacionales.

Gran parte de estos menores no acompañados o separados son refugiados y por consiguiente, personas con derecho a solicitar asilo u otra forma de protección subsidiaria. Los Estados, y en especial los europeos, han de tener siempre presente la vulnerabilidad y desprotección que va intrínseca a la minoridad de edad y a la particular indefensión de menores en esta situación. Países y Organizaciones internacionales, ante la recepción de un menor no acompañado o separado solicitante de protección internacional, están obligados a respetar escrupulosamente el Derecho internacional de los Derechos Humanos al igual que el Derecho de los refugiados. En todo caso, se debe afianzar en todo su territorio la protección jurídica efectiva de los niños no acompañados y velar por la aplicación del principio nuclear del interés superior del niño como consideración primordial.

En ese sentido, sería deseable un compromiso concreto para incrementar y simplificar la concesión de visados por motivos humanitarios y por reagrupación familiar. Igualmente resultaría conveniente, además, prever visados temporales especiales para las personas que huyen de los conflictos hacia los países vecinos. Las expulsiones colectivas y arbitrarias de emigrantes y refugiados no son una solución idónea, sobre todo cuando se realizan hacia países que no pueden garantizar el respeto a la dignidad ni a los derechos fundamentales. Las fatídicas condiciones en las que están inmersos los MENAS requieren que se les garantice la seguridad personal y el acceso a los servicios básicos, pues creemos que es no una cuestión de legalidad sino de mera dignidad fundamental de cada persona.

Descendiendo al ámbito interno, y aun cuando supeditado al ordenamiento internacional, la proliferación de nuevos fenómenos migratorios fruto de la globalización y del incremento de las dificultades para gozar de unas condiciones de vida dignas, parece apuntar a la necesaria revisión de nuestra Carta Magna. A fin de que se refuerce la protección de este colectivo, especialmente vulnerable por su condición de extranjero, menor y no acompañado, sería preciso contemplar específicamente estas situaciones desde la cumbre del ordenamiento jurídico español.