

LOS DERECHOS DE LOS MENORES MIGRANTES SOLOS Y SU GARANTÍA POR LAS CCAA

Maria Jesús Larios Paterna

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UB

Adjunta para la defensa de los derechos de la infancia y adolescencia
del Síndic de Greuges de Cataluña

1. Introducción

El desplazamiento de niños y niñas sin la compañía de un adulto hacia países europeos constituye una de las singularidades de los flujos migratorios de los últimos años. Se trata de una situación que afecta y pone en peligro a millones de niños en todo el mundo, que se trasladan desde las zonas más desfavorecidas del planeta a aquellas que creen que les van a permitir mejores condiciones de vida o mayor protección, como Europa o Estados Unidos principalmente.

Las causas y motivaciones que conducen a los menores de edad a migrar hacia otros países vienen determinadas principalmente por la ausencia de oportunidades de desarrollo económico y educativo en sus países y por la huida ante situaciones de conflictos armados, violencia o vulneración de derechos básicos. La flagrante desigualdad en las condiciones de vida que padecen en los países de procedencia, en contraste con la imagen –no siempre ajustada a la realidad- que perciben de los países europeos donde se han desplazado antes familiares o conocidos es la principal causa de los procesos migratorios de los niños y adolescentes que llegan a España solos¹.

Debe destacarse que estos niños no sólo hacen frente a situaciones de enorme vulnerabilidad durante el tránsito, sino que también ya en el territorio de la Unión Europea en muchas ocasiones pueden encontrarse expuestos a peligros como la explotación, el tráfico de seres humanos y la violencia, además de a todo tipo de carencias básicas para su desarrollo². Así, en suelo europeo se dan situaciones como la saturación de campos de recepción, la falta de acceso a servicios básicos, la desprotección frente a formas de violencia o explotación, así como abusos físicos, psicológicos y sexuales, entre otras. Las organizaciones humanitarias han denunciado la situación de los menores en los campos de Calais en Francia³ o en los campos de refugiados en Grecia son

¹ Puede verse un análisis de las características y necesidades de los menores de edad no acompañados acogidos en España, en, BRAVO, A., SANTOS-GONZÁLEZ, I., “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psychosocial Intervention* vol.26, núm.1 Madrid, abril 2017.

² Comisión Europea, “Protección de los menores migrantes”, Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, abril de 2017.

³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Khan c. Francia ha condenado recientemente a Francia por “un trato degradante” a un niño de 12 años que ha vivido durante varios meses en la ciudad de chabolas “lande de Calais”, por violación del artículo 3 (prohibición de los tratos inhumanos y degradantes) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y pone de manifiesto la falta de actuación de

ejemplos de esa grave situación. También el propio Comité de los derechos del niño ha alertado sobre la situación en algunos centros o en las calles de las ciudades de Ceuta y Melilla.

A su vez, los principales organismos internacionales de defensa de derechos, como el Consejo de Europa, han puesto en los últimos años el acento en la necesidad de desarrollar políticas para garantizar la protección de estos niños.

En noviembre de 2017, la red europea de defensores de la infancia, ENOC, publicó un informe a partir del trabajo conjunto de los miembros de la citada red⁴, donde se lleva a cabo un análisis de la situación de los menores migrantes en distintos países europeos. En el mismo se pone de manifiesto la necesidad de mejorar tanto en la primera etapa de la recepción como en las medidas de inclusión posteriores. En las conclusiones se destacan la ausencia de protocolos de procedimientos estandarizados en la identificación de los menores, deficiencias en la dotación de personal de los primeros servicios de recepción y la inadecuación e insuficiencia de las infraestructuras disponibles en la recepción de primera y segunda línea. Igualmente, también se plantean insuficiencias en la etapa posterior de integración, afectando a la capacidad de los menores para ejercer sus derechos y a las perspectivas de integración e integración social en los países receptores⁵.

Se trata de una realidad de enorme complejidad, pues son niños y adolescentes, *per se* vulnerables, cuya situación de vulnerabilidad se ve incrementada por la condición de migrantes y por la falta de la presencia de un adulto responsable. Es una situación que supone, a su vez, un enorme reto para los poderes públicos.

Constituye asimismo un ámbito en el que, desde la perspectiva jurídica, coexisten tratados internacionales y normativas muy garantistas con los derechos de la infancia -como la Convención de los derechos del niño - y las normas comunitarias o las regulaciones estatales de control de flujos migratorios.

En el presente artículo, nos referiremos principalmente a su situación en España y al marco regulador y de actuación de las administraciones competentes obligadas a proporcionarles protección.

2. El incremento de la llegada de niños migrantes solos a España

Según las cifras más recientes presentadas por el alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en 2017 llegaron 32 039 menores a Grecia, Italia, España y Bulgaria, de los que el 46 % eran menores no acompañados o separados de su familia, mientras que el 54 % restante iba acompañado por sus padres u otros cuidadores.

las autoridades francesas para proporcionar medios suficientes y adecuados para identificar y proteger a los niños.

⁴ *Background report. Regional meeting of children's ombudspersons*, Athens, 13-14 novembre 2017.

⁵ *Ibidem*, p. 28.

Por lo que se refiere a España, la inmigración infantil irrumpe a partir de mediados de los años noventa⁶, si bien es a partir de 2002 y 2003 cuando las cifras comienzan a incrementarse, aunque de forma diferente a las distintas CCAA.

La mayoría de los niños migrantes sin referentes familiares llegan a la Península con un proyecto migratorio que consiste en la mejora de sus condiciones materiales de vida, fundamentalmente a través de la inserción y la formación laboral. Se trata, de forma cada vez más habitual, de una estrategia familiar de inmigración⁷. La nacionalidad marroquí es mayoritaria, si bien también es considerable el número de menores de edad procedentes del África subsahariana. Su incremento ha sido paralelo a la llegada de personas procedentes de África y Asia principalmente, acrecentada por los conflictos como la guerra de Siria, cuando los países del norte de Europa fueron los principales destinos para los refugiados y solicitantes de asilo político y humanitario⁸.

El número de menores solos es un dato difícil de estimar pues la falta de coordinación entre las distintas administraciones, el defectuoso funcionamiento de los registros y la ausencia de rigor en el cálculo de estadísticas han contribuido a la aparición de cifras muy diversas.

Las cifras oficiales són las proporcionadas por el Ministerio del Interior, si bien éstas no recogen la totalidad de las personas que han llegado solas a España siendo menores de edad. Estos números incluyen solamente a los que han entrado en contacto con la administración, la qual le ha reconocido su minoría de edad.

Al mismo tiempo, las cifras no incluyen a los niños y niñas que se fugan de los centros y dejan de vivir bajo la tutela pública. En 2016 abandonaron voluntariamente los servicios de protección (figuran «en fuga») un total de 825 menores (55 niñas y 770 niños), de los que se ignora su paradero actual. De ellos, 331 estaban en Andalucía, 230 en el Euskadi y 66 en Ceuta⁹.

Si atendemos a las cifras oficiales, el número de menores extranjeros no acompañados acogidos en España tuvo un período de fuerte crecimiento entre 2002 y 2007, año en que se alcanzó la cifra –oficial- de 6475 extranjeros no acompañados. A partir de ese año se produce un notable descenso, debido, entre otros factores, al impacto de la crisis económica, llegando a reducirse su número hasta 2.841 en 2013.

⁶ Servicios Sociales de las diversas Comunidades Autónomas sitúan básicamente en 1996 el año en el que la presencia de estos menores comienza a ser significativa: JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M.: "Menores marroquíes no acompañados en Andalucía: el caso de Sevilla. De 1996 a 2000", *II Congreso sobre la inmigración en España. España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*. Madrid (2000): Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (UPCO) e Instituto Universitario Ortega y Gasset.

⁷ COMAS, M., QUIROGA, V., *Menors que emigren sols del Marroc a Catalunya*, Barcelona, 2006.

⁸ QUIROGA, V; ALONSO, A. y ARMENGOL, C. (CONRED) (2005). *Rutas de pequeños sueños. Menores Migrantes No Acompañados en Europa*. Barcelona. Fundacion Pere Tarres

⁹ SAVE THE CHILDREN, *Los más solos*, Mayo 2018, Madrid, p. 20.

A partir del año 2015 vuelve a darse un período de incremento de la llegada de niños solos, procedentes principalmente de África. Así, de acuerdo con los datos del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a 31 de diciembre de 2018, había 13.012 niños y niñas inscritos, frente a los 6.414 de 2017 (lo que supone un incremento del 103%) y los 3997 registrados en 2016¹⁰.

En cuanto a su distribución entre las diferentes CCAA, si atendemos a los datos reunidos por *Save the Children* (2018) correspondientes al año 2017, Andalucía es la Comunidad con un número más elevado de niños migrantes tutelados, seguida por Melilla, Cataluña y País Vasco. En función del número de habitantes, Melilla, Ceuta, País Vasco, Andalucía y Murcia son las 5 primeras Comunidades Autónomas con un impacto más elevado de este fenómeno. Es destacable, en cambio, la baja presencia de este fenómeno, tanto en términos absolutos como relativos, en comunidades como Navarra, Aragón, Baleares, Galicia, Castilla y León, Extremadura o la Rioja¹¹.

Número menores migrantes tutelados	% sobre total		Número menores migrantes tutelados por 100.000 habitantes
Melilla	917	14,3	1.081,2
Ceuta	261	4,1	307,1
País Vasco	695	10,8	32,1
Andalucía	2209	34,4	26,3
Murcia	224	3,5	15,2
Cataluña	805	10,8	10,8
Madrid	478	7,3	7,3
Asturias	70	6,8	6,8
Comunidad Valenciana	296	6,0	6,0
Canarias	123	5,7	5,7
Cantabria	31	5,3	5,3
Castilla -La Mancha	79	3,9	3,9
Navarra	21	3,3	3,3
Aragón	43	3,3	3,3
Baleares	35	3,0	3,0
Galicia	71	2,6	2,6
Castilla y León	46	1,9	1,9
Extremadura	9	0,8	0,8
La Rioja	1	1	0,3

En cuanto a su procedencia, como ya se ha mencionado, el mayor número de jóvenes atendidos proceden de Marruecos y Argelia, seguidos cada vez más de cerca por menores subsaharianos. El perfil de los menores marroquíes, según se desprende de diversas aproximaciones, es el de jóvenes varones,

10 UNICEF Comité Español, Los derechos de los niños y niñas migrantes No acompañados en la frontera sur española, Madrid, Febrero 2019, Unicef cita Fuentes del Ministerio del Interior

11 SÍNDIC DE GREUGES, *La situación de los menores migrantes sin referentes familiares en Cataluña*, Septiembre, 2018.

cuya edad media está en torno a los 16 años, con mayor madurez que la que corresponde a su edad cronológica, con relación periódica con familia de origen y con proyecto migratorio claro, basado en conseguir documentación y trabajar lo antes posible y con gran movilidad geográfica. En relación con la formación, prefieren actividades formativas que le permitan conseguir un empleo y están muy motivados para las actividades formativas y la consecución de un trabajo cuanto antes. En en muchas ocasiones sufren un gran choque entre sus expectativas y lo que se encuentra¹².

A pesar de lo afirmado, aún compartiendo un origen cultural no constituyen un grupo uniforme. Una minoría de ellos presenta mayores dificultades de adaptación, que son los que parten de una situación de vulnerabilidad ya en su país de origen, o bien son huérfanos o forman parte de familias desestructuradas y en ocasiones ya han sido víctimas de violencia. Acostumbran a ser menores más impulsivos, con mayor incapacidad para asumir responsabilidades y que asumen riesgos sin miedo porque sienten que no tienen nada que perder. Por lo que se refiere a la conducta, pueden presentar graves problemas conductuales, suelen rechazar la medida de internamiento, por lo que suelen llevar a cabo numerosas fugas, no tienen hábitos adquiridos (higiene, educación, etc.), no toleran los límites, presentan problemas de salud, en ocasiones, una fuerte adicción a inhalantes y algunos desarrollan patologías mentales y sanitarias graves¹³.

Es muy importante conocer los perfiles de los menores no acompañados para poder llevar a cabo políticas adecuadas y evitar que la aplicación automática de los recursos existentes en el sistema de protección acabe generando –como sucede en muchas ocasiones- desajustes con efectos negativos tanto para los propios menores migrantes como para los propios recursos del sistema. Debe señalarse que algunas CCAA están llevando a cabo actuaciones dirigidas al conocimiento de los distintos perfiles y necesidades para poder diseñar programas de acogida, inclusión y emancipación adecuados¹⁴.

3. Marco normativo

Los niños y adolescentes no acompañados reúnen la doble condición de ser personas menores de edad – destinatarios, por tanto, de todo el corpus de protección del ordenamiento jurídico- y migrantes – destinatarios de algunas disposiciones propias al régimen de extranjería.

¹² Vid. sobre el perfil de los menores no acompañados en España, ARARTEKO, *Situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV*, 2005; JIMÉNEZ, L. y IZQUIERDO, J. D. (2013), Lo que se oculta detrás de la categoría «menores marroquíes no acompañados»: miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. *Cuadernos de Trabajo Social*, 26, 193-202; MANZANI, L. y ARNOSO, M. (2014), Bienestar psicosocial en menores y jóvenes extranjeros sin referente familiar adulto: factores de riesgo y protección. *Norte de Salud Mental*, 12, 33-45; QUIROGA, V., ALONSO, A. y SÒRIA, M. (2010). *Sueños de bolsillo. Los y las menores migrantes no acompañados/as en España*. Madrid: UNICEF.

¹³ SANTOS GONZÁLEZ, I., *Las necesidades psicológicas en los menores extranjeros no acompañados acogidos en España*, Oviedo, 2015 (Tesis Doctoral), p.17

¹⁴ En este sentido, si bien pendiente de desarrollo, implementación y dotación presupuestaria, la Estrategia catalana para la acogida y la inclusión de los niños, adolescentes y jóvenes emigrados solos, aprobada por el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Catalunya, puede ser un buen instrumento.

3.1. La protección de los menores en el marco internacional.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 (en adelante CDN), principal instrumento internacional de reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños y las niñas, establece la obligación de los Estados de asegurar la protección y el cuidado necesario para su bienestar y la obligación de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias, de acuerdo con su interés superior, especialmente si están privados temporal o permanentemente de su entorno familiar o cuando para su interés primordial no se pueda permitir que permanezca (art. 20)

La Observación general número 6 (2005), sobre el trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, del Comité de Derechos del Niño, establece criterios sobre la protección, la atención y el trato adecuado que se les debe proporcionar a estos menores. El objetivo es dar una atención adecuada y duradera para el niño, que empieza con el estudio de las posibilidades de reagrupación familiar, si bien también la Observación también analiza otras posibilidades de protección como la residencia en el país de acogida o en un tercer país, teniendo presente, en todo caso, el respeto del principio de no devolución y el principio de interés superior del niño, cuyo contenido debe determinarse caso por caso. El interés superior debe estar vinculado a una solución duradera para el niño que resuelva sus necesidades de protección, y siempre se debe aplicar la opción más favorable.

Por su parte, la Directiva 2008/115/CE, sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, no establece una regulación clara sobre su aplicación a los menores de edad y su aplicación al retorno y expulsión de menores fue uno de los temas más controvertidos entre las propias instituciones comunitarias. En definitiva, la posibilidad de aplicar las medidas de retorno a los menores queda en manos de los Estados, pero en todo caso se exige que se respeten unas garantías mínimas adicionales respecto a los adultos que, a la postre, conforman un régimen diferenciado de cierto cariz protector. Además, los Estados siempre podrán mejorar dichas cautelas en virtud de la cláusula de la disposición más favorable (arts. 10, 17 y 38 y ss.)¹⁵.

Al margen de esa regulación, existen instrumentos sin fuerza vinculante con el objetivo que sean los propios estados los que actúen de acuerdo a los planes de la Unión Europea. En este sentido, el Plan de Acción de la Unión Europea Sobre Los Menores No Acompañados (2010-14)¹⁶, sienta las bases de una estrategia común, global y a largo plazo y, entre otras cuestiones, prevé la asociación con los países de origen para evitar la emigración de los menores en condiciones de riesgo e inseguridad y la trata de personas. También

¹⁵ El legislador español en la reforma legal con la que, entre otros aspectos, se procedía a trasponer éste y otros contenidos de la mencionada Directiva opta por una regulación más garantista, de modo que, según RUIZ LEGAZPI, sin llegar a prohibirse, se tolera sujetándolo a tan importantes límites que, en el fondo, parecen demostrar que se presume ilegítima. Vid. RUIZ LEGAZPI, A. "La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión", Revista Europea de Derechos Fundamentales, Núm. 21 (2013), p. 220-221.

¹⁶ Comunicación de la Comisión Europea de 10 de mayo de 2010

dispone garantías como el nombramiento de un representante del menor desde el primer momento de su detención, otras como un mayor compromiso en la búsqueda de la familia en el país de origen, y opciones de integración más allá del retorno como única alternativa posible, muy presente en las políticas de algunos países europeos. Igualmente, se plantea la necesidad ineludible de obtener datos fiables sobre el número y situación de los niños migrantes.

Otras cuestiones como el apoyo al menor y a la familia, cuando la mejor opción sea el retorno, y la necesidad de otorgar un “estatus protegido” al menor cuando el regreso con su familia o la reintegración a su país de origen no sean posibles o aconsejables no suponen un nivel de protección superior al que se desprende de la normativa española inspirada en la CDN.

Por último, hay que mencionar también la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE y la más reciente, de 3 de mayo de 2018, sobre la protección de los menores migrantes, que hacen hincapié en todas las medidas necesarias para una adecuada atención de acuerdo con los principios de la CDN.

En definitiva, la Unión Europea no tiene hasta la fecha una normativa homogénea y común relativa al trato al que deben otorgar los Estados Miembros a los menores no acompañados pues los instrumentos existentes no dejan de ser meras recomendaciones y acuerdos que carecen de la fuerza vinculante necesaria para obligar.

3.2. La Constitución y la legislación interna.

De acuerdo con la CDN, y con la trasposición de sus principios efectuada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el estatuto jurídico de las personas menores de edad que no tienen la nacionalidad española está presidido por el principio de la igualdad de trato con el nacional, así como por el principio del interés superior del menor, que condiciona todo el régimen jurídico de los menores extranjeros. Asimismo, los menores deben gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE).

Aunque este estatus jurídico en plano de igualdad fue cuestionado por la regulación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LOEX), la STC 236/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional, entre otros preceptos, la restricción prevista en relación con la educación no obligatoria a los menores extranjeros residentes, considerando que “el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.2 de la Constitución y del derecho a la educación garantizado en el art 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir”. La posterior reforma de la Ley Orgánica 4/2000, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre que dio nueva redacción al artículo 35 de la primera, dedicado a los menores no

acompañados, incorporó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y traspuso algunas directivas comunitarias¹⁷.

Más tarde, la reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor en el año 2015 refuerza el principio de interés superior del menor, incorporando la doctrina del Comité de Derechos del niño y configurándolo también como derecho de los niños y niñas y norma de procedimiento, además de principio inspirador. Se establece también de forma específica la obligación de las administraciones públicas de velar por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, incluyendo la obligación de tutelarlos y tramitar la documentación y el permiso de residencia por las instancias correspondientes, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen (10.4).

El circuito de atención al menor extranjero no acompañado, más allá de las menciones señaladas en la legislación de infancia, está regulado íntegramente por la legislación en materia de extranjería, la LOEX citada y el Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante REX), así como por la Resolución de 13 de octubre de 2014, por la que se publica el Acuerdo por la aprobación del Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en referencia a los menores extranjeros no acompañados.

A continuación, vamos a examinar las distintas cuestiones que plantea la situación de los menores de edad migrantes sin referentes familiares fases tanto en lo que refiere a la función protectora de la administración como a los procedimientos derivados de la legislación de extranjería.

4. Llegada, detección, identificación y registro. Valor probatorio de la documentación de los menores no acompañados.

Cuando un niño o una niña son detectados por la administración y no se encuentra al cuidado de personas adultas deben activarse los mecanismos protectores establecidos en el ordenamiento jurídico. Cuando este menor de edad es extranjero, la normativa de extranjería se hace eco de tal obligación, pero establece una serie de disposiciones encaminadas a la comprobación de que efectivamente es menor de edad –*a priori*, cuando existan dudas sobre ello –, a su identificación y a la actuación encaminada a facilitar el retorno con sus familiares, como medida preferente a la permanencia en España, donde debería ser objeto de protección a través de su tutela.

La primera mención que la LOEX efectúa en relación a un menor extranjero no acompañado es para referirse al supuesto de que “los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad”. En este caso, la norma dispone que se les debe dar, por parte de los servicios competentes de protección de menores, la protección inmediata que precisen, poniéndose el hecho en

¹⁷ MOYA, D, AGUELO, P., (2011)., La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, p. 16

conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad con la colaboración de las instituciones sanitarias oportunas, que harán las pruebas con carácter prioritario (art.35.3).

En las regiones «de entrada» en España (Islas Canarias y costa sur del país) la mayoría de los adolescentes son localizados por las autoridades y servicios de emergencia, mientras que aquellos que se dirigen al interior o al norte del país sin ser interceptados acostumbran a dirigirse por sí mismos a servicios de atención a la infancia asegurando ser menores de edad.

De manera más detallada, el REX dispone en su artículo 190.1 que, en caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no se pueda establecer con seguridad, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, cuando tengan conocimiento de esta circunstancia o localicen al supuesto menor en España, deben informar a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que necesite de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

De los preceptos reproducidos se deduce que, la localización de un “presunto menor” aunque no se pueda establecer con seguridad su minoría de edad, debe dar lugar a que se ponga en conocimiento, en primer lugar, a los servicios de protección de menores, para que le presten atención inmediata. Y, en segundo lugar, debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá de la determinación de la edad en el plazo más breve posible. Pero hay que entender que, cualquiera que sea la forma de localización de un “presunto menor”, debe operarse del mismo modo. Ni la ley ni el reglamento especifican en qué debe consistir la protección inmediata, ámbito correspondiente a las administraciones autonómicas.

De forma más clara en el reglamento que en la ley se deduce que, cuando no haya dudas sobre la minoría de edad, ya sea por la apariencia física o por la documentación el menor de edad será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El Protocolo marco anteriormente referido establece el procedimiento y los supuestos en los que los niños migrantes no acompañados deben someterse al proceso de determinación de la edad, al margen de lo que establezca la documentación aportada. En concreto, dispone que los datos contenidos en la documentación emitida por las autoridades extranjeras no tienen presunción de veracidad y no constituyen una prueba plena sobre la edad si no existe un convenio o tratado internacional que lo reconozca expresamente. Esta documentación tampoco será suficiente para reconocer la condición de minoría de edad si concurren circunstancias relacionadas con la falsificación de estos documentos y con la existencia de datos inverosímiles. Cuando concurren estas circunstancias, el Protocolo considera que el extranjero está indocumentado y, por tanto, se le aplica lo dispuesto en el artículo 35.3.

Esta previsión no deja de ser, a nuestro juicio, una extralimitación del Protocolo, puesto que el objeto de este instrumento debería limitarse a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones

competentes en la localización, la identificación, la determinación de la edad, la puesta a disposición del servicio de protección a la infancia y el envío de documentación de los niños. Establecer que los datos contenidos en la documentación expedida oficialmente por los países de origen no supongan una prueba plena de su edad, siempre y cuando no exista un convenio o tratado internacional que lo reconozca expresamente es añadir un elemento sustantivo no previsto ni en la ley ni en el reglamento.

Además, supone una interpretación de lo que es la documentación válida que va más allá de lo que ha sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 2013 (Sala 1.^a, de 23 y 24 de septiembre 2014, recursos núm. 1382/2013 y 280/2013, respectivamente), que fija como doctrina jurisprudencial que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. El Tribunal Supremo considera que debe realizarse 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, tanto si se trata de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de enero de 2018, desestimó el recurso de casación interpuesto por Fundación Raíces contra el Protocolo sin entrar a valorar los motivos de impugnación por considerarlo una instrucción interna y carecer de naturaleza normativa, con lo que este instrumento se convierte en inimpugnable como disposición general y continúa dando cobertura a unas prácticas que no solo pueden ser consideradas contrarias a la ley sino también a la jurisprudencia del TS, si bien queda la posibilidad de impugnar su aplicación concreta.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que, cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, se le debe considerar menor de edad a los efectos previstos en esta ley, mientras no se determina su edad. Igualmente, haciéndose eco de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece que, a la hora de valorar la documentación, el fiscal debe realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentada, en su caso, no es fiable (art. 12).

En la práctica, si bien con nivel de garantías distinto, en las CCAA la Fiscalía somete en muchas ocasiones a los menores extranjeros no acompañados a pruebas de edad, sin dar validez a la documentación de sus países de origen, contraviniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y en contra también del criterio del Defensor del Pueblo y de otras instituciones homólogas en las CCAA, como el Defensor del Pueblo andaluz y el Síndic de Greuges de Cataluña. Asimismo, durante el período que transcurre entre la detección y la práctica de la prueba, las administraciones que sufren más presión migratoria,

han intentado establecer un cribado previo a través de la prueba, omitiendo el deber de prestar atención inmediata¹⁸.

Finalmente, y por lo que se refiere a la decisión de someter a pruebas de determinación de la edad a un presunto menor, hay que tener en cuenta la conveniencia del Ministerio Fiscal de consultar el Registro de menores extranjeros no acompañados que regula el artículo 111 del Real Decreto 2393/2004.

Este registro, creado para facilitar y agilizar el proceso de identificación de los niños extranjeros no acompañados, evitar la repetición de procesos de determinación de la edad, con las correspondientes pruebas médicas, y prevenir la existencia de determinadas malas prácticas de los propios niños en la alegación de falsas minorías de edad, tiene importantes problemas de fiabilidad, conteniendo en algunos casos información incompleta y errores inducidos por los propios niños y jóvenes en la identidad y documentación aportada en el pasado^{19 20}. En 2016 el Defensor del Pueblo inició de oficio una actuación para conocer el número de menores extranjeros no acompañados en todo el territorio nacional y detectar defectos de funcionamiento del registro y pudo constatar significativas diferencias entre los datos aportados por las entidades de protección de menores y los facilitados por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Según este organismo, los servicios de protección de menores no comunican en ocasiones todos los datos que deberían figurar en el registro, lo que explicaría, en parte, la disparidad de los datos obtenidos, si bien el Defensor advirtió otros defectos que no dependen de esa falta de comunicación de datos, como son que no constan en el citado registro asientos referidos a los ciudadanos que han sido sometidos a procedimientos de determinación de edad, cuando ha recaído decreto de la fiscalía acordando su mayoría de edad (según el Protocolo deberían constar), ni el número de autorizaciones de residencia en vigor de las que son titulares los menores extranjeros no acompañados, tutelados por las entidades públicas de protección de menores (según se informa porque la aplicación informática del registro no contempla esta variable).

5. Las condiciones de la práctica de las pruebas de edad.

¹⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2017*, Madrid, 2018.

¹⁹ La propia Instrucción 1/2012 sobre la coordinación del Registro de menores extranjeros no acompañados, de la Fiscalía General del Estado, reconoce que “la información que actualmente contiene el Registro es incompleta y, en algunos casos, es errónea. A ello ha contribuido una variedad de factores de la más diversa naturaleza: el incumplimiento por los Entes Públicos de su obligación de facilitar datos; la inexistencia de un servicio permanente y en todos los territorios de las unidades de la policía científica para llevar a cabo las diligencias identificativas adecuadas (impresión decadactilar y fotografía); la concurrencia en la localización e intervención del menor de distintos cuerpos de seguridad sin la adecuada coordinación con el Cuerpo Nacional de Policía; los traslados institucionales de los menores a centros públicos de otras Comunidades Autónomas o a organizaciones no gubernamentales sin la correspondiente comunicación [...]”.

Las pruebas de edad no sólo son invasivas, sino que también tienen carencias en cuanto a la fiabilidad de sus resultados. Además, no siempre se llevan a cabo con las debidas garantías, existiendo prácticas diversas en las CCAA. Por esa razón, se han ido adoptando diferentes documentos con algunas directrices para aplicarlas de la forma más correcta posible por los propios Institutos de Medicina legal del conjunto del Estado²¹ y también con conclusiones consensuadas por sus directores en el marco de la jornada organizada por el Defensor del Pueblo en octubre de 2010²².

Al mismo tiempo, también hay que tener en cuenta la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre la atención de los niños migrantes no acompañados (la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, sobre la interpretación del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000; la Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre varios aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España; la Consulta 1/2009, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los niños migrantes no acompañados) y también el documento de conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialista en Menores y Extranjería, que tuvo lugar en Madrid el 20 de abril de 2010.

Tanto el Defensor del pueblo como las instituciones homólogas en las CCAA, como instituciones internacionales de defensa de derechos (Comité de los derechos del Niño y Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos²³), han puesto de manifiesto los problemas que supone la aplicación de estas pruebas, tanto por la población a la que se aplica como por sus problemas de fiabilidad señalados por los expertos - determinan una probabilidad y no una certeza y tienen un margen de error muy alto, de más de dos años- y su falta de garantías jurídicas. Además, estas técnicas pueden resultar perjudiciales para la salud²⁴.

Entre las garantías jurídicas, destaca la necesidad de recabar el consentimiento del presunto menor, dado que suponen una intervención corporal leve, previa información al afectado sobre el procedimiento y sus consecuencias (Protocolo marco y Consulta 1/2009 de la Fiscalía General del

²¹ GARAMENDI, P.M.; BAÑON, R.; PUJOL, A.; *et al.* (2011). "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España". Revista Española de Medicina Legal. Volumen 37 (núm. 1), p. 16-23.

²² Reunión de trabajo sobre determinación forense de la edad de los niños migrantes no acompañados de 7 de octubre de 2010 en Madrid, organizada por la institución del Defensor del Pueblo

²³ En 2011 la Oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos reunió a jueces de diez países de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que consensuaron el imperativo de otorgar a los jóvenes el beneficio de la duda.

²⁴ El documento "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados". Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España" traslada la preocupación de los médicos forenses por la posibilidad de que los niños no acompañados sean sometidos a una excesiva exposición a radiaciones ionizantes con fines únicamente periciales y, para evitarlo, recomiendan no sólo que se consulten los registros, sino también que las pruebas radiológicas se realicen en las condiciones técnicas de mínima radiación ionizante emitida, y que se aseguren las medidas de radioprotección del menor y se eviten las incidencias repetidas en cada sesión.

Estado)²⁵. Igualmente, hay que tener en cuenta determinadas cuestiones prácticas (carácter indoloro, riesgo residual, etc.), aspectos legales (intervalo de edad, etc.) y las consecuencias que se derivan tanto de la práctica de la prueba como de la negativa a someterse a ella²⁶. En este sentido, ante la negativa del presunto menor a someterse a la prueba, el fiscal, una vez escuchados los motivos y consideradas las circunstancias concurrentes, puede determinar que se trata de un mayor de edad. Para ello, el Ministerio Fiscal debe otorgar un período de alegaciones, antes de hacer efectivo el decreto de la fiscalía correspondiente, y se debería contar con asistencia letrada, aunque ello no se garantiza en muchas ocasiones²⁷.

Finalmente, el REX establece en su artículo 190.4 que, en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, debe considerarse que el extranjero es menor si la edad más baja de la horquilla es inferior a los dieciocho años. También dispone que en caso de que no haya duda de la minoría de edad, sean puestos a disposición de las autoridades de protección sin necesidad de que se les practiquen pruebas médicas de determinación de la edad, se comunique al Ministerio fiscal y se inscriban los datos en el registro (art. 190.1), disposición que, como hemos señalado anteriormente, no siempre es cumplida como se desprende de los informes del Defensor del Pueblo y de los de otros comisionados autonómicos como el Defensor andaluz y el Síndic de Greuges de Cataluña.

Ni el Protocolo marco ni el REX contempla que deba garantizarse la asistencia letrada con formación especializada en este procedimiento. En la práctica se lleva a cabo por parte de organizaciones no gubernamentales o excepcionalmente el turno de oficio existente en Barcelona, que no es suficiente para atender las necesidades existentes.

En relación con esta garantía jurídica, cabe destacar que el Comité de los Derechos del niño, en noviembre de 2018 declaró en dictamen emitido a partir de la comunicación 11/2017, en aplicación del Protocolo facultativo de la CDI, que España vulnera CDI cuando se practican las pruebas sin representante legal. Si bien se trata del dictamen de un Comité - y no adopta la forma de sentencia ni admite ejecución directa- debe reconocersele fuerza vinculante pues los tribunales internos deben integrar, en su labor de juzgar, la misma

²⁵ El Tribunal Constitucional había estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos de procesos judiciales en los que los menores no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal y reitera el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, de protección jurídica del menor, además de otros instrumentos normativos de ámbito europeo (STC 17 septiembre 2007, RJ 2007, 372)

²⁶ El documento “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España” recuerda que el presunto menor debe ser convenientemente informado y que, en el caso que no se comunique en un idioma que el examinador o los examinadores conozcan y así lo constata la autoridad, es necesaria la presencia de un traductor/intérprete.

²⁷ En Barcelona existe un turno específico de menores no acompañados del Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB), que se pone en marcha en el momento en que la Fiscalía incoa un proceso de determinación de la edad y que garantiza, *a priori*, la asistencia letrada gratuita a lo largo del proceso.

perspectiva de los derechos de los niños usada por los órganos internacionales, en aplicación del art. 10.2 de la Constitución.

Cabe reseñar en este punto el anuncio por parte del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, en el marco de la Mesa de Coordinación Interterritorial de la Administración General del Estado y las comunidades autónomas de septiembre de 2018, de la voluntad de cambiar el Protocolo marco para, entre otras cuestiones "hacerlo más homogéneo, agilizar los procedimientos y dotar de mayores garantías" a la hora de admitir los menores en el sistema de protección de las comunidades autónomas, encargadas de su tutela. También se anunció abordar otros aspectos como "los procedimientos de ingreso en los centros, la identificación con el objeto de establecer criterios coordinados en todas las comunidades, la mejora de los protocolos de actuación sanitaria y también la cuestión del registro y el seguimiento de los menores no acompañados" de los niños que llegan solos a las costas españolas.

Finalmente, debe recordarse que en 2017 el Congreso aprobó una proposición no de ley que pedía derogar el protocolo marco y elaborar uno nuevo "que garantice los derechos de los menores de acuerdo con la legislación nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño". También la proposición no de ley insta a reformar la ley para garantizar que "ningún niño, niña o adolescente que tenga documentación acreditativa de su edad es sometido a un procedimiento de determinación de la edad.

En definitiva, puede afirmarse que existe amplio consenso sobre la existencia de insuficiencias que deben ser adoptadas en este ámbito, tanto por parte de instituciones de defensa de derechos como de entidades y también fuerzas políticas, con lo que deberían ser abordadas las correspondientes reformas con la mayor rapidez.

6. Atención inmediata, tutela y documentación.

De acuerdo con la normativa analizada en páginas anteriores, la detección de un menor de edad migrante sin referentes familiares requiere que se le proporcione atención inmediata para evitar situaciones de desprotección, independientemente de que se deban practicar las pruebas de determinación de la edad.

Esa atención inmediata supone el primer contacto del menor de edad con la entidad de protección, a la vez que implica, o debería implicar, una primera formalización de la intervención. Si partimos de la circunstancia de que se trata de un menor de edad en situación de aparente desamparo, la actuación de la administración debería estar encaminada a garantizar todas sus necesidades, incluida la atención residencial. En este punto, se detectan prácticas distintas en las CCAA y una de ellas es la falta de apertura del expediente de atención inmediata por parte de la entidad protectora o atención insuficiente o en lugares inadecuados (el Defensor del Pueblo ha puesto de manifiesto numerosas

irregularidades en la Comunidad Autónoma de Madrid y en las ciudades de Ceuta y Melilla)²⁸, algo a lo que nos volveremos a referir más adelante.

La entidad pública de protección a la infancia debe indagar sobre las circunstancias del menor para determinar el desamparo, si es posible reagrupar al menor con su familia en su país de origen y, eventualmente, si existe una necesidad de protección internacional que no haya sido previamente detectada.

El Protocolo marco establece que, en el plazo de tres meses, la entidad de protección a la infancia, una vez constatada la situación de desamparo, debe dictar una resolución administrativa para asumir la tutela del menor. En la práctica, el incremento de las llegadas, especialmente en algunas CCAA²⁹, repercute negativamente en las garantías y en los plazos y el establecimiento de la tutela va en muchas ocasiones más allá de los plazos establecidos por el Protocolo marco. La tutela puede tener lugar meses más tarde de la detección y realización de las pruebas, cuya práctica se retrasa también varios meses. Esos retrasos pueden tener efectos especialmente negativos para la obtención de la residencia legal según lo previsto en la LOEX, puesto que muchos de ellos llegan con una edad próxima a la mayoría de edad. El cumplimiento de los plazos tiene efectos también en la posible tramitación de la nacionalidad española que, una vez alcancen la mayoría de edad, dependerá de haber estado al menos 2 años tutelados por la administración³⁰. De acuerdo con el artículo 190.7 del REX, la tutela por parte de una administración pública determina que la residencia de los menores se considere regular, de manera que, cuando a instancia del organismo que ejerce la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgue al menor una autorización de residencia (de acuerdo con el Reglamento esta es automática), sus efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

Esta pasividad o el retraso excesivo de las administraciones en la aplicación de las medidas de protección también ha sido relacionado por parte de la doctrina con la posibilidad de que las Administraciones traten de evitar ese “efecto llamada”, que puede suponer el desplazamiento a CCAA donde la atención sea más adecuada o la tramitación de la documentación más diligente, más allá de la falta de recursos disponibles. En cualquier caso, tales dilaciones suponen un incumplimiento de lo dispuesto en la normativa, además de afectar a los derechos de los menores afectados.³¹

²⁸ Informe Defensor del Pueblo 2016, Madrid, 2017.

²⁹ Mientras en algunas comunidades (Cantabria, Galicia y Murcia) la adopción de tutela se realiza de forma muy rápida tras la ratificación de la minoría de edad, en otras este proceso llega a demorarse varios meses.

³⁰ BRAVO, A., SANTOS-GONZÁLEZ, I., *op.cit.*

³¹ DE PALMA hace referencia a que los arts. 779 y 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil prevén la oposición a las medidas de protección, pero no establecen las vías para reaccionar frente a la inactividad administrativa que no garantiza el derecho de los menores de edad a la protección pública. Vid. DE PALMA, A., “Los menores inmigrantes no acompañados”, en AJA, E, MONTILLA, E., ROIG, E. (Coords.), Las Comunidades Autónomas y la inmigración, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 557.

7. La tramitación de las autorizaciones de residencia.

De acuerdo con la normativa de protección a la infancia, los menores migrantes no acompañados que finalmente permanezcan en territorio español tienen garantizado un estatus legal con lo que existe la obligación de tramitar el permiso de residencia.

Una vez ha quedado acreditada la imposibilidad de repatriar al menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se le debe otorgar la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la LOEX. El Protocolo marco dispone que tres meses desde la puesta a disposición del menor en el centro de protección es tiempo suficiente para que, por parte de la entidad pública de protección de menores, se solicite la autorización de residencia y que la Delegación o Subdelegación del Gobierno debe resolver y notificar la resolución al afectado en el plazo máximo de un mes. En cuatro meses, pues, la tramitación de la autorización de residencia debería estar resuelta. En muchas ocasiones, y como hemos señalado anteriormente, ya sea por falta de diligencia o por falta de medios o proximidad a la mayoría de edad, no se formaliza la tramitación de la autorización de residencia de algunos niños migrantes no acompañados mientras estaban tutelados.

En el caso de menores sobre los cuales un servicio de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y que lleguen a la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia es posible tramitar un permiso de residencia por circunstancias excepcionales. Ello sólo se puede producir si el menor ha participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad mencionada para favorecer su integración social y es recomendado por la mencionada entidad. No obstante, para la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales deberá acreditarse, de forma alternativa, que o bien dispone de medios económicos suficientes para su sostenimiento, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM, o bien dispone de un contrato o contratos de trabajo. Esta solicitud debe presentarse durante los 60 días naturales previos al acceso a la mayoría de edad o los 90 días posteriores. Además, se añade que se tiene en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que se determina después de valorar los aspectos siguientes: a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección, b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado, c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes, d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española, e) La continuidad en los estudios, f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo.

Este requisito de solvencia económica para tramitar o renovar las autorizaciones de residencia no puede acreditarse con frecuencia lo cual

aboca, en ocasiones, a situaciones de gran vulnerabilidad³². Por otro lado, el Defensor del Pueblo ha denunciado la práctica, que se ha producido en Melilla y en algunas CCAA, consistente en el cese de la tutela cuando los menores abandonan los centros de protección, (llegando a cesar la tutela incluso a las 24 horas de su desaparición)³³ También el Defensor estatal ha criticado la práctica llevada a cabo en Delegaciones del Gobierno como la de Melilla de extinguir los permisos de residencia de los menores migrantes no acompañados cuando cumplen los 18 años, cuando el ROEX permite su renovación³⁴

Otra de las dificultades añadidas es la interpretación conforme no procede que las tarjetas de residencia de los menores extranjeros no acompañados reflejen que están autorizados a trabajar, realizada por la Secretaría General de Inmigración y Emigración, sino que deben obtenerla previa solicitud.³⁵

8. Estándares de calidad de la atención y la protección de los menores no acompañados: ¿un sistema de protección paralelo?

La numerosa llegada de menores extranjeros no acompañados a España durante los últimos 20 años ha supuesto un reto para los sistemas de protección, que se han visto en la necesidad de adaptar sus procedimientos y recursos a las necesidades concretas de estos adolescentes, sin una adecuada previsión y planificación y debiendo abordar el fenómeno en muchas ocasiones desde la urgencia y la improvisación.

La presión asistencial se da sobre todo en relación con las redes de centros de protección creados *ad hoc* o existentes, puesto que el acogimiento familiar no es una medida que se esté utilizando para dar respuesta a esta población. En la mayor parte de las CCAA que reciben mayor número de menores de edad se han creado centros de primera acogida para darles atención en la primera fase de su estancia.

8.1. La atención residencial

El artículo 20 de la ~~Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño~~ CDN obliga a las administraciones públicas a garantizar al niño separado

³² SÍNDIC DE GREUGES, *La situación de los menores migrantes sin referentes familiares en Cataluña*, Septiembre, 2018.

³³ Informe anual a las Cortes Generales 2012, Madrid, 2013, Defensor del Pueblo.

³⁴ Informe anual a las Cortes Generales 2013, Madrid, 2014, Defensor del Pueblo.

³⁵ El Defensor del Pueblo considera que interpretación realizada no se corresponde con lo dispuesto en los artículos 36.1, 40.1 y 41.1 de dicha ley orgánica, así como en el artículo 196.5 de su reglamento. Asimismo, no se consideró acorde con el interés superior de estos menores la limitación de su posibilidad de trabajar, ni justificada su discriminación respecto al resto de menores extranjeros, que sí están autorizados para trabajar al alcanzar la edad laboral sin necesidad de realizar ningún otro trámite. A la vista de lo anterior, se formuló una Recomendación a la Secretaría General de Inmigración y Emigración para que las tarjetas de identidad de los menores extranjeros no acompañados, mayores de 16 años, reflejasen que se encuentran autorizados a trabajar.

de su familia una especial protección y asistencia. Esta atención especial se concreta en darle un recurso donde vivir, atender las necesidades básicas para su desarrollo y asistirle de forma especial por las carencias que ha sufrido en su crianza y, a menudo, por la vulneración de su integridad física, psíquica o sexual.

Por su parte, el artículo 21.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor exige a la entidad pública que regule el funcionamiento de los centros, con la participación de los niños, y que promueva modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de niños o adolescentes que convivan en condiciones similares a las familiares. Ello supone que, entre otras exigencias de calidad residencial, los centros deben presentar una imagen y unas características de una vivienda de tipo familiar donde todos los niños tienen espacio personal suficiente y no están sometidos a la convivencia con grupos numerosos de otros niños (1.2.2), con el objetivo de construir un entorno de seguridad y protección para los niños³⁶.

Durante los últimos años, y debido a la llegada creciente de niños migrantes, los sistemas de protección de las CCAA con mayor número de llegadas se han visto sobrepasados y se dan situaciones de una atención defectuosa y que no cumple los estándares de calidad que requiere una adecuada protección a la infancia.

Los defectos más visibles en la atención se producen en la primera etapa, es decir, durante la tramitación de la documentación o en la primera acogida. Así, hemos visto como en Cataluña se han estado ocupando equipamientos como la Ciudad de la Justicia (compartiendo espacio con adolescentes detenidos o incluso habilitándose un espacio en dependencias específicas) o las comisarías de la policía autonómica, o también se dan situaciones de hacinamiento en lugares como pabellones municipales en Andalucía o centros muy por encima de su capacidad como en Ceuta y Melilla³⁷ y algunos centros de la Comunidad de Madrid. Estas situaciones de hacinamiento propician en algunos casos, como en Ceuta y Melilla, el abandono de los centros y la permanencia en la calle, como algo temporal y preferible a las condiciones institucionales que se les ofrecen³⁸.

Por otro lado, la creación de plazas de emergencia implica normalmente que se haga en condiciones precarias, ocupando equipamientos provisionales como casas de colonias o albergues, o también en hoteles.

³⁶ Vid. Estándares de calidad de los centros en acogimiento residencial EQUAR-E, publicados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el año 2012.

³⁷ El Comité denuncia las condiciones deficientes de recepción y alojamiento y el descuido y el hacinamiento en los centros de estancia temporal de extranjeros en la ciudad autónoma de Ceuta y la existencia de aproximadamente 100 niños extranjeros no acompañados que se encuentran en la calle en la zona portuaria de la ciudad autónoma de Melilla, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, marzo 2018.

³⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA DE CORTÁZAR, A., Chicos marroquíes buscando su futuro: la experiencia de migrar, entre la violencia estructural y las violencias cotidianas (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Granada.

Los centros de primera acogida aparecen como recursos temporales, de dimensiones superiores a las de los centros ordinarios, con espacios poco personalizados y con fuerte rotación, con lo que acumulan situaciones de gran complejidad, difíciles de gestionar, y donde conviven niños de perfiles socioeducativos muy diferenciados: por ejemplo, niños en tránsito hacia otros lugares de Europa, con una elevada movilidad, con otros niños que tienen expectativas de mayor permanencia; o niños con trayectorias más normalizadoras con otros niños con conductas disruptivas o con experiencias de calle, etc. A pesar del carácter temporal son frecuentes las estancias en estos que se alargan más allá de lo previsto en el ordenamiento hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, no dándose la derivación a otros centros o recursos ordinarios.

Debe decirse que este tipo de problemáticas se dan especialmente en los territorios donde hay presencia significativa de niños migrantes solos. En los que no es así, suelen integrar a estos adolescentes en los recursos existentes, convirtiéndolos en recursos mixtos e incorporando proyectos específicos referidos al idioma, alfabetización, etc. En la mayoría de CCAA se mantienen los dos modelos, con centros mixtos en los que convivían menores extranjeros y nacionales y con otros recursos específicamente diseñados *ad hoc*, especialmente en las primeras acogidas.

Como hemos dicho, la medida del acogimiento familiar, siendo con carácter general la más adecuada para garantizar la protección de los niños, es una opción prácticamente nula en el caso de los niños migrantes no acompañados. Las políticas de provisión de recursos de protección para los menores migrantes no acompañados deberían también potenciar el acogimiento familiar, a través de familias autóctonas o familias de su mismo origen inmigrado.

8.2. Garantías para su integración: el derecho a la educación, la salud y al acompañamiento en la transición a la mayoría de edad.

En términos generales, y en relación con el acceso a las enseñanzas obligatorias, la escolarización es relativamente rápida en el momento en que estos niños ingresan en los centros de acogimiento y centros ordinarios.

En cuanto al acceso a la enseñanza secundaria, en ocasiones y a pesar de tener una edad inferior a los dieciséis años, por razón del conocimiento escaso de las lenguas oficiales y los déficits de escolarización en sus países de origen tienen unas necesidades educativas específicas tan complejas que no se prioriza su acceso. Esta actuación es irregular ya que, a pesar de su complejidad, deberían iniciar procesos de escolarización positiva por una integración social futura.

Igualmente, en relación con la educación postobligatoria, se plantean problemas como la falta de disponibilidad de plazas suficientes de programas formación e inserción (PFI), que ha afectado a la demanda en general y también a la de este colectivo.

La falta de documentación es otra de las dificultades para la formación e inserción laboral pues no disponer de permiso de residencia puede suponer un obstáculo a la hora de acceder a la oferta formativa que promueve la Administración laboral, no la educativa³⁹.

En general, no hay una dotación suficiente de recursos para el acompañamiento de los jóvenes no acompañados que alcanzan la mayoría de edad. La salida del sistema protector supone para ellos en ocasiones exclusión residencial y mayores dificultades en el acceso a la formación y para su inserción laboral.

Muchos de estos niños y adolescentes tienen elevados grados de autonomía y expectativas de iniciar rápidamente itinerarios de inserción laboral y de transición a la vida activa, muy alejadas de la realidad con la que se encuentran. Falta una respuesta integral a la realidad de los jóvenes extranjeros no acompañados que no entran en el sistema de protección, que no siempre acceden a recursos formativos o de lengua de forma inmediata, así como para los jóvenes no acompañados extutelados, que en el proceso de desinternamiento no disponen de un acompañamiento y apoyo adecuados para hacer frente a su transición a la vida adulta, también en el ámbito de la formación⁴⁰.

En esta línea, son fundamentales los recursos que combinan formación y trabajo y que abren la posibilidad de acceder a permisos de trabajo y a una inserción laboral que facilite la transición a la mayoría de edad.

En el ámbito de la salud, las insuficiencias más significativas se producen por la falta de programas que atiendan sus necesidades específicas en el ámbito de la salud mental, derivadas de las dificultades del proceso migratorio y de la falta de referentes familiares, y también de consumo de sustancias tóxicas, en comparación con el resto de niños. Por ello, es preciso diseñar estrategias globales para atender estas necesidades pues los recursos ordinarios de la red, tanto en la atención de drogodependencias como en lo que a la atención a la salud mental infantil y juvenil se refiere, son totalmente insuficientes.

Si bien algunas CCAA, como en Cataluña y País Vasco disponen de recursos específicos para jóvenes extutelados, con programas en los ámbitos de las prestaciones económicas, la atención residencial o la formación, no todos pueden acceder a ellos, tanto por las condiciones que se establecen como por la falta de recursos suficientes en los programas que en algunos casos también han sufrido el efecto del colapso del sistema.

³⁹ Hay que tener presente, al mismo tiempo, que la Orden TAS 3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los servicios públicos de empleo y en las agencias de colocación, modificada por la Orden TAS/711/2008, de 7 de marzo, establece en su artículo 10.2 que los niños extranjeros inmigrados no acompañados tutelados por la Administración que no dispongan de permiso de residencia pueden acceder a los programas formativos subvencionados por los servicios públicos de empleo siempre que la entidad de protección a la infancia lo justifique individualmente.

⁴⁰ SÍNDIC DE GREUGES, *La situación de los menores migrantes sin referentes familiares en Cataluña* Septiembre 2018

En este sentido, conviene diversificar aún más los recursos disponibles de acompañamiento a la transición a la mayoría de edad, con la promoción de los recursos ocupacionales y residenciales o de programas de acompañamiento, como por ejemplo la mentoría. En este sentido, hay que elaborar para cada joven migrante un plan individualizado de desinternamiento del sistema de protección, con las derivaciones necesarias para tener garantizada la cobertura de las necesidades básicas una vez alcanzada la mayoría de edad. En caso contrario, la falta de referentes familiares y de red social sitúa a estos jóvenes en una situación socialmente muy vulnerable.

Finalmente, hay que hacer referencia a las dificultades en relación al empadronamiento y al efecto limitador en los derechos que ello supone. De acuerdo con la LOEX, “los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por este concepto a la legislación de bases de régimen local” (art. 6.2). En la práctica, existen dificultades debidas a la carencia de la documentación exigida o por inadecuación de la misma, caso que se da cuando disponen de documentación que acredita su minoría de edad pero con un decreto de fiscalía de mayoría de edad después de las pruebas médicas. De acuerdo con la normativa que regula el empadronamiento, los menores de edad no emancipados tienen el mismo domicilio padronal que sus progenitores o representantes legales, a menos que estos autoricen expresamente una residencia diferente. Los problemas pueden ser de diversa índole. Puede suceder que el menor de edad tenga documentación específica (pasaporte) que acredita ser menor de dieciséis años, pero que no tienen ni a sus referentes familiares pero tampoco ni representantes legales (cuando no se ha formalizado la tutela) o que tenga pasaporte que acredita su minoría de edad, tiene un decreto de fiscalía que establece que es mayor edad (por tanto, tampoco es tutelado). También aparecen problemas cuando no tienen documentación identificativa suficiente, dado que la legislación exige una documentación que no siempre está a su alcance, especialmente si se trata de extranjeros irregulares, como es el número de identificación de extranjero o bien el pasaporte. Numerosos ayuntamientos no permiten la inscripción si no se aportan estos documentos, o bien aportan otros, como son el resguardo de denuncia de pérdida o sustracción del pasaporte o la solicitud de la tarjeta de extranjero. Cabe decir que hay habido ayuntamientos que han impulsado medidas de inscripción más flexibles y están aceptado la inscripción con la documentación provisional emitida por los servicios de protección⁴¹. Esta flexibilización de los criterios debería ser contemplada en la normativa aplicable.

9. El retorno al entorno familiar.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece la preeminencia del interés del niño o la niña y su mantenimiento en el entorno familiar de origen a menos que sea contrario a su interés. Se prevén la repatriación y el retorno al entorno familiar o a los servicios de protección a la infancia del país de origen como opciones preferentes, y también se recoge la posibilidad de que el menor de edad se quede en España si no se dan las

⁴¹ Ibidem.

condiciones para un reagrupamiento efectivo, para una correcta tutela por los servicios de protección del país de origen o si existe un riesgo o peligro para su integridad.

El artículo 35 de la LOEX comienza estableciendo la obligación del Gobierno de promover *“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”*⁴², de los cuales se informará a las CCAA. Asimismo, se habilita a las CCAA a establecer *“acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos”*.

Como hemos venido argumentando, la mayoría de los niños migrantes sin referentes familiares llegan a la Península con un proyecto migratorio que consiste en la mejora de las condiciones materiales de vida de ellos y sus familias, fundamentalmente a través de la inserción y la formación laboral. En este contexto, puede suceder que las expectativas, tanto de ellos como sus familias, no se correspondan con las posibilidades reales o que, precisamente por su condición de niños, no estén preparados para afrontar las dificultades del proyecto y la separación de su familia y de su entorno más próximo. Todo ello puede generar situaciones de sufrimiento, soledad y ansiedad y debe llevar a plantear la necesidad de garantizar su retorno al entorno familiar, de acuerdo con lo que establece la CDN sobre la prioridad de garantizar el desarrollo de los niños y niñas en dicho entorno.

Ahora bien, la repatriación debe ser en cualquier caso una medida protectora y no un mecanismo de control de flujos ni de alejamiento sancionador⁴³, de acuerdo con el principio del interés superior del menor y, si no es posible, debe procederse a la tutela y regularización administrativa. Igualmente, la previsión de que la repatriación pueda ser a los servicios de protección a la infancia del país de origen debería interpretarse como una medida previa a la verdadera

⁴² Entre otros, se han suscrito:

- Memorando de Entendimiento entre España y Marruecos, firmado en diciembre de 2003 y que en 2007 se elevó a rango de acuerdo en la VIII Reunión de Alto Nivel (RAN) hispano-marroquí (BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2013).
- 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, hecho «ad referendum» en Dakar, 5 diciembre 2006 (BOE núm. 173, de 18 de julio de 2008).
- Acuerdo entre Rumanía 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, hecho en Madrid, 15 diciembre 2005 (BOE núm. 195, de 16 de agosto de 2006).

A este respecto se puede consultar TRINIDAD NÚÑEZ, P.: “Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados”, *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración de 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*. Barcelona, (2010): Marcial Pons, pp. 239-274.

⁴³ RUIZ LEGAZPI, A., *op. cit.*, p. 218.

reagrupación familiar del menor⁴⁴, puesto que debe ser una decisión en atención a su interés⁴⁵. La reagrupación familiar debe ser objeto de un trabajo a fondo con las familias, en interés de los niños y niñas afectados, siendo conscientes de que en buena parte de estos casos los menores extranjeros no acompañados emigran con el consentimiento de sus familias. En este contexto, es dudoso que la repatriación confiándolos a los servicios de protección de menores sea el instrumento más acorde con el respeto del interés superior⁴⁶. El análisis del interés superior de menor hace que la entrega deba tener la finalidad de reagruparlo con su familia y garantizar que los servicios de protección (en el país de origen) tienen las condiciones dignas y adecuadas.

El ROEX regula el procedimiento administrativo de repatriación al amparo del principio de reagrupamiento familiar y pone un énfasis especial en este trámite porque tiene una importancia relevante dado que están en juego otros derechos e intereses que merecen una protección especial, como el derecho a la vida y la integridad física o psíquica que pueden confluir a la hora de valorar como más conveniente la permanencia en el país de llegada para asegurar el interés superior del niño. Se establece que la competencia de tramitación corresponde a la Administración General del Estado, a través de las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno del Estado. Esta administración, previa escucha, y con el informe de los servicios de protección a la infancia, debe resolver lo que sea procedente sobre la repatriación del niño en su país de origen o sobre su permanencia en España. De acuerdo con el interés superior del niño, la repatriación a su país de origen sólo se debe acordar si se dan las condiciones adecuadas para su protección. La autoridad gubernativa debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento.

El Reglamento establece garantías formales del procedimiento como la notificación del acuerdo de iniciación al menor (art. 192.2) y la posibilidad de formulación de alegaciones, bien de forma personal, cuando sea mayor de dieciséis años, o a través del representante que designe (art. 193), mientras que, cuando sea menor de esa edad, lo representará quien ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda salvo que manifieste una

⁴⁴ El Defensor del Pueblo Andaluz, en su informe de 2017 afirma que “con las debida cautela y reservas, que todas las personas consultadas -formal o informalmente- sobre la situación del sistema de protección de menores de Marruecos coincidían en calificarlo de primario y deficiente, y escasamente preparado para atender las necesidades del elevado número de menores que padecen situaciones de riesgo en aquel país y claramente incapaz de afrontar con garantías la incorporación al mismo de un elevado número de menores como el que podrían ser retornados desde nuestro país”.

⁴⁵ Como señala APARICIO, son situaciones que ponen en peligro los derechos de los menores, la repatriación sin garantías a países como Marruecos en base a los acuerdos bilaterales existentes, poniéndose a disposición de las autoridades de frontera con el riesgo que ello puede conllevar en un país donde la emigración ilegal está penada, o el traslado a centros de protección de menores construidos, algunos de ellos en medio del desierto, en sus países de origen con fondos españoles destinados a la cooperación al desarrollo, con los riesgos que ello conlleva en relación con su falta de control. Vid. APARICIO CHOFRÉ, L., “Entre la externalización y el codesarrollo, novedades en la regulación de los menores no acompañados”, Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas. Valencia. (2012): Tirant Lo Blanch, pp. 360-376.

⁴⁶ 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. 21/1er Semestre 2013, p. 175-177.

voluntad contraria a la de esta, en cuyo caso se nombrará un defensor judicial. En el artículo 194 se garantiza la presencia del menor en el trámite de audiencia cuando tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere oportuno en relación con su repatriación, junto con su representante. Se prevé la notificación de la resolución del procedimiento al menor, o en su caso a su representante, y en la misma se contendrá la posibilidad de solicitar el derecho de asistencia jurídica gratuita si se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.

Los procedimientos de repatriación requieren localizar y trabajar con la familia del niño para valorar y, en su caso, promover que el retorno sea la decisión más favorable de acuerdo con su interés superior. Por ello, deberán ponderarse para determinar el interés superior, la integridad física y moral del menor, (art. 15 CE) en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y, por otro lado, el derecho a la vida familiar, vinculado al derecho fundamental a la intimidad familiar⁴⁷.

En los últimos años, se ha puesto de manifiesto cómo, a pesar de la preferencia del legislador por la repatriación de los menores, de acuerdo también con los principios de la CDN, en la práctica, llevarla a cabo presenta una enorme dificultad. En muchas ocasiones ello es así porque la decisión de la migración es un proyecto familiar al que no se quiere renunciar y presenta muchas dificultades realizar los trámites previos que, de forma garantista, establecen ley y reglamento. De ahí, la insistencia de los arts. 35.1 y 2 LOEX en la colaboración con los países de origen y la preocupación de los arts. 35.11 y 12 LE por buscar fórmulas de gestión de la tutela y residencia de los menores en España⁴⁸. Con todo, esta aplicación garantista de la normativa, que debe ser valorada positivamente, en la práctica convierte la repatriación en algo totalmente subsidiario y plantea la necesidad de abordar la situación a través de las medidas de colaboración con los países de origen⁴⁹.

En este sentido, y teniendo presente el principio de no devolución, hay que analizar hasta qué punto las repatriaciones no voluntarias a los países de origen pueden ser compatibles con el derecho de escucha de los niños y con su interés superior, siempre y cuando se haya realizado una valoración esmerada de la idoneidad del retorno y siempre y cuando se garantice que esta repatriación está motivada fundamentalmente por el interés superior del niño. En ningún caso, los déficits para dar respuesta a las necesidades de protección de los niños migrantes no acompañados en un contexto de fuerte llegada de

⁴⁷ STC 221/2002, de 25 de noviembre.

⁴⁸ RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*, CEPC, Madrid, 2011.

⁴⁹ El programa existente entre los años 2006 y 2010, de cooperación entre los Gobiernos de Cataluña y Marruecos, dirigido a los niños de Marruecos con intención de emigrar y a los niños de los centros de protección en Cataluña en proceso de reagrupamiento familiar incluyó un centro de acogida y residencial en Tánger, talleres formativos prelaborales y cursos de formación ocupacional vinculados en el centro, y convenios con el tejido empresarial catalán asentado en la zona y el seguimiento y el acompañamiento individualizado de cada niño o adolescente con sus familias de origen. En el año 2011 finalizó en el contexto de las restricciones presupuestarias.

estos niños deben motivar un proceso de repatriación. El ordenamiento jurídico, aunque no lo prohíbe expresamente, no permite la expulsión de los menores, de manera que sólo es posible su retorno al país cuando la repatriación con fines de reagrupación familiar sea la medida más adecuada a su interés superior.

La elaboración de programas por las CCAA que permitan estudiar en origen la adecuación de la repatriación para la reagrupación familiar en interés de los niños migrantes no acompañados es una medida que puede facilitar una adecuada aplicación del principio de reagrupación familiar, así como trabajar con las familias de los niños tutelados para promover la voluntariedad y las condiciones adecuadas para el retorno con la familia de origen. En la práctica, sin embargo, este retorno no se produce o, si se hace, es únicamente en casos muy puntuales, en parte, por la falta de políticas relacionadas con la posibilidad de trabajar el retorno en el país de origen.

10.El ejercicio de las competencias por el Estado y las CCAA: hacia un ejercicio cooperativo.

La distribución competencial entre el Estado y las CCAA se traduce en una confluencia de actuaciones entre la administración del Estado, que actúa en este ámbito a partir de los títulos del art. 149.1.1 (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad), 149.1.2 (inmigración, extranjería y derecho de asilo) y 149.1.3 (relaciones internacionales) y las CCAA que ostentan la competencia exclusiva en materia de protección de menores.

La inmensa mayoría de los artículos de la LOEX fueron dictados en virtud de las competencias exclusivas del Estado consagradas en los artículos 149.1.1 y 2 de la Constitución (así lo establece la Disposición final 2ª de la Ley Orgánica 2/2009).⁵⁰ La regulación de la tutela, reconducible al artículo 149.1.1 CE y la determinación autonómica de las formas a través de la cual se ejercita esa tutela (art. 148.1.20), junto con la obligación estatal de otorgar la autorización de residencia tras la misma o la expedición de la autorización para el extranjero que adquiere la mayoría de edad tras unos años tutelado por la Administración pública muestran un régimen competencial donde la actuación de la administración estatal y autonómica se entrecruzan y condicionan respectivamente.⁵¹

El propio artículo 35 de la LOEX es un ejemplo de atribución de funciones a ambas instancias, estatal y autonómica. Establece la intervención estatal en relación con la repatriación del menor, tanto en cuanto a la decisión como a la ejecución de la misma, con participación de la Comunidad Autónoma a través

⁵⁰ RUIZ LEGAZPI, partiendo de la base de que la decisión de la repatriación del menor obedece a la necesidad de satisfacer su interés superior, garantizando su vida y crecimiento en familia al margen del control de flujos, señala que cabe legítimamente preguntarse si es posible que la repatriación del menor forme parte de la materia de «inmigración» recogida en el artículo 149.1.2ª CE o se trata de una cuestión estricta de protección de menores. Vid. RUIZ LEGAZPI, A., La distribución competencial en materia de inmigración juvenil, Institut d'Estudis Autonòmics, Col·lecció: E-Recerca, 2014, p. 27.

⁵¹ RUIZ LEGAZPI, A. La distribución competencial en materia de inmigración juvenil ..., p. 108

de la emisión de un informe por parte de los servicios de protección de menores y tareas previas de identificación y localización de las familias. De acuerdo con el mismo artículo, son los servicios autonómicos de protección de menores los que deben activar y ejercer la tutela, los que proponen a la administración del Estado que se le otorgue la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno. Igualmente, se pueden establecer acuerdos entre comunidades autónomas en materia de tutela y custodia de menores (35.12 LOEX), así como convenios entre el Estado y las comunidades autónomas en esa misma materia (art. 35.11 LOEX). Finalmente, se prevé que se puedan establecer, por parte de las Comunidades autónomas, “acuerdos con los países de origen” dirigidos a procurar la atención e integración social de los menores en su entorno de procedencia (art. 35.2 LOEX) y se insta al Gobierno para que promueva el establecimiento de los acuerdos con los países de origen, de los que deben ser informadas las Comunidades autónomas (art. 35.1 LOEX).

A esta complejidad competencial hay que añadir que se proyecta sobre un colectivo con una gran movilidad, no sólo dentro de la península sino también en diferentes países europeos, donde se mueven con relativa facilidad. En el ámbito español, la mayoría de niños han tenido otras comunidades autónomas como destino previo antes de llegar a la de destino habiendo estado en centros o servicios de acogida, muchas veces sin un trabajo de planificación y derivación previa.

En definitiva, se trata de un ámbito de actuación pública en el que el ejercicio de las competencias por parte del Estado y las CCAA está absolutamente condicionado con lo que para garantizar ese ejercicio que se lleve a cabo de forma adecuada sería deseable una máxima coordinación y colaboración.

La situación de colapso derivada de las llegadas en los últimos dos años ha dado lugar a que se intensificara el debate público de la corresponsabilidad de todas las administraciones, Estado, CCAA, y también ayuntamientos. A diferencia de otros sectores, la especial complejidad del fenómeno, la movilidad de los migrantes, la dificultad de su previsión, los efectos en el sistema protector, han conllevado a que se exija, especialmente por parte aquellas comunidades que han experimentado mayor presión migratoria, una mayor implicación del Estado. Esa situación dio lugar a que el Gobierno reuniera a representantes de las CCAA en septiembre de 2018, para explorar las posibilidades de coordinación. Con posterioridad, la Resolución de 2 de noviembre de 2018 distribuyó aproximadamente 40 millones de euros entre diferentes Comunidades Autónomas, invitando a ofrecer plazas de acogida con financiación para ello, aunque los efectos prácticos hasta el momento han sido limitados.

Como hemos señalado anteriormente, el Gobierno también ha anunciado la modificación del Protocolo marco de 2014, con el objetivo de homogeneizar, agilizar y dotar de mayores garantías la entrada de los niños a los sistemas de protección a la infancia, mediante la revisión de los procedimientos de ingreso en centros, el establecimiento de criterios coordinados en la identificación, la

mejora de los protocolos de actuación sanitaria o la mejora de la comunicación con el Registro de menores no acompañados.

Al margen de que es deseable que cristalicen las iniciativas anunciadas desde la Administración estatal, parece que la situación requiere una mayor actuación conjunta del Estado y las CCAA, así como un mayor apoyo financiero para las que están experimentando un mayor impacto. De hecho, el propio artículo 2.ter de la LOEX, tras su última reforma, plantea como uno de sus objetivos prioritarios que la integración de los menores extranjeros no acompañados se lleve a cabo mediante la cooperación del Estado con comunidades autónomas y ayuntamientos en torno a un plan estratégico plurianual.

Más allá de los principios de cooperación y colaboración, la doctrina ha puesto de manifiesto como la transformación del derecho de extranjería, derivada de la inclusión de la integración social como finalidad fundamental, podría ampliar el núcleo de dicho derecho (política de entrada, regularidad de residencia y trabajo y sanciones aplicables), lo que permitiría adoptar otras decisiones que vayan más allá de ese núcleo, fundamentadas sólo en la medida en que persigan la plena garantía de derechos y la integración, de manera que deben reducirse a medidas positivas en relación con su estatuto⁵². Dadas las dificultades planteadas, tal interpretación permitiría a la administración estatal adoptar medidas para, en garantía del interés superior de los menores afectados, optimizar la existencia de recursos existentes en todo el Estado y mejorar las derivaciones y la movilidad propia del colectivo.

En todo caso, cualquier planteamiento en esa línea debe tener en cuenta, como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2010 (FJ 83), que la evolución del *fenómeno inmigratorio en España impide configurar la competencia estatal ex art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial* con evidente incidencia en la población migratoria. Por ello, en el establecimiento del estatuto mínimo de derechos de los menores extranjeros, el Estado debería tener en cuenta las muy relevantes competencias autonómicas, en relación con las cuales han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.), cobrando importancia fundamental los mecanismos interadministrativos de participación y cooperación⁵³.

Igualmente, el Gobierno, en el marco de la interlocución internacional que mantiene a escala europea o con otros países de fuera de la Unión Europea, debe desarrollar actuaciones de cooperación, tanto con los países del norte de África como con la Unión Europea, que posibiliten gestionar con garantías suficientes para los niños afectados este fenómeno migratorio. Mejorar el control de las fronteras, luchar contra las redes de tráfico de personas, trabajar para prevenir las causas de pobreza y de exclusión social, así como

⁵² ROIG, E., «Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración», en AJA, E., MONTILLA, J. A., y ROIG, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, p. 80.

⁵³ *Ibidem*.

sensibilizar a la población, dando a conocer a sus familias la situación en la que se encuentran los niños que llevan a cabo un proceso migratorio solos son medidas que deberían acompañar las actuaciones estatales.

En definitiva, debe avanzarse en la coordinación entre los distintos niveles e instancias administrativas y judiciales, así como en la colaboración con las entidades privadas, la cooperación entre los Estados de origen y los de destino, y la adhesión, el desarrollo y respeto de las normas internacionales e internas destinadas a proteger a los menores.

11. Conclusiones.

Los movimientos migratorios de niños y niñas solos constituyen una realidad que afecta de manera muy directa a sus derechos fundamentales y que a su vez plantea numerosos retos para los Estados donde llegan. España es uno de los principales países europeos receptores y las instituciones de todos los niveles territoriales deben actuar en cumplimiento de la normativa internacional en garantía de sus derechos, si bien las CCAA son las más directamente concernidas en relación con su protección. Ante este fenómeno, se han podido constatar deficiencias en distintos ámbitos, tanto desde la perspectiva de la regulación como de la intervención protectora, así como en la coordinación, colaboración y actuación conjunta de las administraciones competentes.

Estas deficiencias provocan vulneraciones de derechos de los niños, derivadas de la aplicación de pruebas médicas sin plenas garantías, de itinerarios de protección inadecuados, del incumplimiento de la regularización administrativa y las carencias en la acción protectora y en la provisión de derechos socioeducativos.

Por lo que se refiere a la regulación, la doble condición de niños o niñas y extranjeros, determina, a su vez, que las normas aplicables respondan a las distintas finalidades de protección a la infancia y al control y regularización de los flujos migratorios, circunstancia que provoca no pocas contradicciones y que se tome en consideración la condición de extranjero por encima de la de niño o niña, lo que puede contradecir el derecho a que se tenga en cuenta su interés primordial. Para evitar estas disfunciones, la legislación de protección a la infancia debería regular de forma unitaria todos los aspectos relativos a los niños y adolescentes migrantes no acompañados de acuerdo con los estándares internacionales. Esta mejora de la regulación debería complementarse con la reforma de los protocolos para diseñar un circuito de primera acogida y atención garantista. Estas reformas deberían incluir la mejora de las garantías médicas, jurídicas y procedimentales en el procedimiento de determinación de la edad que garantice el acompañamiento y la asistencia letrada.

En el ámbito de la protección a la infancia, el incremento del número de menores extranjeros no acompañados está desbordando la capacidad de los

sistemas de protección. La creación de plazas de forma urgente ha afectado a la calidad de la atención, dándose situaciones de sobreocupación o de centros con condiciones inadecuadas, o el recurso a otros dispositivos, que sólo pueden ser utilizados de forma provisional. Por ello, es necesario planificar a medio plazo las llegadas y para garantizar una acogida inicial y acompañamiento adecuado deben crearse servicios de protección de emergencia. Las situaciones de colapso en ciudades fronterizas como Ceuta y Melilla, o en algunas CCAA como Andalucía y Cataluña han dado lugar al uso de dispositivos inadecuados, centros extraordinariamente masificados, pabellones deportivos o comisarías de policía.

Las CCAA deben avanzar en la planificación, previsión y provisión a medio plazo y en el diseño de políticas adecuadas para dar la protección adecuada a los menores de edad como grupo especialmente vulnerable. Ello requerirá que los sistemas de protección se dimensionen adecuadamente a través de la mejora de la inversión en políticas de infancia, que está por debajo de la media europea. Pero también debe explorarse una mayor corresponsabilidad entre CCAA y coordinación e impulso por parte de la administración estatal para garantizar la primera acogida y el recurso de protección más adecuado, optimizando los recursos de protección de existentes en todos los territorios, siempre teniendo en cuenta el interés primordial del menor.

Igualmente, más allá de la atención residencial, debe atenderse a los procesos de emancipación, con la garantía de los derechos de escolarización, formación e inserción laboral, así como un seguimiento socioeducativo y emocional.

Finalmente, la opción del retorno requería programas específicos para poder estudiar en origen la adecuación de la repatriación para el reagrupamiento familiar en interés de los niños migrantes no acompañados.

No abordar adecuadamente estas situaciones, más allá de las importantes carencias que supone para la garantía de los derechos de los niños y niñas migrantes, también pueden conllevar una estigmatización del colectivo que los haga destinatarios de actitudes de intolerancia y racismo. Tales actitudes suponen una gravísima doble victimización de un colectivo ya de por sí muy vulnerable por su triple condición de menores de edad, migrantes y sin referentes familiares.