



*dret al Dret*



UNIVERSITAT DE BARCELONA



**EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS  
MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (2010-2014)  
Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
ESPAÑOL Y CATALÁN.**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

*Vinculado al Proyecto dret al Dret*

Dirigido por Ángeles de Palma del Teso

Anna Rocamora Fernández

**ÍNDICE**

<b>ABREVIATURAS</b> .....	p. 1
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	p. 2
<b>1. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS</b>	
1.1. Contextualización y objetivos de la Unión Europea.....	p. 3-6
1.2. Definición común en la Unión Europea.....	p. 7, 8
<b>2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA. EN ESPECIAL, LA OBSERVACIÓN GENERAL N°6 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO</b> .....	p. 9-11
2.1.No discriminación.....	p. 11, 12
2.2.Interés superior del menor.....	p. 13-15
2.3.Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.....	p. 15, 16
2.4.Derecho de participación del menor.....	p. 16, 17
<b>3. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS (2010-2014)</b>	
3.1.Estrategia comunitaria.....	p. 18, 19
3.2.Elementos unificadores o principales vías de acción.....	p. 20-22
1) Prevención: Colaboración con los países de origen.....	p. 23-26
2) Protección: Recepción y garantías procesales en la Unión Europea. Identificación del menor. Búsqueda o rastreo de la familia. La determinación de la edad y presunción de minoría de edad.....	p. 26-34
3) Búsqueda de soluciones duraderas: El retorno o repatriación y la reunificación familiar <i>versus</i> la integración o acogida.....	p. 35, 36
A. El retorno o la reintegración en el país de origen.....	p. 36-42
B. La concesión de un estatuto de protección internacional o de otro estatuto jurídico que permita la integración en los Estados miembros de acogida.....	p. 42-47
C. El reasentamiento en la Unión Europea.....	p. 47, 48
3.3.El informe intermedio de la aplicación del Plan de Acción sobre los menores no acompañados.....	p. 49-51
3.4.Evaluación del impacto del Plan de Acción sobre los menores no acompañados en España.....	p. 52, 53
<b>CONCLUSIONES</b> .....	p. 54-56
<b>BIBLIOGRAFIA Y OTRAS FUENTES</b> .....	p. 57, 58



## ABREVIATURAS

MENA	Menor Extranjero No Acompañado
ACNUR	Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas
Art./Arts.	Artículo/Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC/CCC	Código Civil/Código Civil Catalán
CCAA/CA	Comunidades Autónomas/Comunidad Autónoma
CDN	Convención sobre los derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
CE	Constitución española de 1978.
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
DGAIA	Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència
EM	Estados Miembros de la Unión Europea
FRONTEX	Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea
Ley 30/92	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOPJM	LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
MF	Ministerio Fiscal
REx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.
SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007
UE	Unión Europea

# INTRODUCCIÓN

*“A child is first, foremost and only, a child (...)*

*This is a very important European challenge. The Action Plan is the first step in finding a common European Union approach on how to deal with this issue. The basic principle is that these are children, and that they should be treated as children. It is paramount that all EU Member States do what they can to protect them.”<sup>1</sup>*

El presente trabajo se redacta con carácter de Trabajo de Fin de Grado y aborda la situación de los menores extranjeros no acompañados como nuevos actores en el marco europeo de las migraciones. El objeto de estudio se centra concretamente en un instrumento no vinculante de la Comisión Europea: el Plan de Acción de la Unión Europea sobre los Menores No Acompañados (2010-2014), cuya finalidad es constituir un régimen común para todos los Estados miembros, a los efectos de establecer los criterios unificadores de actuación. En especial, se hará hincapié en cómo se manifiestan las bases de actuación establecidas en el Plan de Acción en el ordenamiento jurídico estatal y autonómico, así que se hará un repaso a la regulación a la que están sujetos.

El primer capítulo expone una breve contextualización del fenómeno así como los objetivos de la Unión Europea en este ámbito, seguido del concepto común de menor extranjero no acompañado establecido en el acervo comunitario. En segundo lugar, se analizará la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y, en particular, la Observación General nº6 del Comité de los Derechos del Niño, en tanto que marco normativo de referencia en la Unión Europea. En este punto se expondrán los principios y derechos que derivan de la Convención de los Derechos del Niño, que representan los fundamentos del Plan de Acción y de las medidas a emprender en materia de menores no acompañados. El capítulo tercero representa el eje central del trabajo y estudia el contenido del Plan de Acción y sus principales líneas de actuación. Se hará referencia al asilo, la protección internacional y a la trata de seres humanos y explotación sexual. Las diferentes vías de actuación del Plan de Acción se contrarrestarán con las previsiones de la normativa española y catalana. De este modo, se analizará la forma en que se manifiestan los objetivos de este instrumento comunitario a nivel nacional, con el fin de determinar en qué medida se aplica y de apreciar o poder diferir, en fin, de qué grado de protección disponen los menores extranjeros no acompañados en España, dando un repaso a la normativa autonómica, estatal, europea e internacional en la materia.

El *Proyecto dret al Dret* ha facilitado a nivel práctico la elaboración del trabajo. La metodología ha consistido en una previa recopilación normativa y posterior confección de una compilación en materia de menores no acompañados. Los motivos que fundamentan este trabajo subyacen básicamente en la heterogeneidad de la materia, además del interés personal en el estudio del derecho internacional de los derechos humanos, la protección jurídica del menor y la inmigración en el marco internacional.

---

<sup>1</sup> Cecilia Malström, Comisaria de Asuntos de Interior en la Unión Europea.

# 1. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

## 1.1. Contextualización y objetivos de la Unión Europea

Para poder abordar la situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados (o MENA<sup>2</sup>) en el seno de la Unión Europea y en el ordenamiento jurídico español, es preciso remontarse, en primer lugar, a los antecedentes del fenómeno migratorio. En el presente apartado se describirá brevemente cómo ha evolucionado la migración infantil a nivel europeo y nacional. Todos los Estados miembros de la UE se ven afectados, en menor o mayor medida, por los inevitables flujos migratorios. Los Estados han intentado lidiar con la situación de los menores no acompañados que forman parte de estos flujos, si bien de manera no uniforme. En la actualidad, existe una diversidad de sistemas de protección de menores extranjeros no acompañados en los veintisiete Estados Miembros.

En el caso español, la falta de unificación de criterios de actuación tiene especial relevancia si se tiene en cuenta el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas y la existencia de una pluralidad de sistemas de protección de la infancia autonómicos frente a la regulación estatal de la extranjería. Ante la diversidad de sistemas de protección y la falta de adecuación de las legislaciones nacionales en los Estados miembros, existe la voluntad de la UE de proporcionar de un tratamiento común a este colectivo. El objetivo de la Unión Europea es establecer un régimen jurídico y práctico en los Estados miembros y orientar los planteamientos de intervención de las administraciones públicas para dotar de mayor protección a estos menores. El objetivo de llegar a un sistema común en materia de menores no acompañados justifica el objeto de estudio del presente trabajo: el Plan de acción de la Unión Europea sobre los menores extranjeros no acompañados (2010-2014), instrumento de la Comisión Europea que por primera vez intenta establecer las bases de actuación en la materia teniendo como pilar esencial el principio del interés superior del menor.

En el contexto de globalización actual son diversos los actores que conforman la realidad migratoria y que se ven directamente implicados en el fenómeno de los MENA. La UE pretende gestionar los flujos migratorios mediante la cooperación entre los Estados miembros y con los terceros países de mayor emigración y tránsito de inmigrantes, con las organizaciones internacionales y demás organizaciones de la sociedad civil. Todos los actores implicados deben considerarse relevantes. Los Estados, junto con el apoyo de Organizaciones Internacionales tratan la gestión eficaz de estos flujos migratorios. Los Estados tienen la potestad de gestionar y controlar<sup>3</sup> los flujos migratorios dentro de su propio territorio estableciendo por medio de leyes las condiciones de entrada, residencia y salida de

---

<sup>2</sup> También denominados MEINA (menores extranjeros inmigrantes no acompañados), MINA (menores inmigrantes no acompañados), NNA (niños no acompañados) o MNA (menores no acompañados).

<sup>3</sup> Según MOYA MAPALEIRA, D., es más apropiado utilizar el término “canalizar” ya que los Estados, como actores en inmigración, no tienen capacidad para controlar completamente este fenómeno. *Vid.* “¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión migratoria”, MOYA MALAPEIRA, D., *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, 2010.

extranjeros de manera unilateral. De los sujetos inmigrantes<sup>4</sup> que abandonan su país de origen, aquellos más vulnerables son los que emprenden el proyecto migratorio de forma prematura, siendo todavía menores de edad y sin un adulto que se haga cargo de ellos, por su cuenta y riesgo.

En Europa, hoy en día, la llegada de estos niños es un hecho generalizado<sup>5</sup>. En general, es en los años noventa cuando se pone de relieve una creciente migración infantil, aunque ya existían programas de acogida de menores tras la Segunda Guerra Mundial, cuando multitud de niños refugiados huían del centro de Europa solicitando asilo en países como el Reino Unido<sup>6</sup>. No obstante, el fenómeno migratorio de los menores extranjeros no acompañados tal y como hoy se manifiesta es relativamente reciente. En España<sup>7</sup>, es a mediados de la década de los noventa cuando se empieza a detectar la presencia de este colectivo y tras el año 2000 destaca el auge de la inmigración irregular de menores de edad sin referentes familiares. En Cataluña<sup>8</sup>, en particular, la situación evoluciona de forma distinta a otras CCAA; ya que en un primer momento resulta ser un lugar de tránsito hacia el norte de Europa para más tarde convertirse en un atractivo lugar de asentamiento. A partir del año 2006 en España se produce una estabilización del fenómeno que tiende a descender hasta la fecha.

Las razones que motivan la llegada a Europa de MENA son diversas, aunque en un periodo de crisis como el actual, la inmigración suele vincularse al mercado de trabajo. No es de menester en el presente trabajo el análisis de los motivos que empujan a un sujeto a emigrar. Sin embargo, se puede clasificar, a grandes rasgos, aquellos que llegan a la UE por causas económicas, en general huyendo de la pobreza y de la situación de precariedad de sus países de origen, buscando trabajo o acceso a la educación o sanidad; y por causas humanitarias, cuando se desplazan por razón de catástrofes naturales, huyendo de guerras y conflictos armados<sup>9</sup>, escapando de la discriminación o persecución. Algunos menores son enviados por sus familias, otros intentan reunirse con familiares que ya han realizado el éxodo a la UE. Su proyecto migratorio suele justificarse en la búsqueda de mejores oportunidades, de una vida mejor. Aquellos menos afortunados caen en manos de mafias o redes de tráfico y llegan siendo víctimas de trata o explotación sexual, colectivo todavía más vulnerable. En todo caso, cualquiera que sea la causa que haya originado su proyecto migratorio, el MENA se

---

<sup>4</sup> La UE entiende por inmigrante al sujeto extracomunitario.

<sup>5</sup> La llegada de menores no constituye un fenómeno temporal, sino un proceso a largo plazo en la inmigración a la UE. Aunque la UE advierte que los siguientes datos sólo abarcan los casos que proceden sólo de solicitudes de asilo de las Administraciones Públicas; ya denotan la relevancia del fenómeno: en 2011, había 12.225 solicitudes de asilo por parte de menores no acompañados en los 27 EM. 10175 eran niños mientras que 2025 eran niñas. España concedió los primeros permisos de asilo en el año 2010. Fuente: Eurostat. Más datos en: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/>

<sup>6</sup> Vid. LEVERTON & LOWESOHN, *I Came Alone: The stories of the Kindertransports*. Suffolk, UK, 2002.

<sup>7</sup> Por su situación geográfica, España es junto con Italia la puerta principal de la frontera sur de la UE y por lo tanto uno de los principales lugares de destino o tránsito de flujos migratorios.

<sup>8</sup> PÉREZ GIBERNET, R.M, *Los MENA en los sistemas de protección a la infancia de las CCAA*. Tirant monografías 816. 2012, p. 111-112. “Menores extranjeros sin referentes familiares en Cataluña”: Predomina la procedencia de MENA de la zona del Magreb, en concreto de Marruecos. Sin embargo, las últimas tendencias de procedencia son del territorio de África subsahariana y países del Este, principalmente Rumania. El Defensor del Pueblo (2005) señala dos procedencias fundamentales: marroquíes (83,8%) y rumanos (4,3%).

<sup>9</sup> Los conflictos en Afganistán e Irak y la inestabilidad social, política y económica de la Primavera Árabe, son ejemplos de sucesos que han propiciado de forma inevitable estos flujos migratorios.

encuentra en una situación de especial vulnerabilidad por su propio estatus<sup>10</sup>. Tal y como afirma el profesor VILLAGRASA ALCAIDE, C<sup>11</sup>, el desarraigo es un fenómeno de nuestro tiempo.

La doble condición de los MENA como sujetos inmigrantes y como menores de edad supone muchas veces un trato discriminatorio hacia éstos en el caso que prime *a limine* su situación administrativa irregular -que puede llevar a los Estados a retornarlos a su país de origen- frente a su minoría de edad y consecuente protección institucional en el país de destino. Esta doble condición hace que estos menores se encuentren en una horquilla legal entre la normativa de extranjería y la de protección jurídica de la infancia, por lo que las legislaciones nacionales deben armonizar sus políticas y legislaciones ante la divergencia de trato en los diferentes EM. En el sistema jurídico español<sup>12</sup>, la condición de menor prima legalmente sobre la condición de extranjero. Sin embargo, en la realidad los términos se invierten en muchos casos<sup>13</sup>. Según pone de relieve DE PALMA, Á., su condición de inmigrantes pesa demasiado y lo que debe primar es la condición de menor.

La política europea sobre inmigración se caracteriza básicamente por tener dos ejes centrales. De un lado, la lucha contra la inmigración irregular<sup>14</sup> y el control fronterizo a fin de gestionar o canalizar los flujos migratorios. Del otro lado, la protección de los derechos humanos del inmigrante como sujeto de derechos. La problemática que plantean los MENA que llegan a territorio de la UE provoca situaciones que deben tener una respuesta con criterios de actuación conjunta por parte de los EM con el fin de que estos menores tengan el pleno acceso y disfrute de sus derechos. La llegada de estos menores no se realiza de manera uniforme en el territorio de la UE sino que destaca su nomadismo, tienden a desplazarse de un país a otro, siendo el tratamiento que reciben distinto en función del Estado Miembro en que se hallen<sup>15</sup>. La UE se enfrenta con el reto de responder ante este fenómeno de manera conjunta, enfatizando en el ámbito de la cooperación internacional de los Estados y la puesta en escena de un nuevo cuadro legislativo al respecto fundamentado en la política comunitaria común

---

<sup>10</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho internacional*, Tirant monografías 791, 2012, p. 75

<sup>11</sup> CABEDO MALLOL, V.; CLOQUELL LOZANO, A. (Coord.) *Los MENA en los sistemas de protección a la infancia de las CCAA*. Tirant monografías 816, 2012, p.167

<sup>12</sup> Vid. D. BOZA MARTINEZ; FJ. DONAIRE VILLA, D. MOYA MALAPEIRA; *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Tirant lo Blanch: El régimen jurídico de los MENA en España se caracteriza por la interacción de una doble regulación normativa: se les aplica toda la legislación estatal sobre la protección jurídica del menor, que abarca la normativa internacional de protección de los menores (en virtud del art.39.4 CE), la legislación estatal sobre protección de la infancia (básicamente la LOPJM) y la legislación propia de las CCAA (con multiplicidad de sistemas de protección). Teniendo en cuenta su situación de extranjeros, toda la legislación de protección jurídica del menor debe relacionarse con lo establecido en las normas de Derecho de extranjería.

<sup>13</sup> DE PALMA DEL TESO, Á.; “La condición legal de “menor no acompañado” en nuestro Derecho de extranjería; definición común en la Unión Europea. La Kafala del Derecho islámico”, *RJPV*, p.102

<sup>14</sup> El art. 79 TFUE establece el propósito de desarrollar una política común de inmigración en la UE para gestionar los flujos migratorios, dar un trato equitativo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en la UE así como prevenir y luchar contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.

<sup>15</sup> Según el Proyecto CON RED (2004) y el Informe del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, SENOVILLA (2007); Desde una perspectiva comparada, Alemania, Reino Unido, Portugal o Dinamarca tienen modelos que se fundamentan en la consideración del fenómeno desde el prisma exclusivo del asilo; España e Italia son modelos que apuestan por los sistemas de protección. Francia y Bélgica constituyen sistemas mixtos que combinan ambas consideraciones: si el menor es detectado en la frontera ha de solicitar asilo, pero si es detectado en el territorio pasa a ser atendido como menor desamparado.



en la materia. La UE trata de crear un sistema consolidado de protección para los MENA que llegan a la UE y se encuentran en situaciones carentes de protección.

Los estándares de actuación de la UE relativos a los MENA serán adoptados en virtud de dos instrumentos que establecen el reconocimiento pleno de los derechos de los menores. La UE propone abordar esta cuestión en base al respeto de los derechos del niño establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>16</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Ciertas situaciones en las que se puede encontrar el MENA disponen de una regulación específica y es que este colectivo puede vincularse a las personas solicitantes de asilo o protección internacional por lo que es importante tener en cuenta el propósito de desarrollo de un tratamiento común en materia de asilo<sup>17</sup> e inmigración<sup>18</sup> por parte de la UE. También existen aquellos de los que no hay datos concretos, que son “invisibles”, aquellos colectivos todavía más vulnerables. En este sentido, hay que relacionar la normativa sobre trata de seres humanos<sup>19</sup> y explotación sexual<sup>20</sup>, en tanto que instrumentos legislativos que abordan, directa o indirectamente, la situación específica de los MENA y regulan la protección de sus derechos, si bien de manera no uniforme. En los últimos años se está intentando reforzar a los Estados con mecanismos legislativos en materia de asilo y protección internacional<sup>21</sup>, inmigración irregular y trata de seres humanos, con previsiones específicas que protejan los derechos de los menores no acompañados. Señala PÉREZ GONZALEZ, C. que la emigración irregular de menores constituye una frontera gris entre la trata de personas y el tráfico de inmigrantes<sup>22</sup>. La UE es consciente de esta situación y por ello intenta hacer frente a esta problemática desde tres vertientes distintas: el asilo, la trata y la inmigración irregular.

---

<sup>16</sup> Cuyo art. 24 se refiere en concreto a los Derechos del menor.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:es:pdf>

<sup>17</sup> Art. 78 TFUE: “La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados internacionales.”

<sup>18</sup> El acervo Schengen garantiza la libre circulación de personas dentro del espacio Schengen. Sin embargo, también ha comportado el fortalecimiento de las fronteras exteriores de la UE.

Disponible en: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):es:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):es:HTML)

<sup>19</sup> DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas.

<sup>20</sup> DIRECTIVA 2011/92/UE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil

<sup>21</sup> DIRECTIVA 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

<sup>22</sup> PÉREZ GONZALEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*, Tirant monografías, 2009, p.79.

## 1.2. Definición común en la Unión Europea

En primer lugar, es necesario definir el término de menor extranjero no acompañado. Se atenderá a las directrices y criterios establecidos en sede comunitaria, ya que el tratamiento particular de estos menores en el Derecho de extranjería de los EM viene determinado por la legislación comunitaria<sup>23</sup>. En el ordenamiento jurídico español, el art. 189 REx define la condición legal de MENA como el *“extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”*.

En el Derecho comunitario la definición de MENA se establece en la Resolución 97/C 221/03 del Consejo de Europa del 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados nacionales de terceros países<sup>24</sup>, que dispone la siguiente: *“Menores de 18 años, nacionales de países terceros, que llegan a territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres (del Derecho consuetudinario del Estado del que sea nacional el menor), en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable (por lo tanto, sin representación jurídica), así como aquellos menores que se queden solos tras su entrada en los Estados miembros”*. Más tarde, el concepto de MENA pasó a reconocerse en diversas Directivas Comunitarias en materia de extranjería: la Directiva 2001/55/CE<sup>25</sup>, 2003/9/CE<sup>26</sup>, 2003/86/CE<sup>27</sup>, 2004/81/CE<sup>28</sup>, 2004/83/CE<sup>29</sup> y 2005/85/CE<sup>30</sup> incorporando mención a los apátridas y estableciendo la

<sup>23</sup> DE PALMA DEL TESO, Á.; “La condición legal de “menor no acompañado” en nuestro Derecho de extranjería; definición común en la Unión Europea. La Kafala del Derecho islámico”, *RJPV*.

<sup>24</sup> DOC núm. 221 de 19 julio 1997. En esta disposición se reconoce que los estados miembros podrán denegar la entrada al país de los menores que no dispongan de la autorización requerida al respecto y recomiendan así mismo impedir tanto ésta como su permanencia ilegal.

<sup>25</sup> DIRECTIVA 2001/55/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Art. 2. f) *“Menores no acompañados: los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros.”*

<sup>26</sup> DIRECTIVA 2003/9/CE DEL CONSEJO de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. Art. 2. h) *“menor no acompañado: el menor de 18 años que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable de él; este concepto incluye a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembro”*

<sup>27</sup> DIRECTIVA 2003/86/CE DEL CONSEJO de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. Art. 2. F) f)

<sup>28</sup> DIRECTIVA 2004/81/CE DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Art. 2.f)

<sup>29</sup> DIRECTIVA 2004/83/CE DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Art. 2.i)

<sup>30</sup> DIRECTIVA 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos

edad de los 18 años como referencia para la mayoría de edad. Actualmente, la Directiva 2011/95/UE<sup>31</sup> refunde el término en el art. 2.1): “*El menor de 18 años no nacional de la UE o apátrida que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; incluyendo al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros*”.

Junto con el acervo comunitario, hay Organizaciones Internacionales que han ofrecido también una definición. El ACNUR junto con la colaboración con la Organización *Save the Children*<sup>32</sup>, elaboraron una “Declaración de buenas prácticas”<sup>33</sup> dentro del programa Europeo de Niños Separados de la Organización *Save the Children* en la que se introdujo también una definición un poco más sencilla<sup>34</sup>. También se recoge el término en la publicación “Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados”<sup>35</sup> desarrollada por el Grupo de Trabajo Inter-Agencial sobre niños y niñas no acompañados y separados, integrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Comité de Rescate Internacional y el ACNUR.

En síntesis, la condición de menor no acompañado la tendrá un menor de edad cuando al llegar al territorio de la UE o incluso en puesto fronterizo, no se encuentre con la compañía de quienes ostentan su representación jurídica y con independencia de que se encuentre documentado o indocumentado. Ante esta situación de vulnerabilidad, los EM deberán encargarse de adoptar con la mayor brevedad posible las medidas necesarias para asegurar, en primer término, la plena representación y protección del menor.

---

que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

<sup>31</sup> DIRECTIVA 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

<sup>32</sup> Más información disponible en: <http://www.savethechildren.es>

<sup>33</sup> La *Declaración de buenas prácticas* pretende recoger las políticas y prácticas necesarias para la protección de los derechos de los menores no acompañados en Europa y se refiere principalmente a la Convención sobre los Derechos del Niño y a otros documentos, en concreto, la Observación general nº6 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen y las Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo publicadas por el ACNUR. El objetivo del programa consiste en la defensa y aplicación de los derechos y del interés superior de menores no acompañados que hayan llegado a Europa o procedentes de Europa, a través de la definición de políticas comunes y del cumplimiento de buenas prácticas a nivel nacional y europeo. El programa está desarrollando mecanismos de cooperación con otras organizaciones.

Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3559.pdf?view=1>

<sup>34</sup> “*Menores de dieciocho años que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o de su cuidador habitual.*”

<sup>35</sup> “*Niños o niñas no acompañados son aquellos que han quedado separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto que, por ley o por costumbre, es responsable de hacerlo.*”

## 2. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA. EN ESPECIAL, LA OBSERVACION GENERAL N°6.

Dentro del Derecho Internacional, la inmigración infantil está especialmente protegida y es tratada de manera específica e independiente de la inmigración de los adultos. El Derecho Internacional juega un papel determinante en la configuración del régimen jurídico de los movimientos migratorios, y de colectivo en concreto ya que impone a los Estados una serie de obligaciones en relación con la garantía de sus derechos. El tratado internacional de referencia en materia de protección de la infancia es la Convención sobre los derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (en adelante, CDN)<sup>36</sup>, encargada de velar y promover los derechos fundamentales de los menores de edad. La CDN reconoce a los niños como sujetos de derechos, configurando un estatuto jurídico para los mismos. La CDN es de aplicación en la UE para a todos los menores de edad; con lo cual, también abarca el colectivo de los MENA<sup>37</sup>. Tanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como la CDN sientan los derechos fundamentales de estos menores y representarán los principios esenciales a la hora de legislar o emprender cualquier acción en materia de MENA, teniendo como principio rector el interés superior del menor.

Los principios y derechos que reconoce la CDN se han visto plasmados en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, enmendada en 2007<sup>38</sup>. La Carta establece los derechos del niño destacando el derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar (art. 6 CDN, derecho a la vida), el derecho a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en relación con los asuntos que le afecten y en función de su edad y madurez (art. 24.1 en relación con el art. 12 CDN). La Carta establece que el interés superior del menor debe ser el principio que guíe todos los actos relativos a los menores llevados a cabo tanto por autoridades públicas como por instituciones privadas (art. 24.2 en relación con el art. 3 CDN). La Carta también establece el reconocimiento de la unidad familiar, es decir, el derecho del menor a

---

<sup>36</sup> Disponible en el BOE el [Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño](#). Sólo dos países aún no han ratificado la CDN: Estados Unidos y Somalia. Cabe recordar que se han añadido dos protocolos facultativos: [Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000](#) y el [Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000](#)

<sup>37</sup> Otros instrumentos internacionales regulan determinados aspectos concretos aplicables a alguna de las situaciones en las que se puede encontrar el MENA. *Vid.* Apéndice legislativo: Convenios internacionales

<sup>38</sup> Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la Carta adquiere la misma fuerza vinculante que el resto de los Tratados. Los derechos que se corresponden con los recogidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), son interpretados de acuerdo con el mismo Convenio.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303ES.01000101.htm>

mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con sus progenitores, salvo que el interés superior del menor aconseje lo contrario (art. 24.3 en relación con el art. 9 CDN).

Los derechos que reconoce la CDN, como se ha visto, son inherentes a la dignidad humana y se desarrollan, en mayor medida, en otras normas nacionales, europeas o internacionales. Tras la ratificación y entrada en vigor de la CDN en 1990, España queda obligada a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con lo establecido en ella. En virtud del art. 39.4 CE, “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”<sup>39</sup>. La CE no contiene referencias específicas a la situación de los MENA, pero establece el principio general de reconocimiento de sus derechos en tanto que sujetos extranjeros, según lo establecido en el Derecho internacional.<sup>40</sup>

Los derechos de la CDN son indivisibles y están íntimamente relacionados con las obligaciones y responsabilidades de los Estados, tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales. El texto de la CDN se divide básicamente en tres partes: en la primera se reconocen los derechos de los menores; en la segunda se trata el Comité de los Derechos del Niño y, en la tercera, se establecen las disposiciones sobre la aplicación de la Convención.

Todos los EM han ratificado la CDN y debemos tener presente que es un instrumento internacional de carácter jurídicamente vinculante. Sin embargo, actualmente, se discute si la aplicación práctica de sus disposiciones resulta limitada en algunos EM<sup>41</sup>. Las restricciones en la aplicación de la CDN en los distintos países se deben, según SENOVILLA, D., a la falta de contundencia -ya que no se prevé ningún sistema sancionador ante su incumplimiento<sup>42</sup>- y a la falta de concreción jurídica de algunas de sus disposiciones. Con el fin de reforzar la aplicación de la CDN, el Comité de los Derechos del Niño elaboró en 2005 una Observación General relativa específicamente al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen<sup>43</sup>. No obstante, la aplicación directa o a través de la legislación interna de la CDN, es en realidad muy limitada debido al carácter no

---

<sup>39</sup> Esta remisión constitucional a los tratados internacionales en materia de protección de la infancia marca la tendencia a considerar a los menores de edad sujetos especialmente vulnerables y, por tanto, con necesidades especiales que deben plasmarse en el ordenamiento interno.

<sup>40</sup> Los derechos de los extranjeros estarán regulados por Ley o por los Tratados Internacionales, en virtud de los arts. 13 y 10.2 CE. Por lo tanto, haciendo una interpretación sencilla de la CE, en virtud del art. 10.2 CE y del ya mencionado art. 39.4 CE, la CDN se integra en el ordenamiento interno como norma directamente vinculante en el ámbito de los derechos fundamentales de los menores. Por lo que España, como Estado parte, debe garantizar la no vulneración de los derechos establecidos en la CDN.

<sup>41</sup> Algunos países como Alemania o Reino Unido han instaurado declaraciones o reservas de aplicación de los derechos reconocidos por la CDN en virtud de aplicar su legislación de extranjería; otros como Francia o Bélgica proceden a la detención sistemática de MENA que pretenden penetrar de forma irregular en su territorio o cuando expresan su voluntad de solicitar asilo; y países como Italia o España llevan a cabo una interpretación jerarquizada de los derechos y principios de la CDN, especialmente a la hora de identificar la repatriación forzosa de los menores no acompañados como la solución que mejor responde a su interés superior. *Vid. SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.; “Situación y tratamiento de los MENA en Europa. Un estudio comparado de 6 países: Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Reino Unido”, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, 2007.*

<sup>42</sup> No existe respuesta sancionatoria, ni siquiera de denuncia, por parte de la UE.

<sup>43</sup> CRC/GC/2005/ 6, de 1 de septiembre de 2005.

vinculante de la Observación General nº 6 del Comité de los Derechos del Niño<sup>44</sup>. El efecto jurídico en las legislaciones nacionales de las disposiciones y principios que recoge la CDN depende única y exclusivamente de los Estados que la han ratificado y es preciso recordar, llegados a este punto, que en caso de conflicto entre la legislación nacional y la Convención, debe prevalecer esta última<sup>45</sup>. La Observación General nº6 interpreta la CDN y proporciona orientación a los estados en materia de protección, atención y trato que deben recibir los MENA. En la Observación General nº6 se concretan las medidas para hacer efectivos los derechos y obligaciones que derivan de la CDN. Según la Observación General nº 6, las obligaciones de los estados tienen carácter positivo y negativo. Los Estados deben a tomar medidas que garanticen el pleno disfrute de los derechos del menor sin que quepa discriminación<sup>46</sup> y además están obligados a abstenerse de tomar medidas que infrinjan los derechos fundamentales del menor.

La CDN hace especial referencia a cuatro principios fundamentales<sup>47</sup>, que se desarrollan en la Observación General nº6 y que entrañan un conjunto de derechos y garantías que se vinculan directamente a los menores extranjeros no acompañados. Estos son: el principio de no discriminación (art. 2 CDN), el interés superior del menor (art. 3), el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6 CDN) y el derecho a participación (art. 12 CDN), es decir, el derecho del menor a manifestar libremente sus opiniones y a ser debidamente escuchado sobre éstas. A grandes rasgos, podemos establecer el contenido de dichos principios rectores en relación con los menores extranjeros no acompañados y que se manifiestan en el ordenamiento jurídico español y catalán debido a la ratificación de normativa internacional y de la CDN por el Estado español.

## **2.1. No discriminación (art. 2 CDN).**

La no discriminación es uno de los valores fundamentales en la UE, según el art. 2 TFUE. Se trata de una manifestación del principio de igualdad que implica que todos los menores deben tener las mismas oportunidades sin que pueda establecerse ningún tipo de discriminación por razón de su nacionalidad, sexo, raza o cualquier otro criterio. Este principio se traduce en que no cabrá discriminación alguna en lo que concierne al reconocimiento y aplicación de los derechos de la CDN para todos los niños, nacionales o no, en los territorios de los Estados que la han ratificado. Para los

---

<sup>44</sup> DÍEZ MORRÁS, F.J.; “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *REDUR 10*, 2012, p. 95-104

<sup>45</sup> En virtud del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Art 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)”

<sup>46</sup> Según lo establecido en la Observación General nº6, se incluyen entre estas medidas, las obligaciones de protección y asistencia, la obligación de promulgar legislación, de crear estructuras administrativas, articular actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general. El aspecto positivo de estos deberes de protección incluye que los Estados deben tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en frontera, a procurar la localización y, si es posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia.

<sup>47</sup> Resumen de los derechos enunciados en la CDN: [http://www.unicef.org/crc/files/Rights\\_overview.pdf](http://www.unicef.org/crc/files/Rights_overview.pdf) y de los principales principios que derivan de la misma: [http://www.unicef.org/spanish/crc/images/Guiding\\_Principles.pdf](http://www.unicef.org/spanish/crc/images/Guiding_Principles.pdf)

MENA, implica la prohibición de toda discriminación basada en su situación de no acompañado o condición de refugiado, solicitante de asilo o inmigrante en situación irregular. Por lo tanto, estos deben recibir el mismo trato que los menores nacionales en los Estados de acogida y que su condición como menores prime ante la consideración como inmigrantes.

La Observación General nº6 establece que la no discriminación, en todas sus manifestaciones, se debe aplicar a todos los aspectos del trato a MENA. El Comité hace referencia a la diversidad de necesidades de protección de estos menores, vinculadas a la edad o género. En otro orden de cosas, también aclara que las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo serán admisibles si se ajustan a la ley y se aplican de forma individualizada y proporcionada, sin que quepa su aplicación a un grupo o sobre una base colectiva<sup>48</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, el principio de no discriminación se manifiesta en art. 3 de la LOPJM<sup>49</sup>. El precepto establece que los menores gozarán de los derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, la CE y los Tratados Internacionales (en especial, la CDN) sin discriminación alguna *por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social*. En Cataluña, la LDOIA<sup>50</sup> reconoce el principio de no discriminación del mismo modo que la LOPJM (art. 4) en relación con los instrumentos jurídicos internacionales. Además, lo concreta entre sus principios rectores estableciendo la obligación de los poderes públicos de garantizar el principio de igualdad entre niños y adolescentes, así como la obligación de *“eliminar cualquier discriminación por razón de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, estado de salud, nacimiento, orientación sexual o cualquier otra condición personal o de sus progenitores o representantes legales”* (art. 9). Asimismo, el art. 9.2 LDOIA prevé que los poderes públicos estén obligados a identificar de manera activa a los menores que requieran la adopción de medidas protectoras especiales para reducir o eliminar factores de discriminación. En consonancia con las líneas de actuación de la Observación General nº6 sobre el trato de MENA, la LDOIA prevé la perspectiva de género y de diversidad funcional como manifestación de la diversidad de necesidades de protección, vinculadas a la edad o género. En este sentido, el art. 10 LDOIA prevé que los poderes públicos tengan en cuenta la perspectiva de género *“en el desarrollo y la evaluación de las medidas que adopten en relación con los niños y los adolescentes, de modo que en todas las actuaciones y todos los programas dirigidos a ellos se tenga en cuenta que son chicos y chicas y que pueden tener necesidades iguales o específicas”*. La LDOIA contiene otras disposiciones generales en relación con el principio de no discriminación cuya manifestación más relevante en el ámbito que nos ocupa es el derecho a la educación (art. 16.3), derecho del que deben gozar todos los menores sin que quepa ningún tipo de discriminación.

---

<sup>48</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafo 18.

<sup>49</sup> Disponible en el BOE la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

<sup>50</sup> Disponible en el BOE la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia

## 2.2. Interés Superior del Menor (art. 3 CDN).

La CDN establece que la consideración principal en todas las decisiones y actuaciones que se adopten en relación con menores de edad deben fundamentarse en el principio del interés superior del menor<sup>51</sup>. La CDN no determina el contenido de este principio y es que se trata de un concepto jurídico indeterminado del que caben diversas interpretaciones, aunque sólo una se ajustará al caso concreto. En la legislación nacional e internacional el interés superior del menor se identifica con la reagrupación familiar en el país de origen<sup>52</sup>. Sin embargo, la reunificación familiar se trata de una solución que no necesariamente debe coincidir con el interés superior del menor dependiendo del contexto. El Comité de los Derechos del Niño entiende que la reagrupación familiar debe ser la solución duradera prioritaria, si bien la propia CDN la exceptúa en caso que resulte contraria al interés superior del menor, cuando haya un riesgo razonable de vulneración de los derechos del menor en su país de origen. La Observación General nº6 destaca el respeto al principio de no devolución (más conocido en francés como *non refoulement*) de los instrumentos internacionales de los derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados<sup>53</sup>. Este principio impide que los sujetos inmigrantes sean retornados a su país de origen si como consecuencia de la devolución su vida (art. 6 CDN) o su seguridad (art. 37 CDN<sup>54</sup>) se pusieran en peligro. De este modo, si hubieran motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño para el menor en caso de repatriación los Estados no deberán trasladarlo.

De acuerdo con SENOVILLA, D., el principio del interés superior del menor erigido en la CDN sería una garantía de la vigencia de los demás principios recogidos en ella, supeditándose “*a que en sus acciones (los Estados) garanticen positivamente el resto de derechos de la Convención*”<sup>55</sup>.

En consonancia con el punto de vista de ROZZI, E.<sup>56</sup>, el interés superior del menor debe vincularse a una solución duradera, ya sea la reagrupación familiar o bien la puesta a disposición de los servicios de protección en el país origen, o bien su protección, acogida e integración en el país de acogida. Éste “interés superior” debe determinarse en base a un examen o evaluación individual de cada caso para poder ver qué solución es más idónea para el futuro del menor.

---

<sup>51</sup> “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

<sup>52</sup> PÉREZ, M.C., “Interés superior del menor y retorno de los menores no acompañados a su país de origen”, II Jornadas sobre políticas migratorias, justicia y ciudadanía, CSIC, 2008

<sup>53</sup> En concreto, los arts. 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y 3 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>54</sup> Establece el derecho a no ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes y a no ser privado de la libertad ilegal o arbitrariamente.

<sup>55</sup> SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.; “Situación y tratamiento de los MENA en Europa. Un estudio comparado de 6 países: Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Reino Unido”, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, 2007, p. 29

<sup>56</sup> ROZZI, E., “The evaluation of the best interest of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention of the Rights of the Child”, Save the Children Italy Onlus, 2002.



La Observación General nº6 establece en términos generales cómo deben proceder los Estados para determinar el interés superior<sup>57</sup>. Se exige que los Estados documenten la determinación del interés superior y que éste se respete en todos los momentos de su trayecto migratorio. Para evaluar el interés superior del menor se exige, primero, una evaluación completa sobre la identidad del menor (nacionalidad, origen étnico, social y cultural) así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección, que conllevan, lógicamente, a que los Estados autoricen su acceso al territorio con el fin de realizar tal evaluación. En segundo lugar, se requiere la designación de un tutor lo antes posible, como garantía procesal básica, que represente al niño en todos los procedimientos administrativos y judiciales en que podría participar. En caso que el menor sea solicitante de asilo, además de un tutor se le nombrará un representante legal<sup>58</sup>. Estas previsiones de la Observación General nº6 hacen referencia sólo a etapas tempranas en relación con el proceso migratorio del MENA y se manifiestan como soluciones a corto plazo. Será el Plan de Acción el que marque las vías de acción que deben derivarse en los ordenamientos internos de los EM con el fin de hallar soluciones a medio y largo plazo, estableciendo los criterios a seguir para determinar una solución duradera.

En España, el art. 2 de la LOPJM<sup>59</sup> positiviza el principio y establece su supremacía. Seguidamente, el precepto dispone que cuantas medidas se adopten al amparo de la LOPJM deberán tener un carácter educativo. En Cataluña, la LDOIA se basa también los preceptos de la CDN y protege el principio del interés superior del menor en su art. 5 de manera más amplia<sup>60</sup>. El art. 13 LDOIA, referido al fomento y apoyo a la educación, pone de relieve que *“El sistema educativo debe ser un instrumento para compensar las desigualdades sociales”*(art. 13.3) y que *“El derecho a la educación (...) debe prevalecer por encima de las prácticas culturales, la tradición y la religión, y sus manifestaciones; y no puede justificar en ningún caso una discriminación, limitación o exclusión de niños y adolescentes en el pleno ejercicio de este derecho”*, en relación con el derecho al pleno desarrollo personal del menor. Por otro lado, la normativa de extranjería también tiene en cuenta la prevalencia del principio del interés superior del menor y lo vincula a una solución duradera en virtud del art. 35.5 LOEx. Dicho precepto regula el procedimiento de repatriación de MENA y establece la permanencia del menor en España como subsidiaria. Si bien

---

<sup>57</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafos 19 y 20.

<sup>58</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafo 21.

<sup>59</sup> *“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. Resulta interesante remarcar que *“En aplicación de la presente Ley”* supone limitar la trascendencia jurídica del principio a las materias reguladas en la LOPJM y quizá, para dar seguridad jurídica, el legislador debería utilizar *“En todo caso”* y blindar el principio.

<sup>60</sup> Art. 5. El interés superior del niño o el adolescente. 1. *El interés superior del niño o el adolescente debe ser el principio inspirador y fundamentador de las actuaciones públicas.* 2. *Las normas y las políticas públicas deben ser evaluadas desde la perspectiva de los niños y los adolescentes, para garantizar que incluyen los objetivos y las acciones pertinentes encaminados a satisfacer el interés superior de estas personas. Los niños y los adolescentes deben participar activamente en esta evaluación.* 3. *El interés superior del niño o el adolescente debe ser también el principio inspirador de todas las decisiones y actuaciones que le conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los progenitores, por los titulares de la tutela o de la guarda, por las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerle y asistirle o por la autoridad judicial o administrativa.* 4. *Para determinar el interés superior del niño o el adolescente deben atenderse sus necesidades y sus derechos, y debe tenerse en cuenta su opinión, sus anhelos y aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar y social.*

es preciso identificar una solución duradera que responda al interés superior del menor, se considera que el punto de partida es la reagrupación familiar en origen: su repatriación<sup>61</sup>. Según el art. 35.5 LOEx, “...De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.” En el REx el principio del interés superior del menor se manifiesta en relación a diversos aspectos, por ejemplo: a los efectos de conceder la residencia temporal por circunstancias excepcionales, con menores víctimas de trata, hijos de solicitantes de asilo o protección internacional; y sobretodo, en el marco de un posible procedimiento de repatriación.<sup>62</sup>

Por todo lo expuesto, en España la repatriación es una solución que prima ante la integración o acogida. Sin embargo, el Estado debe tener en cuenta que la salida del menor no acompañado de territorio español sólo puede obedecer a un objetivo: “identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia (...) la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar”.<sup>63</sup>

### **2.3. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6 CDN).**

Este principio debe entenderse en virtud de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos por lo que concierne a la protección del derecho a la vida<sup>64</sup>. La Observación General n°6 sólo dispone al respecto que los Estados deben asegurar la protección de los menores ante los riesgos a los que se ven expuestos que afecten a su vida. En MENA la vulneración de este derecho se manifiesta con la trata de seres humanos y la violencia y la explotación sexual<sup>65</sup>. El art. 27 CDN establece el reconocimiento de un derecho a un nivel de vida adecuado para el desarrollo del menor, en el que los Estados adoptaran medidas adecuadas para hacer efectivo ese derecho. Los Estados deberán intentar evitar o minimizar estos riesgos con medidas como: el nombramiento de tutores sin mayor demora, procedimientos prioritarios para las víctimas de trata o la debida provisión de información de los riesgos que corren estos niños<sup>66</sup>. Por lo que se refiere al desarrollo, en relación con una solución para la situación de estos menores (bien retorno en origen, bien integración en el país de acogida), se deberán evaluar y determinar las posibilidades de desarrollo en el país origen y en el de acogida. Los derechos enunciados en la CDN en relación con el desarrollo del menor (derecho a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, al juego y recreo, etc.) deberán ser evaluados en

---

<sup>61</sup> Aunque se deben ponderar los dos contextos posibles: en origen y la permanencia en el país de destino.

<sup>62</sup> Vid. Arts. 139, 146, 185, 192, 194 REx

<sup>63</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 6, 2005

<sup>64</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes...

<sup>65</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 6, 2005, párrafo 23.

<sup>66</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 6, 2005, párrafo 24.

ambos contextos en la toma de una decisión para su situación con el fin de garantizar el mejor desarrollo del menor.<sup>67</sup> En el ordenamiento jurídico español, tanto la LOPJM como la LDOIA establecen sus disposiciones en base a la protección de la vida, supervivencia y desarrollo los menores. En materia de MENA, este principio se concreta, principalmente, al establecer la protección jurídica del menor en aquellos casos en los que esté desamparado<sup>68</sup>. En Cataluña, la LDOIA se refiere también al desarrollo de las potencialidades personales del menor, estableciendo que en todo momento se deben potenciar las “*capacidades educativas y de aprendizaje, y procurarles el bienestar físico, psicológico y social*” (art. 6). Asimismo, se prevén medidas de protección ante cualquier forma de maltrato (art. 8), que incluyen medidas preventivas por parte de los poderes públicos.

#### **2.4. Derecho a participación (art. 12 CDN).**

El derecho a participación comprende el derecho a ser debidamente informado y escuchado, y a expresar su opinión libremente. Los Estados están obligados a establecer las medidas necesarias para que se facilite la participación del menor no acompañado<sup>69</sup> y es que las opiniones del menor deben ser no sólo consultadas sino tenidas en cuenta a la hora de tomar decisiones que afecten a su esfera personal. Se tendrá en cuenta la edad y madurez del menor a la hora de informarle, y su opinión deberá ser sopesada por lo que concierne a sus derechos, como la tutela, la representación legal, y todos los aspectos que le afecten directamente. Para garantizar la comunicación y poder hacer efectivo el derecho a participación, la Observación General nº6 dispone que se proveerá de intérprete en caso que sea necesario, en todas las fases de un procedimiento administrativo o judicial que afecten al menor<sup>70</sup>. La audiencia individual en los procesos judiciales y administrativos en los que el menor esté directamente implicado (en relación con el art. 12.2 CDN) es un tipo de participación muy trascendente del que no se puede prescindir. El derecho a la participación es muy relevante.

En España, la LOPJM contiene preceptos vinculados al respeto: los arts. 5 (derecho a la información), 7 (derecho de participación, asociación y reunión), 8 (libertad de expresión) y, también, el art. 8 (derecho a ser oído). La legislación de extranjería remite al principio de participación en virtud del ya mencionado art. 35.5 LOEx, en el marco de un posible procedimiento de repatriación del MENA. El

---

<sup>67</sup> Proyecto PUCAFREU; SENOVILLA y PHILIPPE LAGRANGE (2011) “The legal status of unaccompanied children within international, European and national frameworks. Protective standards vs. Restrictive implementation”. Disponible en: <http://calenda.org/217903?file=1>

<sup>68</sup> Tanto la LOPJM como la LDOIA distinguen entre situaciones de riesgo y desamparo. La situación de riesgo comporta la adopción de medidas de protección en el propio entorno socio-familiar. En cambio, la declaración de desamparo del menor, y consiguiente asunción de la tutela por la Administración, supone adoptar medidas que implican la separación del menor de su familia.

<sup>69</sup> Art. 12 CDN: “1. Los Estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez. 2. Con tal fin, se le dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional.”

<sup>70</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafo 25.

precepto dispone que una vez se acuerde la iniciación del procedimiento de repatriación la opinión del menor deberá ser sopesada. La expresión del precepto “*tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio*”, no garantiza la plena observación de sus intereses ya que, a continuación dispone que además se tendrá en cuenta el informe del Ministerio Fiscal y el de la entidad tutelar (“*...previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal*”) para que la Administración del Estado resuelva sobre su situación. El REx concreta que el menor deberá ser informado de la incoación del procedimiento de repatriación “*en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español*” (art. 192 REx). El art. 193 REx prevé un periodo de alegaciones una vez se comunique el acuerdo de incoación del procedimiento en el que el menor, si es mayor de 16 años, pueda intervenir por sí mismo o a través de representante legal (art. 193.2). En su defecto, será quien ostente su tutela legal, guarda o custodia quien lo represente. Asimismo, el art. 194 REx prevé trámite de audiencia antes de resolver el procedimiento en el que “*se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación*”.

En Cataluña, la LDOIA establece la legitimación del menor para impugnar las resoluciones administrativas y judiciales que le afecten, y podrán hacerlo ellos mismos o bien mediante representantes legales, lo que sería más apropiado teniendo en cuenta su minoridad (art. 17). El art. 7 establece, además, que su derecho a ser escuchado se realice “*de acuerdo con sus capacidades evolutivas y con las competencias alcanzadas*”, precisando, “*y en cualquier caso a partir de los doce años*”. Por todo, es muy importante que no se deje a estos niños sin representación procesal.

### 3. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS (2010-14).

#### 3.1. Estrategia comunitaria

El Plan de Acción de la Unión Europea sobre los menores no acompañados (2010-2014) constituye un primer paso para establecer una estrategia global en el trato de los MENA. En el presente capítulo se procederá al análisis del contenido de este instrumento comunitario.

En un contexto en el que Europa ha reforzado sus fronteras exteriores mediante el conocido acervo Schengen<sup>71</sup>, la UE se ha previsto de mecanismos para frenar o canalizar los flujos migratorios. El TFUE prevé la adopción, por parte del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de medidas relativas a la inmigración ilegal, el control fronterizo, la movilidad e integración de personas<sup>72</sup>. En materia de MENA, la UE ha manifestado que tiene el compromiso de establecer un marco legal y de actuación para este colectivo, especialmente vulnerable dentro de la inmigración ilegal.

Ya en el año 2009 el Programa de Estocolmo del Consejo de Europa<sup>73</sup> expresó el propósito de promover y proteger los derechos de los menores en situación de vulnerabilidad. El Programa de Estocolmo destacó la necesidad de dar una respuesta global a nivel comunitario y reclamó especial atención para los MENA en el contexto de la política de inmigración de la UE, anunciando la iniciativa de la Comisión de elaborar de un Plan de Acción para su aprobación por el Consejo, como apoyo y complemento de los correspondientes instrumentos legislativos y financieros sobre menores no acompañados. Ante la necesidad de establecer un enfoque común, la Comisión Europea, en cumplimiento del mandato del Programa de Estocolmo, introdujo esta materia en la agenda europea para abordar las distintas vertientes del fenómeno.

---

<sup>71</sup> Vid. Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, Disponible en el BOE el: Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (entrada en vigor en 1994). Europa busca dismantlar los controles fronterizos dentro del espacio Schengen, es decir, la libre circulación de personas dentro del territorio de los países integrantes, reforzando el control al cruce de fronteras exteriores con el fin de obstaculizar la inmigración ilegal de nacionales de Estados que no sean miembros de la Unión Europea.

<sup>72</sup> Art. 29 TFUE: “El Consejo adoptará decisiones que definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático. Los Estados miembros velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones de la Unión.” Art. 79. 4. TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.”

<sup>73</sup> 2010/C 115/01. El “Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” define estrategias legislativas y plantea la necesidad de prestar especial atención a los niños que son particularmente vulnerables. Concreta medidas de prevención, protección y asistencia al retorno, que contemplen el interés superior del menor. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:es:PDF>

El 6 de mayo de 2010 la Comisión Europea adoptó un Plan de Acción, mediante Comunicación de la comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo de Europa<sup>74</sup>, para un periodo de tiempo de cuatro años. El Plan de Acción intenta sentar las bases de actuación ante la problemática que plantea la llegada de MENA al territorio de la UE. Se trata del primer paso para consolidar un marco jurídico y práctico que dé respuesta al fenómeno de los MENA de manera eficiente. El Plan trata cuestiones como la protección, la búsqueda de una solución duradera para cada niño y la cooperación con terceros países en materia de retorno, reintegración y prevención de la inmigración infantil.

Conviene esclarecer de entrada que el Plan de Acción forma parte de aquellos instrumentos conocidos como *soft law*<sup>75</sup> -no vinculantes-. Aún así, la Comisión Europea prevé que sea la hoja de ruta de los EM en la protección de los derechos de estos menores y que resulte ser, en fin, un embrión de lo que más tarde deberá integrarse por parte de los Estados en sus respectivos ordenamientos para que sus disposiciones puedan convertirse en Ley con fuerza vinculante a lo largo de los años.

En la UE existe una amplia discrepancia sobre el trato de los menores no acompañados por parte de los EM, tanto legislativamente como en la práctica<sup>76</sup>. Es necesario ver de qué forma el Plan influye en estas dos vertientes, considerando que todos los EM deben tener una base legislativa firme para tratar los derechos de estos menores y afrontar el desafío que plantean con todos los mecanismos posibles. El Plan de Acción examina la situación de estos menores incluyendo normas comunes en la materia, marca un camino conjunto a emprender en la UE. El enfoque común que se desprende del Plan de Acción se basa, principalmente, en el respeto de los derechos del niño establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la CDN, teniendo como principio rector el interés superior del menor. Además, tienen gran relevancia los principios de solidaridad y responsabilidad compartida entre los EM y con los países de origen y tránsito, así como la cooperación con organizaciones especializadas de la sociedad civil y las organizaciones internacionales. La estrategia comunitaria requiere de los esfuerzos de los diversos actores, por el hecho tratarse de un desafío que sobrepasa las fronteras de la UE.

---

<sup>74</sup> COM (2010) 213 final. Plan de Acción sobre los Menores No Acompañados (2010 - 2014), Bruselas, 6/5/2010. Cuyo seguimiento ha sido evaluado en otoño de 2012.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0213:FIN:EN:PDF>

<sup>75</sup> Con respecto al término es interesante el trabajo de la profesora MAZUELOS BELLIDO, Á.; “*Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*” Disponible en Dialnet.

<sup>76</sup> AGRAMUNT FONT DE MORA, P., “Niños indocumentados inmigrantes en situación irregular: una verdadera causa para la preocupación”, Doc. 12718 de la Comisión de migraciones, refugiados y personas desplazadas del Consejo de Europa: “*The Committee on Migration, Refugees and Population is particularly concerned by the lack of domestic legislation and guidance at national level on the rights of these children. It is also concerned by the diversity of approaches across Europe, both in terms of legislation and practice (...) proposes recommendations on steps that need to be taken to improve legislation and practice*”.

### **3.2. Elementos unificadores o principales vías de acción del Plan de Acción: la prevención, protección y la búsqueda de soluciones duraderas.**

El Plan de Acción (2010-2014) sobre menores no acompañados aborda la problemática y ofrece respuestas concretas a la llegada de MENA al territorio europeo. El Plan de acción pretende que en toda la UE se puedan dar respuestas concretas, eficaces y ajustadas a las exigencias asumidas por los EM tras la ratificación de la CDN.

Las tres vías de acción que concreta el Plan persiguen una mayor cooperación entre los EM, la sociedad civil, las organizaciones internacionales y los países de origen y tránsito. Se incluyen distintas medidas en tres ámbitos concretos: la prevención, protección y las soluciones duraderas, estas últimas vinculadas al retorno o al acogimiento. El Plan prevé especial atención a las medidas de prevención en los países de origen con el fin de minimizar la migración infantil, así como garantizar la acogida y protección de estos menores en los países de destino. Estas tres vías de acción incorporan a todas las acciones el respeto a los derechos del menor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la CDN, la solidaridad y colaboración entre EM y con los países de origen y tránsito y una cooperación más estrecha con la sociedad civil y organizaciones internacionales<sup>77</sup>. Según la Comisión Europea, los elementos unificadores se fundamentan en el principio del interés superior del menor, que debe regir en todas y cada una de las acciones que afecten a MENA como consideración primordial en todas las acciones adoptadas por las instituciones de los EM. En todas las acciones es necesaria la cooperación de todos los actores implicados, bien con los países de origen, especialmente en materia de repatriación de menores y de prevención de nuevas migraciones, bien con la sociedad civil, instituciones y los propios menores, en caso de que se asienten en la UE.

Antes de pasar al análisis del contenido de los elementos unificadores, es preciso hacer mención a una de las carencias principales a las que el Plan hace referencia: la cuantificación del fenómeno<sup>78</sup>. En primer lugar, la Comisión Europea se pronuncia sobre la falta de datos concretos y las dificultades de poder valorar correctamente la situación de este colectivo<sup>79</sup>. La recopilación de datos completos, fiables y comparables es de vital importancia para poder medir el fenómeno pero la realidad es que los datos y estadísticas sobre menores no acompañados no abundan y tampoco son coherentes<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Más información en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-10-168\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-168_en.htm?locale=en)

<sup>78</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafo 98. *Datos y estadísticas sobre los menores separados y no acompañados: “Según la experiencia del Comité, los datos y estadísticas reunidos acerca de los menores no acompañados y separados de sus familias tienden a limitarse al número de llegadas o al número de solicitudes de asilo. Estos datos son insuficientes para un análisis detallado del ejercicio de los derechos de estos menores(...)”*

<sup>79</sup> En las Conclusiones del Consejo relativas a los menores no acompañados del Consejo de la UE de 4 de junio de 2010 se considera que “no es posible evaluar adecuadamente el fenómeno de los menores no acompañados, ni encontrar soluciones apropiadas y duraderas, sin una evaluación clara basada en datos completos, fiables y comparables”

<sup>80</sup> Las más completas y comparables se refieren a los menores que solicitan asilo según los informes de la Red Europea de Migración y de la Agencia de los Derechos Fundamentales. Destacan como solicitantes de asilo los

Existen claras dificultades a la hora de dar cifras concretas y todos los estudios que pretenden ofrecer datos sobre MENA evidencian la dificultad para conseguir que sean fiables. Computar a estos niños plantea dificultades vinculadas a sus propias características intrínsecas. Se debe tener presente la dificultad de medir a una población irregular que a menudo no tiene la intención de darse a conocer y que suele tener un alto índice de movilidad migratoria<sup>81</sup>.

El Plan de Acción intenta discernir la problemática de la falta de datos estableciendo recomendaciones a los EM para recopilar datos completos sobre todos los menores no acompañados, y no sólo sobre los que sean solicitantes de asilo<sup>82</sup>. Se pretende mejorar la recopilación de datos y el intercambio de información para la adopción de unas decisiones mejor informadas y por ende más eficaces. Por ello, se recabará la información de los distintos niveles de las administraciones públicas de los EM cuando sea necesario. Se colaborará con distintos organismos internacionales<sup>83</sup> y con redes (como la Red Europea de migración) para intercambiar datos e información sobre estos menores, sobre las rutas de la inmigración irregular (que corresponde a FRONTEX) y las redes delictivas existentes (cuyo encargado es Europol). La Comisión incluirá una sección de MENA en los perfiles migratorios de los principales países de origen y tránsito con el fin de diferenciar las acciones a emprender según el grupo al que pertenezca el menor no acompañado: solicitante de asilo, víctima de trata o inmigrante irregular. Con lo cual, es fundamental la cooperación y participación de los países y las organizaciones internacionales y de la sociedad civil.

En el ordenamiento jurídico español, el art. 35.10 LOEx establece que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado recabarán los datos necesarios para identificar al MENA y conocer posibles referencias anteriores en las instituciones de protección nacionales o extranjeras. El art. 215.2 REx dispone que los servicios competentes de protección de menores, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en desamparo, deberán comunicar datos relativos a la identidad del menor con brevedad a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

El art. 215 REx constituye un Registro de Menores No Acompañados en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, coordinado por la Fiscalía General del Estado, a los efectos exclusivos de identificación de MENA. El Registro recoge datos relevantes como el nombre, apellidos, documentación, centro de acogida, el reconocimiento de su condición de asilado o víctima de trata, la

---

nacionales los siguientes países: Afganistán, Irak, Somalia, Guinea, R.D del Congo, Rusia, Irán, Pakistán. Marruecos, Algeria, Siria (...)

<sup>81</sup> CAPDEVILA, M. i FERRER, M. *Els menors estrangers indocumentats no acompanyats*. Justicia i societat. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2008, Generalitat de Catalunya.

<sup>82</sup> El Reglamento (CE) nº 862/2007 sobre estadísticas imponía la obligación a los Estados miembros de transmitir anualmente cifras únicamente sobre los que solicitan protección internacional. La Comisión ha propuesto que recopilen información exhaustiva y armonizada de todos los menores.

<sup>83</sup> Como la Agencia de los Derechos Fundamentales, Oficina Europea de Apoyo al Asilo, Europol y FRONTEX (Organismo europeo para la dirección de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE).



impresión dactilar, etc.(art. 215.1 REx). El art. 35.10 LOEx establece que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado recabarán estos datos. La función del Registro es poder conocer posibles antecedentes o referencias del menor no acompañado en otros países o dentro del territorio nacional de otras CCAA, sólo a efectos identificativos, además de permitir cuantificar el número de MENA identificados. El Registro de MENA es un instrumento que debe coordinarse con las disposiciones del art. 35 LOEx “*para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal*” (art. 215.1 REx). Para la exactitud de datos que figuren en el registro se requerirá la colaboración de los Servicios Públicos de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, policías autonómicas y locales, Instituciones Sanitarias y cualquier otra entidad de protección.

La remisión de datos de éste Registro a otras administraciones públicas se contempla siempre que exista requerimiento por parte del Ministerio Fiscal. Cabe decir, que al Registro de Menores No Acompañados resulta de aplicación la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y su reglamento de desarrollo, por lo que no se podrán recabar datos a efectos distintos a la identificación del menor. Sin embargo, las competencias del Ministerio Fiscal en este ámbito abarcan muchas más funciones por lo que es posible un *mal* uso del mismo, a los efectos de retorno del MENA<sup>84</sup>. Es preciso recalcar que la falta de unificación de criterios por parte de las CCAA frente al uso de este registro denota la falta de coordinación interinstitucional que existe en España<sup>85</sup>.

Una vez se ha concretado el objetivo inicial de mejora de la obtención y calidad de datos y estadísticas, el Plan pasa a ofrecer orientaciones estratégicas para los EM en relación con tres vías de acción: la prevención, la protección y la búsqueda de soluciones duraderas, haciendo hincapié en la financiación y la cooperación con los terceros estados. Estos elementos unificadores y objetivos de la Unión Europea, son los centrados en los tres pilares o vías de acción principales<sup>86</sup>, para cuya aplicación se concretan diferentes medidas que se expondrán a continuación.

---

<sup>84</sup> En virtud de la doctrina constitucional sobre la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE), sólo se podrán recabar datos en el Registro de MENA previsto en la normativa española a efectos informativos pero nunca de forma indiscriminada o con otros fines para los cuales estos datos fueron recogidos (STC 292/2000).

<sup>85</sup> Según VILLAGRASA A., C.; “*Ni existe un registro estatal unificado en el que conste el número de menores no acompañados que se encuentran en nuestro país, ni hay coordinación entre las distintas CCAA, con competencia exclusiva en materia de protección de menores, ni, a menudo, entre los servicios existentes dentro de su propio territorio, respecto de la información que tienen de los menores y los diferentes métodos y criterios para su registro.*” Vid. CABEDO MALLOL, V., CLOQUELL LOZANO, A (Coord)., *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección de la infancia de las Comunidades Autónomas*, Tirant monografías 816 (2012), p. 168

<sup>86</sup> Más información en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-10-168\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-168_en.htm?locale=en)

## 1) **Prevención: Colaboración con los países de origen.**

La prevención de la inmigración infantil abraza diversos ejes de intervención. Las acciones se concretan en la cooperación al desarrollo en los países de origen, atendiendo a la fuente de las causas por las que deciden emigrar, en última instancia, la pobreza. En este ámbito serán esenciales los acuerdos de colaboración con los terceros países, en virtud de aumentar las capacidades de protección en origen. Es fundamental la colaboración entre los países de origen, tránsito y de destino, así como de la sociedad civil y las organizaciones internacionales, para evitar la migración insegura y la trata de menores<sup>87</sup>. Las medidas de prevención de la migración infantil se centran en la financiación, la cooperación con terceros países y la lucha contra la trata de seres humanos. En primer lugar, la UE se preocupa por la prevención de la migración insegura y de la trata de menores, reforzando la legislación comunitaria y recomendando la promoción de actividades específicas de sensibilización y formación en los países de origen y tránsito, con el fin de mejorar la identificación y protección de las víctimas de trata u explotación sexual. En segundo lugar, se prevén distintas acciones para evitar la salida de MENA de los países de origen, creando oportunidades<sup>88</sup> de formación y empleo en las principales regiones de las que proceden con el fin que no emprendan el viaje hacia la UE. El principal objetivo es aumentar las capacidades de protección en los terceros países, mediante el apoyo financiero de la UE. La concreción de todas estas medidas se establece a continuación:

- **Prevención de la inmigración insegura y del tráfico o trata de seres humanos e incremento de las capacidades de protección en los países de origen.** El objetivo es la prevención y lucha contra la trata de seres humanos asistiendo y protegiendo a los menores que sean víctimas, ayudándoles, como mínimo, con las medidas previstas en la Directiva sobre víctimas de trata de seres humanos<sup>89</sup>, de conformidad con el interés superior del menor y en base a los convenios y las normas internacionales en la materia. En España, el art. 59.bis LOEx prevé la identificación, protección de las víctimas y la persecución penal del tratante.
- **Identificación y protección de las víctimas potenciales de trata de seres humanos en los países de origen y tránsito.** Se trata de promover actividades específicas de sensibilización y formación en los países de origen y tránsito sobre la prevención y persecución de la trata, destinados especialmente a las víctimas potenciales, a los agentes policiales, guardias de

---

<sup>87</sup> En las Conclusiones del Consejo relativas a los menores no acompañados del Consejo de la UE de 4 de junio de 2010 se destaca que *“el primer paso para frenar eficazmente la afluencia de menores no acompañados ha de ser prevenir las migraciones que se realizan en condiciones inseguras y la trata de menores”*

<sup>88</sup> Mediante medidas que promulguen la reducción de la pobreza, la educación, salud, la política laboral, los derechos humanos, la democratización, la reconstrucción post conflicto, etc....

<sup>89</sup> DIRECTIVA 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>

fronteras y al público en general. Los servicios consulares deberán evaluar a fondo las solicitudes de visado que se presenten por parte de menores de edad para su identificación.

- Gestión de las causas de origen de la inmigración mediante el apoyo financiero de la UE. Se pretende crear entornos donde los menores puedan vivir a salvo en los países de origen, donde puedan desarrollarse y tener una vida digna. El objetivo es que puedan integrarse en la cooperación al desarrollo de su propio país, mediante acciones que favorezcan a la reducción de la pobreza, la promulgación de la educación, de la salud, el empleo, de los derechos humanos, la democratización y la reconstrucción postconflicto. Se trata de incluir las actividades de asistencia y protección de la infancia en el marco de programas regionales de protección mediante el trabajo a nivel local, a través de las escuelas y la interacción con las comunidades de origen. La creación o financiación de programas de protección en los países de origen cuenta con la financiación propia de la UE y de los instrumentos nacionales de cooperación exterior<sup>90</sup>. Mediante la financiación de programas de protección en los países extracomunitarios se pretende evitar que los menores emprendan el viaje hacia la UE. Estos programas pretenden informar a los menores sobre sus derechos y los procedimientos de los que disponen para solicitar asilo o protección internacional<sup>91</sup>. Los proyectos a nivel local incluyen la creación de instalaciones para la educación, la mejora de la atención médica y la financiación de estudios para detectar situaciones de riesgo e intervención con las familias.
- Proporcionar información a los menores sobre los riesgos derivados de la migración irregular hacia la UE, las posibilidades alternativas de estudiar y trabajar en su país de origen y las vías legales para hacerlo en la UE. Según el Plan, debería considerarse el papel que desempeñan los medios de comunicación en los países de origen, con el fin de fomentar estos aspectos.
- Desarrollo de sistemas de protección de la infancia en los países de origen para impedir y responder a los riesgos que comportan la violencia, abuso y explotación de menores. Se quiere apoyar a los niños que no estén bajo el cuidado de sus familias y garantizar la protección de la infancia en las instituciones de protección de los países de origen.
- Apoyo financiero para la creación y desarrollo de registros de nacimientos en los países de origen como garantía de la identidad legal de todos los menores. Estos registros son de especial relevancia a los efectos de otorgar eficacia probatoria a la nacionalidad y edad de estos menores en caso que una vez en la UE deba probarse su minoridad. Los tribunales tienden a no reconocer como legítimos los sistemas de registro en origen por su dudosa

---

<sup>90</sup> Programa temático para la cooperación con los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo, el Fondo Europeo de Desarrollo, el Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación y los programas geográficos del Instrumento de Cooperación al Desarrollo.

<sup>91</sup> VILLAGRASA A., C: *“El Plan de Acción considera esencial que los programas de protección cercanos a los países de origen se financien. Sin embargo, la realidad actual de los presupuestos destinados a cooperación presentan un panorama desolador, a la vez que se recortan las partidas destinadas a la atención de los menores no acompañados en los países en los que se encuentran”* Vid. CABEDO MALLOL, V., CLOQUELL LOZANO, A (Coord)., *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección de la infancia de las Comunidades Autónomas*, Tirant monografías 816 (2012), p. 170

fiabilidad y, en consecuencia, dan pie al inicio de actuaciones para determinar la edad del menor. Por tanto, la oficialidad transnacional de estos registros sería un avance determinante.

- Establecimiento de acuerdos de colaboración con los terceros países sobre cuestiones de protección de la infancia. El Plan aboga por introducir en los acuerdos con terceros países disposiciones específicas en materia de menores no acompañados que permitan la cooperación en la prevención, el rastreo de la familia, el retorno o la reintegración.
- Apoyo y cooperación con terceros países para mejorar su capacidad legislativa y administrativa de identificación de menores solicitantes de asilo y víctimas de trata.

En España, art. 35.1 LOEx<sup>92</sup> materializa la prevención a la entrada de MENA en territorio español mediante la celebración acuerdos bilaterales de colaboración. España es consciente de la importancia de la colaboración recíproca directamente con los países de origen y ha ratificado acuerdos de colaboración con Marruecos<sup>93</sup>, Senegal<sup>94</sup> y Rumania<sup>95</sup>, países de mayor origen de inmigración irregular de menores. Los acuerdos de colaboración abordan el problema de la inmigración infantil y tratan de garantizar su debida protección mediante la colaboración entre los estados y la apertura de diálogos para su prevención y control. El acuerdo con Senegal por objetivo establecer un marco de trabajo común entre España y Senegal en materia de prevención de las migraciones de MENA, su asistencia en España, la repatriación y la reintegración en Senegal. En sus 9 artículos se centra en la prevención, la protección y la repatriación y pretende incentivar la cooperación entre los dos Estados mediante el diálogo, el intercambio de datos y la cooperación entre las autoridades competentes. El Convenio con Marruecos es un acuerdo muy importante ya que el mayor número de menores que entran en territorio español son marroquíes. Este convenio regula el “retorno concertado o asistido” a Marruecos y prevé la coordinación entre las autoridades españolas y marroquíes para que en el marco de un procedimiento de repatriación los menores sean devueltos bien a familiares dispuestos a hacerse cargo de ellos o bien a un organismo de asistencia social que garantice su debida protección.

El art. 35.1 LOEx reconoce a las CCAA el derecho de información sobre los acuerdos de colaboración que el Estado establezca con los países de origen en materia de prevención de la inmigración irregular, protección y retorno de MENA. Además, la normativa de extranjería contiene

---

<sup>92</sup> Art. 35.1: “El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos.”

<sup>93</sup> Disponible en el BOE el ACUERDO entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, firmado “ad referéndum” el 6 de marzo de 2007. (Entrada en vigor el 2 de octubre de 2012)

<sup>94</sup> Disponible en el BOE el 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 referéndum» en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (Entrada en vigor el 1 de julio 2008)

<sup>95</sup> Disponible en el BOE el 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 el 15 de diciembre de 2005. El acuerdo con Rumania no será objeto de estudio, puesto que al entrar en la UE debe recibir el mismo trato que cualquier Estado miembro.

una previsión expresa sobre un poder autonómico de relación exterior y conclusión de acuerdos con terceros países (art. 35.2 LOEx). Se reconoce, por tanto, la capacidad de las CCAA para establecer acuerdos con los países de origen a fin de procurar la atención e integración social de los menores en su entorno de procedencia. El art. 35.2 LOEx<sup>96</sup> da cobertura a ciertas iniciativas autonómicas de creación de centros de protección de menores en los países de origen. Se tratan de acuerdos que no están sometidos al Derecho internacional cuyo objetivo es prevenir la inmigración irregular de MENA con medidas como el apoyo financiero, formación profesional, información de riesgos de la inmigración irregular, etc. En Cataluña existen programas de colaboración con los países de origen en los que se construyen centros en Marruecos y Cataluña que ofrecen cursos de formación para la obtención de títulos académicos o profesionales. En concreto, se intenta reforzar el retorno voluntario de MENA a través del programa específico “Catalunya-Magrib”<sup>97</sup>, proyecto que mediante la creación de oportunidades educativas y laborales para estos menores se ampara a la luz de los acuerdos de colaboración entre los estados marroquí y español en materia de menores no acompañados.

La AECID<sup>98</sup> es un organismo del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España que ha creado diferentes centros de formación profesional y fomento del desarrollo local en zonas de origen en el marco de la Estrategia de la Cooperación Española de Atención, Protección, Formación e Inserción de los Menores Vulnerables en Marruecos.

## **2) Protección: Recepción y garantías procesales en la Unión Europea.**

El segundo bloque se asienta en la protección de los menores en la UE, a fin de garantizar unas normas adecuadas en la recepción y las garantías procesales, de forma independiente de que los menores sean solicitantes de asilo, víctimas de trata o inmigrantes irregulares. Como se ha visto, la UE pretende establecer programas regionales de protección en los terceros países con el fin de asegurar la prevención de la inmigración infantil. Sin embargo, aquellos menores que ya han emprendido el viaje migratorio debe garantizárseles la máxima protección dentro del territorio de la UE, así como asegurarles el acceso a las garantías procesales pertinentes.

De conformidad con el art. 27 CDN, los Estados deben establecer protocolos de protección de los derechos de los menores en todas las fases del proceso migratorio, favoreciendo los mecanismos para

---

<sup>96</sup> Art. 35.2: “Las Comunidades Autónomas podrán 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”

<sup>97</sup> Más información en: <http://www.catalunyamagrib.cat>

<sup>98</sup> La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo es una entidad de Derecho Público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación que lucha contra la pobreza y persigue la consecución de un desarrollo humano sostenible en países subdesarrollados.

Más información en: <http://www.aecid.es/es/aecid/>

el pleno desarrollo de su personalidad, ya sea a través de la reagrupación familiar, o mediante la integración del menor en el país de acogida en caso que ésta no sea posible. Los EM deben adoptar una decisión con la máxima rapidez y con el fin de encontrar una solución duradera que de respuesta a las necesidades de protección del menor. Las medidas de recepción y el acceso a las garantías procesales pertinentes serán aplicables, por lo tanto, a partir del momento en que se detecte un menor no acompañado en las fronteras exteriores o en el territorio de la UE y hasta que se halle una solución duradera. Lo fundamental es que en tanto permanezcan en territorio europeo, estos menores cuenten con todas las garantías procesales, o al menos con las básicas<sup>99</sup>.

El Plan de Acción da pautas sobre las medidas de protección a emprender cuando se detecta a un MENA. Éstas son: garantizar al menor la designación de un representante, separarlo de los adultos para prevenir la trata de seres humanos, acomodarlo en alojamientos adecuados, identificarlo, evaluar su edad, rastrear a su familia y evitar, en su caso, la huida o desaparición de los sistemas de protección. La protección del MENA en la UE plantea problemas que abarcan diferentes aspectos. En el Plan de Acción se contemplan, de un lado, las bases de actuación en los procedimientos aplicables al primer encuentro, haciendo referencia a las condiciones de identificación del MENA. Por otro lado, se aborda la cuestión de la evaluación o determinación de la edad y el rastreo o búsqueda de la familia. La Observación General n°6 del Comité de los Derechos del Niño establece que las medidas de protección de MENA se regirán por el principio del interés superior del menor y abarcaran, primero, la evaluación y la toma de medidas iniciales (como la determinación de la edad, la inspección en el Registro o la averiguación de información con el fin de reunificación familiar)<sup>100</sup>. En segundo lugar, la Observación establece como garantía básica en la protección el nombramiento de un tutor, asesor o representante legal para que el menor esté debidamente representado.

Se desprende del Plan de acción que la Comisión Europea es consciente que no se proporcionan los mismos niveles de protección en cuanto a la acogida y la asistencia del menor, con el claro ejemplo de que la garantía de la designación de un representante en un primer momento sólo se prevé expresamente para los solicitantes de asilo<sup>101</sup>. La Comisión hace autocrítica en este sentido y reconoce las deficiencias de la normativa comunitaria y la necesidad de adoptar normas más exigentes de protección, ya que existen países que directamente no contemplan la representación legal del MENA

---

<sup>99</sup> COM (2010)213 final. Aunque la Directiva sobre el retorno (2008/115/CE), la Directiva sobre la protección temporal (2001/55/CE), la Directiva sobre las víctimas de trata de seres humanos (2011/36/CE) y las normas internacionales (CDN y Observación General n°6) contienen garantías importantes para la protección de los MENA, los Estados miembros disponen de un margen de interpretación.

<sup>100</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 6, 2005, párrafos 31 y ss.

<sup>101</sup> En materia de asilo, la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, establece normas relativas a la representación de los menores no acompañados que hayan solicitado asilo (tutela u otras formas de representación); mientras que la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida supedita la representación de un menor no acompañado a la concesión del estatuto de refugiado o de una protección subsidiaria.

(como por ejemplo el Reino Unido). De ahí que uno de los aspectos de mayor preocupación del Plan de Acción es la designación de un representante para todos los menores a partir del momento en que sean detectados, puesto que no existe ninguna norma que les garantice representación legal a aquellos menores no acompañados que no sean solicitantes de asilo o víctimas de trata.

Muchos EM, como es el caso de España –donde la entidad competente en materia de protección de menores asume la tutela *ex lege*- resuelven la cuestión mediante la asunción de la tutela por parte de un organismo público o bien una tutela privada asumida por una persona o por una organización no gubernamental<sup>102</sup>. En Cataluña, la DGAIA (Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia) es el organismo de la Generalitat de Catalunya encargado de ejercer la protección y asunción de la tutela de los menores en situación de desamparo, previa declaración de desamparo del menor, que ejercerá su representación en tanto que actividad tutelar. La Generalitat tiene competencia en actuaciones de “*primera acollida*” que comprenden las actuaciones iniciales tras la entrada de un extranjero en territorio catalán para que desde un inicio reciban un trato adecuado.

En el ámbito de la recepción y las garantías procesales, el Plan de acción contempla las siguientes medidas para dar respuesta a necesidades de protección:

- Refuerzo de la normativa comunitaria. La Comisión Europea se compromete a adoptar normas que exijan una mayor protección en los países de acogida. La UE pretende adoptar normas más estrictas sobre la protección de MENA procediendo a la reforma del acervo comunitario, adoptando una visión más global sobre la trata de seres humanos y la explotación sexual de menores. Asimismo, la Comisión velará para la correcta aplicación de la legislación comunitaria y si es necesario introducirá reformas específicas sobre normas comunes en la recepción y garantías para todos los menores, relativas a la tutela, la representación legal, el acceso a la vivienda, a la educación, etc.
- Análisis e intercambio de información entre los EM junto con distintos organismos. Para facilitar la ayuda mutua y el apoyo entre los países, la Comisión solicitará a los EM la utilización de un Sistema de Información de Visados<sup>103</sup> para verificar la identidad de los MENA que estén registrados y mejorar la circulación de información entre los EM. La Comisión pide a los EM que utilicen de forma preferente el Sistema de Información Schengen (SIS II)<sup>104</sup> en las desapariciones de menores.
- El Plan de acción hace una breve referencia a las condiciones de alojamiento de estos

---

<sup>102</sup> El art. 35. 11 LOEx establece que el régimen de la tutela será el previsto en el CC y en la LEC y que, además, serán aplicables a los MENA las restantes previsiones sobre protección de menores recogidas en el CC y en la legislación vigente (básicamente, LOPJM). Claro está, que deberemos acudir a las leyes autonómicas para referirnos a la legislación de un territorio español en concreto (en Cataluña acudiremos al Libro segundo del Código Civil Catalán).

<sup>103</sup> Reglamento VIS (Reglamento (CE) 767/2008).

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:218:0060:0081:ES:PDF>

<sup>104</sup> Decisión 2013/115/UE de Ejecución de la Comisión relativa al Manual Sirene y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)

menores aludiendo a que "se les deberá acomodar en alojamientos adecuados y serán tratados plenamente conforme con sus intereses". La Comisión se compromete a financiar la creación de instalaciones de acogida. Este es sin duda un tema de deficiencia del sistema de protección en los EM. En España, estos menores están siendo alojados en centros de protección de menores de las CCAA y son separados de los menores que son nacionales, creando un sistema de centros de menores paralelos, que resulta discriminatorio y poco integrador. La gestión de estos centros compete a las CCAA, aunque algunos centros dependen de la administración estatal y otros son delegados por el Estado o las CCAA a ONGs especializadas.

- El Plan también hace referencia los menores que evitan, se escapan o abandonan el sistema de protección. Esta preocupante problemática, en la que muchos niños se encuentran entre la vida en la calle y acogidas informales en centros de los que escapan, tiene diversas causas<sup>105</sup>. Los menores que abandonan los centros de protección suelen evitar el sistema de protección por miedo a la repatriación. La amenaza de verse repatriados puede hacer que identifiquen a estos centros como lugares de retención y posterior repatriación a su país de origen. Para hacer frente a esta controversia se aboga por una mayor coordinación entre los interesados (policía, tutores, centros de acogida) y una mejor protección y vigilancia de los centros de menores para que estas situaciones de desprotección no lleguen a producirse. La Comisión Europea promulgará proyectos centrados en las buenas prácticas para prevenir la desaparición de los menores de las instituciones de asistencia y mejorar las condiciones de alojamiento.

- **Identificación del menor:**

El Plan de Acción toma en consideración los procedimientos aplicables al primer encuentro. Es muy importante asegurar la protección de MENA detectados en frontera o dentro del territorio de la UE, aplicando medidas de recepción y proporcionando garantías procesales desde la localización del menor hasta que se halle una solución duradera. El Plan establece que no se debe impedir el acceso a los sistemas de protección de las personas que tienen derecho a recibirla, y especialmente de las personas en situación vulnerable, por lo que se da máxima prioridad a las medidas de protección y acogida. El Plan hace una breve referencia a las condiciones de detención, que sólo podrán justificarse como *ultima ratio* y por el tiempo más breve posible, en virtud del art. 37 CDN<sup>106</sup>. En relación con el

---

<sup>105</sup> En la conferencia que tuvo lugar en la Universidad de Barcelona del Proyecto PUCAFREU sobre MENA desprotegidos en distintos países de la UE (Francia, Italia, España y Bélgica), se expuso que las causas de la falta de protección en la UE se vinculaban al estatuto jurídico del MENA y a la falta de perspectivas llegada mayoría de edad, al entorno en los centros de protección de MENA (se criticó la exclusión del sistema por la propia comunidad) y, finalmente, a diferentes prácticas de "maltrato institucional" (prácticas abusivas en la determinación de la edad, privación de la identidad del menor, negligencias, tratamientos inadecuados...) que excluyen sistemáticamente a los menores del sistema de protección.

<sup>106</sup> Art. 37 "b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". Países como Francia practican con regularidad lo que eufemísticamente se denominan "retenciones administrativas" de MENA con carácter previo a autorizar su presencia en el territorio o



art. 8 CDN, sobre el derecho a participación del menor, el Plan establece que deben ser informados de sus derechos y tener acceso a los mecanismos de reclamación y supervisión vigentes desde el momento en que sean detectados, ya sea en puesto fronterizo o bien dentro del territorio.

Desde el primer momento en el que se identifica al menor no acompañado es primordial ofrecerle protección y elaborar un perfil inicial del tipo de menor, con el fin de identificarlo, rastrear a su familia, y ofrecerle la protección debida<sup>107</sup>. La protección desde el primer encuentro y la elaboración de un perfil inicial son relevantes a los efectos de identificar aquellos menores más vulnerables. El Plan establece que “*dondequiera que se detecten, deberían ser separados de los adultos con objeto de protegerlos, cortar las relaciones con los traficantes o contrabandistas, y evitar que vuelvan a convertirse en víctimas*”. La Comisión pide a los organismos encargados de las fronteras exteriores (a FRONTEX y a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo) que refuercen la formación de los guardias de fronteras y que éstos desarrollen mejores prácticas para que puedan detectar situaciones de especial vulnerabilidad en los puestos fronterizos. Para poder llevar a cabo una mejora en este campo es necesario el apoyo financiero de la UE para crear instalaciones de acogida, elaborar directrices, planes de estudio y formación técnica a las autoridades fronterizas. Ya se ha hablado de la relevancia de la designación de un representante en el momento en que las autoridades detectan a un menor no acompañado y de la obligación de los Estados de designar un tutor o representante legal solicitante de asilo, cuestión que debería generalizarse legalmente para todos los menores. El Plan de acción señala que la legislación europea no determina de manera clara las funciones y el papel de los representantes legales. Cuestión que debería paliarse en sede comunitaria de manera contundente, teniendo en cuenta la falta de capacidad del menor de edad.

En España, la normativa de extranjería contiene previsiones sobre la identificación inicial del menor no acompañado. El art. 35.3 LOEx prevé que a la llegada del menor y en tanto no se haya determinado aún su edad, se le preste la atención inmediata por parte de los servicios competentes de protección de menores y que, en ningún caso, sea trasladado a un CIE ante la duda de su minoridad. Se deberán consultar los antecedentes que pudieran existir sobre el presunto menor en el Registro de MENA del art. 215.1 REx y “*los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados*” (art. 190.1 REx). Con la mayor brevedad posible, cuando se localice a un menor no acompañado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado informarán a los servicios autonómicos de protección de menores

---

bien denegar su entrada y proceder a su devolución. *Vid.* Revista Mugak - nº 56 – “El plan de acción (2010-2014) de la Comisión Europea ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados?”

<sup>107</sup> En la Observación General nº6 del Comité de los Derechos del Niño, se concretan las medidas iniciales de evaluación inicial de las necesidades de protección del menor, que conllevan: la determinación de su situación de MENA, la inspección inmediata en el registro tras una entrevista inicial, la investigación de información adicional para determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional y el comienzo inmediato de la localización de los miembros de la familia. Todas estas medidas se regirán por el principio del interés superior del menor.

para que le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor (art. 190.1 REEx).

- **Búsqueda o rastreo de la familia**

En virtud del principio de unidad familiar, los Estados tienen la obligación de intentar rastrear a la familia del MENA en un primer momento, con el fin de valorar y facilitar la reunificación familiar en caso que ésta se vincule al interés superior del menor. La localización previa de la familia es un elemento esencial para garantizar la unidad familiar, aunque el Plan reconoce que los Estados encuentran grandes dificultades al respecto<sup>108</sup>. Las dificultades de rastreo de la familia surgen mayormente de la falta de coordinación interinstitucional con los países de origen. La Comisión anima a los EM a que se presten ayuda mutua para la búsqueda de la familia pero no concreta nada respecto a la colaboración con los países de origen, previsión que deberán concretar los propios Estados. El Plan de Acción establece que el menor no pueda ser repatriado si no vuelve con un miembro de su familia, con un tutor designado o en unas instalaciones de acogida adecuadas en su país de origen. Por lo tanto, la implicación de los países de origen es esencial para poder localizar a las familias y para asegurar la existencia de organismos adecuados de atención a la infancia, con el fin de poder restaurar los vínculos familiares de estos menores y que puedan retornar a un entorno seguro. En la práctica, resulta de difícil cumplimiento la averiguación exhaustiva de la situación de las familias de estos menores, la acreditación de que éstas reúnen los requisitos necesarios para hacerse cargo de ellos y que dicho reagrupamiento no les ponga en riesgo. Además de difícil, resulta un tanto incoherente puesto que en muchos casos estos niños emigran para ayudar económicamente a sus familias, entre otras causas, por lo que su proyecto migratorio resultaría truncado con el retorno. Si bien las normas internacionales reconocen el derecho a la reunificación familiar, un retorno sin unas garantías mínimas de integración socio-familiar puede resultar contraproducente.

En España, las Subdelegaciones del Gobierno, de oficio o a instancia de las Entidades de Protección de menores y bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, tienen la obligación de localizar y estudiar a la familia del menor no acompañado con el fin de valorar su posible repatriación. El art. 35.5 LOEx, sobre la repatriación del menor no acompañado, establece que con carácter previo a la decisión de iniciar un procedimiento para la repatriación, la Administración del Estado esté obligada a solicitar informes a la representación diplomática del país de origen sobre las circunstancias familiares del menor.<sup>109</sup> Por otro lado, la LOPJM dispone como principio de actuación de los poderes públicos el

---

<sup>108</sup> Señala el Informe elaborado por la Red Europea de Migraciones “La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados. Un estudio comparado en la UE”(2010) que “*El principal problema es que en general no se logra localizar a la familia y no se practica la reagrupación familiar de MENA a los que se les ha concedido el estatuto de refugiado por temor a que se utilice como mecanismo para que los restantes miembros de la familia puedan emigrar posteriormente*”

<sup>109</sup> Respecto la repatriación, la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados establece que “*la repatriación no es un objetivo absoluto que se haya de*

mantenimiento del menor en el medio familiar de origen (salvo que no sea conveniente para su interés superior) y su integración familiar (art. 11.2 b) y c)). La LOPJM incluye, dentro de los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, la obligación de la entidad pública de protección de investigar los hechos que conozca para corregir la situación del menor y, si es preciso, como es el caso de los MENA (desamparados *per se*), asumiendo la tutela legal del menor. En Cataluña, el art. 166.3 EAC establece la competencia exclusiva de la CA en materia de "...protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados...". La LDOIA establece un sistema propio de protección de los menores y adolescentes en situación de desamparo (art. 105<sup>110</sup>) y atribuye la competencia a la DGAIA (en virtud del art. 98), en relación con la adopción de medidas de protección de los menores desamparados.

- **La determinación o evaluación de la edad. Presunción de minoría de edad.**

La determinación de la edad del menor reviste gran trascendencia ya que de ella va a depender que la Administración pública se deba hacer cargo del menor. El Plan de Acción reconoce que "*los procedimientos y técnicas de evaluación de la edad difieren, y su fiabilidad y proporcionalidad son motivo de preocupación*". Además, reconoce que la posibilidad de recurrir sobre el resultado de esta prueba documental no siempre está cien por cien garantizada. Sobre la divergencia de procedimientos de determinación de la edad, la Comisión publicará directrices sobre mejores prácticas en colaboración con expertos y juristas, para que la determinación de la edad se efectúe con máximos criterios objetivos. La Oficina Europea de Apoyo al Asilo preparará documentos técnicos sobre la evaluación de la edad con el fin de otorgar mayor eficacia a estos procedimientos.

El Plan de Acción aboga por el principio "*favor minoris*" ante cualquier persona indocumentada, sobre la que no pueda establecerse con certeza si es menor de edad. Es decir, la presunción sobre su minoría de edad si la mayoría no resulta determinante<sup>111</sup>. La premisa que debe tomarse es que ningún menor de edad pueda ser considerado mayor de edad si no lo es realmente.

El ordenamiento jurídico español blinda la presunción de minoría de edad, como mínimo en sus disposiciones, y establece en el art. 190.4 REx que "*En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años*". La evaluación de la edad es una cuestión primordial que

---

*perseguir a toda costa, pueden estar en juego otros derechos como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los Derechos Fundamentales del menor que pueden hacer que la balanza del interés superior del menor se incline en pro de su permanencia en España*".

<sup>110</sup> "*Se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar.*"

<sup>111</sup> Según la Instrucción 2/2001 del Ministerio Fiscal, en las pruebas en que se fija una horquilla de edad más o menos amplia, como es el caso de la prueba ósea, se debe de establecer como edad el límite inferior de dicha horquilla.

desencadena una serie de garantías procesales, en caso que se determine la minoridad<sup>112</sup>.

En España, la comprobación de la minoría de edad determinará la declaración de desamparo del menor y la asunción de la tutela por la Administración pública. La Administración pública tiene el deber de protección institucional y deberá asumir la tutela del menor con carácter preventivo en tanto no se haya determinado aún la edad del menor y haya dudas sobre la misma, con el fin de otorgar protección ante el desamparo<sup>113</sup>. Si de las pruebas del Ministerio Fiscal resulta que finalmente se trata de un mayor de edad, se revocará la tutela cautelar y el sujeto quedará fuera del sistema de protección. En consecuencia, se determinará su situación administrativa irregular con la posible expulsión del territorio español.

Los arts. 35.3 y 35.4 LOEx<sup>114</sup> y el art. 190 REx regulan diversos aspectos que van desde la identificación del menor hasta la puesta a disposición a los servicios de protección y el procedimiento de determinación de la edad. El art. 35.3 LOEx prevé que a la llegada del menor y en tanto no se pueda determinar su edad<sup>115</sup>, se le proveerá de protección y no podrá ser trasladado a un CIE. Según el art. 190.1 REx, *“Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias”*. Evaluando todas las circunstancias, el Fiscal hará una interpretación jurídica del dictamen médico<sup>116</sup> y de otras pruebas, y dictará resolución estableciendo con valor de presunción la edad del menor. El art. 190.4 REx detalla que en *“El decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.”* El decreto del Ministerio Fiscal se inscribirá en el Registro del art. 215 REx. El art 35.4 LOEx establece que una vez se determine la minoría de edad, el Ministerio Fiscal debe poner al menor a disposición de los servicios competentes de

---

<sup>112</sup> Según un Informe comparativo de la UE elaborado por la Red Europea de Migraciones, “La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados. Un estudio comparado” (2010); *“La práctica más generalizada entre los Estados miembros consiste en otorgar el beneficio de la duda y aceptar el valor inferior del rango de edad determinado por las pruebas.”*

<sup>113</sup> El art. 110.2 de la LDOIA establece al respecto que *“cuando los niños y adolescentes inmigrados no acompañados no puedan acreditar documentalmente la minoría de edad o existan dudas sobre la veracidad de la documentación aportada, el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes debe ofrecerles la atención inmediata que necesiten mientras se realizan las gestiones y los trámites establecidos por la legislación sobre extranjería para determinar su edad.”*

<sup>114</sup> La Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de Fiscalía General del Estado, para la Interpretación del actual artículo 35 de la LOEx, señala que la finalidad del precepto es que *“no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que puedan dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en territorio español, sea español o extranjero”*

<sup>115</sup> El precepto dispone *“cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad”* y el art. 190 REx establece *“cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física”*

<sup>116</sup> Se realizaran pruebas médicas que ponderarán un examen físico general, un estudio radiográfico de la muñeca, un examen de la cavidad oral y un estudio radiológico dental.

protección de menores de la CA en la que se encuentre. El REx prevé que el servicio de protección de menores le informe, de modo fehaciente y en un idioma que entienda, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita (art. 190.5 REx). Entonces, se requiere que el menor sea declarado en desamparo mediante resolución administrativa para que la Administración asuma la tutela, en virtud de la LOPJM y el CC (o de la LDOIA y el CC Catalán).

El art. 35 LOEx no prevé expresamente que se informe al menor y que éste muestre su consentimiento en relación con la práctica de las pruebas que determinen su edad. Sin embargo, éste debe ser advertido al respecto. En caso que se niegue a realizar las pruebas de determinación de la edad, podrá ser indicio relevante de su mayoría de edad. No obstante, dar por sentado este hecho resulta vulnerador de derechos fundamentales del menor. La negativa de realizar las pruebas de determinación de la edad no debería ser una presunción de su mayoría de edad, dada la escasa fiabilidad de las mismas y que tienen un conocido margen de error.

Cabe decir, que en virtud del art. 48.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección internacional, aquellos menores solicitantes de asilo o protección internacional que se nieguen a realizar las pruebas de determinación de la edad, *“la negativa a someterse a tal reconocimiento médico no impedirá que se dicte resolución sobre la solicitud de protección internacional”*.

En este punto es donde surge la controversia con la posibilidad de recurrir esta prueba documental, ligado a la tendencia de los tribunales de asumir el informe del Ministerio Fiscal como prueba irrefutable. Resulta todavía más problemático el hecho de que el resultado de las pruebas de determinación de la edad primen ante la tenencia de un pasaporte u otro documento acreditativo de la edad del menor expedido en el país de origen<sup>117</sup>. La tendencia de los tribunales es de no concederles eficacia probatoria por no tener la consideración de documentos públicos y al no tener convenios con los terceros estados con los que suceden estas prácticas. En el fondo, el hecho de dudar sobre su autenticidad documental supone indefensión y la consecuente vulneración del art. 24 CE.

---

<sup>117</sup> CABEDO MALLOL, V., CLOQUELL LOZANO, A (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección de la infancia de las Comunidades Autónomas*, Tirant monografías 816 (2012), p.171. Según VILLAGRASA A., C.: *“Realizar las pruebas de determinación de la edad a ese menor que viene documentado, pero del que se duda sobre su autenticidad documental, refleja directamente la duda ante las autoridades que han expedido dicho documento, por lo que, debería intervenir el Ministerio de Exteriores para comprobar su autenticidad ante los Consulados pertinentes”*

### **3) Búsqueda de soluciones duraderas: El retorno o repatriación y la reunificación familiar *versus* la integración o acogida.**

El último punto del texto comunitario aborda la identificación de soluciones duraderas con el fin de responder a la situación de los menores no acompañados que se encuentren en un EM. Se trata del apartado más importante ya que se vincula la noción de solución duradera al interés superior del menor. El Plan de Acción destaca tres posibles soluciones duraderas. Las soluciones que se plantean giran en torno a estas tres posibilidades: primero, el retorno y reintegración en el país de origen (la repatriación); segundo, la concesión de un estatuto de protección internacional que permita integrarse en el EM de acogida y, en tercer lugar, el reasentamiento en un tercer país de la UE<sup>118</sup>. Según el Comité de los Derechos del Niño, el objetivo prioritario es encontrar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección del menor, que tenga en cuenta sus opiniones y que conduzca a resolver su situación<sup>119</sup>.

La búsqueda de una solución duradera deberá fundamentarse en la evaluación individual del interés superior del menor para que pueda tomarse una decisión concreta en base a las necesidades de protección. La Comisión Europea considera que la decisión sobre el futuro de cada menor deberá adoptarse con la mayor brevedad posible (se propone como máximo 6 meses), teniendo en cuenta una evaluación individual del interés superior del menor. La evaluación del interés superior del menor comprenderá el rastreo de la familia, el análisis de otras posibilidades de reintegración en la sociedad de origen y la determinación de la solución que mejor respete el interés superior del menor. La Observación General nº6 dispone que el primer paso para poder identificar qué solución es más idónea para el menor pasa por evaluar la posibilidad de reunificación familiar mediante el rastreo de la familia. Según el Comité de los Derechos del Niño, para determinar cuál es el interés superior del menor es primordial que se determine la edad y se tome consideración la nacionalidad del menor, que se evalúen sus necesidades en términos de protección y que se establezca su tutela y/o asistencia legal. Los Estados deberán esforzarse para empezar con las actuaciones pertinentes tan pronto como se identifique al MENA. Para hacer efectivas estas previsiones el esfuerzo de los Estados y la colaboración con los países de origen es fundamental.

Es importante recalcar que ante estas tres posibilidades prima el retorno al país de origen. La Comisión Europea dispone el retorno como solución preferente y lo justifica al vincular el interés

---

<sup>118</sup> Vid. CABEDO MALLOL, V., CLOQUELL LOZANO, A (Coord)., *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección de la infancia de las Comunidades Autónomas*, Tirant monografías 816 (2012), p. 187.

<sup>119</sup> Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nº 6, 2005, párrafo 79

superior del menor con la reunificación familiar en origen (arts. 9 y 10 CDN)<sup>120</sup>. Aunque el Plan de Acción reconozca que “*el retorno no es más que una opción posible*” se desprende tácitamente de la estructura y contenido del texto y de la normativa nacional e internacional que la preferencia de la UE a la vista de encontrar una solución duradera se basa en este “sistema de prioridades” donde prima el retorno en origen y se contempla la acogida e integración en su defecto y como solución a emprender si el retorno resulta imposible o incompatible con el interés superior del menor.

Esta vinculación también se establece en el ordenamiento jurídico español. La normativa de extranjería aboga por la reunificación familiar en el país de origen como solución que mejor conviene al menor. El art. 35 LOEx procura en primer término que se den las actuaciones necesarias para hacer posible la repatriación y sólo cuando ésta no resulte la respuesta idónea se propiciaran las mejores condiciones para asegurar la plena integración en España. Por lo tanto, España cumple con la premisa europea aunque, si se toma el retorno como medida prioritaria se omite la evaluación de otros derechos susceptibles de vulneración en los países de origen.

En todo caso, es muy importante asegurar soluciones duraderas asesorando y evaluando individualmente el interés superior del menor en cada caso concreto para hallar la solución que mejor corresponda. Las soluciones duraderas podrán consistir en una de las tres repuestas que se plantean a continuación:

#### **A. El retorno y la reintegración en el país de origen:**

El Plan de Acción tiene preferencia por el retorno como solución duradera. Establece que “*se dará preferencia al regreso voluntario*”, posibilidad que en la mayoría de casos no resulta ser de forma voluntaria y se impone por las autoridades estatales. El consentimiento del menor en lo que respecta a la repatriación debe ser básico. El Plan de Acción tiene en cuenta las medidas destinadas a facilitar el retorno de los menores no acompañados que no requieran protección internacional, reconociendo que para muchos la mejor solución es reunirse con sus familias, vivir y desarrollarse en su propio entorno social y cultural.

Con el fin de armonizar las medidas de alejamiento de extranjeros en la UE, la Directiva sobre el retorno<sup>121</sup> contiene diversas garantías jurídicas e instaura un procedimiento común de retorno para los EM. La Directiva de retorno constituye el marco jurídico aplicable en la UE para el retorno de menores no acompañados que no puedan acogerse a la protección internacional ni a otras formas de

---

<sup>120</sup> COM(2010)213 final “*Es posible que en muchos casos el interés superior del menor sea reunirse con su familia y crecer en su propio entorno social y cultural*”

<sup>121</sup> DIRECTIVA 2008/115/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:ES:PDF>

protección y que se encuentren en situación irregular en algún EM. Según el Plan de Acción, la trasposición de la Directiva a nivel nacional se traducirá en notables mejoras en varios EM. El ámbito de aplicación de la Directiva incluye como supuesto especial de retorno el traslado de menores no acompañados a sus familias, a un tutor o a instituciones tutelares en su país de origen<sup>122</sup>. Existe cierto margen de discrecionalidad de los Estados a la hora de aplicar la Directiva de retorno ya que la misma permite excluir del ámbito de aplicación a los nacionales de terceros países detenidos en relación con el cruce irregular de la frontera exterior (art. 2.2<sup>123</sup>). Por lo tanto, los MENA identificados en la entrada irregular al territorio pueden quedar excluidos de las garantías jurídicas que otorga la Directiva, lo que supone, si más no, una barrera legal para su protección institucional<sup>124</sup>. Sin embargo, en virtud de los instrumentos internacionales que amparan la protección de los derechos del menor, los Estados no deberían dejar a ningún menor sin protección, incluso en caso que se detecten en el cruce irregular en frontera.

A continuación se concretan las medidas que propone el Plan de Acción en materia de retorno y repatriación en el país de origen:

- Desarrollo de soluciones innovadoras con los países de origen y tránsito para facilitar el retorno. Priorización del retorno voluntario. Las soluciones innovadoras se dejan al arbitrio de lo que los EM decidan incluir en los acuerdos de colaboración con los países de origen.
- El retorno del MENA debe cumplir con las normas internacionales y llevarse a cabo de forma segura y adecuada para el menor. El retorno debe reflejar las garantías legalmente establecidas (al menos, las que establece el art. 10 de la Directiva de retorno). Si bien en virtud del art. 2.2 de la Directiva de retorno, algunos menores pueden quedar fuera del ámbito de protección, los EM están obligados a respetar las garantías jurídicas y los derechos fundamentales recogidos en la CDN y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, por lo que no podrían no otorgarles protección. Además, el art. 5 a) de la Directiva establece que los Estados deberán tener en cuenta el interés superior del menor así como el principio de no devolución (*non refoulement*) en la aplicación de la misma.

---

<sup>122</sup> Art. 10: Retorno y expulsión de menores no acompañados: 1. Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior. 2. Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

<sup>123</sup> Art. 2.2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países: a) A los que se deniegue la entrada con arreglo al art.13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido anteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro; b) que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o sujetos a procedimientos de extradición.

<sup>124</sup> Vid. MOYA MALAPEIRA, D., “La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *Revista DCE*, nº 10, 2008, pp. 101-164.



- Financiación por parte del Fondo Europeo para los Refugiados<sup>125</sup>, del Fondo para la Integración de Nacionales de Terceros países<sup>126</sup> y del Fondo para el Retorno<sup>127</sup> de una serie de medidas para garantizar el retorno. Este apoyo financiero se concreta en actividades educativas y de formación para ayudar a los países de origen a ofrecer mejores perspectivas de estudio y trabajo en los países de origen y promover así la reintegración. La financiación incluirá el fomento a la reagrupación familiar mediante actividades de rastreo de la familia en los EM y en los países de origen. La Comisión considera que la reintegración del menor pasa por contemplar la posibilidad de favorecer su inserción laboral en origen, ofreciendo un entorno atractivo para su desarrollo. Por lo tanto, se financiará la creación de centros de formación y estudios e investigaciones para una mejor gestión del retorno. Para ello, se deberá contar con la colaboración con los países de origen a través de acuerdos o convenios de colaboración para hacer efectivas estas previsiones. Como se ha visto, España ha concluido acuerdos de cooperación internacional con países de origen (en virtud del art. 35.1 LOEx) y prevé la posibilidad que las CCAA puedan celebrarlos también (art. 35.2 LOEx). Estos acuerdos regulan la integración en origen y el retorno de MENA e incluyen, entre otras medidas, el apoyo financiero al establecimiento de unidades de protección de la infancia, programas de formación o actividades informativas de los riesgos derivados de la inmigración irregular. La ayuda europea para favorecer el desarrollo de los países de origen creando entornos seguros y prósperos es primordial para que la reintegración del MENA sea favorable al interés superior del menor.
- El Plan se preocupa por el seguimiento post-retorno del menor mediante la financiación del Fondo Europeo para el Retorno<sup>128</sup>. La asistencia a los menores no acompañados será un proceso continuo y estable que incluirá la fase de seguimiento después de haber hecho efectiva la repatriación. El seguimiento en el país de origen está previsto especialmente para las víctimas de trata, con el fin que no vuelvan caer en manos de traficantes y vuelvan a convertirse en víctimas. Además, se prevé el seguimiento legislativo en este ámbito. Con el fin de evaluar la situación se publicarán estudios sobre las prácticas y la legislación de los EM en materia de retorno. Se financiarán proyectos de control y seguimiento, y se promoverán mejores prácticas en los EM.

---

<sup>125</sup> El Fondo Europeo para los refugiados financia acciones que se relacionan con los menores no acompañados que son solicitantes de asilo, refugiados o tienen el estado de protección subsidiario, así como las actividades de restablecimiento de los Estados de la Unión Europea. La creación del Fondo Europeo para los Refugiados constituye un primer paso hacia un régimen de asilo común. (Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 2004 por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2005-2010)

<sup>126</sup> El Fondo de Integración Europeo financia actividades que facilitan a los menores no acompañados que tienen el derecho de quedarse en Unión Europea la integración en su sociedad de acogida.

<sup>127</sup> El Fondo Europeo para el Retorno financia los proyectos que aseguran la supervisión post-retorno, incluyendo a las víctimas de trata y a las familias, que se basan en actividades en el contexto de retorno para unir de nuevo a los niños con sus padres, para facilitar el retorno por parte de las autoridades del país de origen y para crear expectativas de estudio y mejores oportunidades para los menores que sean retornados a sus países de origen.

<sup>128</sup> *Vid. supra*

Estas medidas sobre el retorno aportan básicamente el propósito del apoyo financiero. A pesar de ello, los problemas para averiguar las circunstancias personales y socio familiares del menor en su país de origen persisten y nada se concreta en el Plan de Acción.

No existe una práctica uniforme en relación con los procedimientos de repatriación en la UE y aunque la Directiva de retorno intente subsanarlo, la discrecionalidad de los Estados sigue vigente en este ámbito. La premisa es que la repatriación garantice que el menor sea retornado con un miembro de su familia que se haga cargo de él, con el tutor designado o en unas instalaciones de protección adecuadas en el país de origen. En aquellos casos en los que la repatriación se produzca sin reagrupación familiar o sin contar con todas las garantías legalmente establecidas, se estará ejecutando una repatriación vulnerando los derechos fundamentales del menor reconocidos en la CDN y en la Carta de Derechos fundamentales de la UE. Como ya se ha comentado, en algunos casos el retorno puede resultar contraproducente ya que muchos menores repatriados reemprenden el proceso migratorio al poco tiempo. Por ello es importante garantizar el seguimiento post-retorno y unas condiciones de vida adecuadas en origen que otorguen la posibilidad de reintegración en la sociedad del país de origen con éxito.

En España, los procesos de repatriación de MENA se regulan en la normativa de extranjería (art. 35.5 y 35.6 LOEx y arts. 191, 192, 193, 194 y 195 REEx<sup>129</sup>) y en el Título IV de la Ley 30/92 por lo que se refiere al procedimiento administrativo por el que se lleva a cabo el expediente de repatriación. Además, los acuerdos bilaterales también recogen disposiciones que pretenden favorecer el retorno al país de origen con una reunificación familiar efectiva o la entrega a una institución tutelar. El tratamiento jurídico de la legislación de extranjería parte de un enfoque centrado en la prevención en origen y en la búsqueda de soluciones duraderas. Tal y como establece el art. 35.5 LOEx: *“De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos”*. Por tanto, prima el retorno y la reintegración en el país de origen del menor, siempre que sea posible y en base al interés superior del menor; dejando la permanencia en territorio Español como una solución

---

<sup>129</sup> Establece que *“La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre la repatriación del menor extranjero no acompañado a su país de origen, o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para su efectiva reagrupación familiar, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. (...) No se procederá a la repatriación cuando se verifique la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares (...)”*

subsidiaria y en defecto de una posible puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores del país de origen o ante la imposibilidad de reagrupación familiar en su país<sup>130</sup>.

España ha traspuesto la Directiva de retorno y cumple con las previsiones del art. 10 de la Directiva, referentes al retorno y expulsión de menores no acompañados. El art. 35.5 LOEx establece que la Administración del Estado, con carácter previo a la decisión de iniciar un procedimiento para la repatriación, deberá solicitar informes a la representación diplomática<sup>131</sup> del país de origen sobre las circunstancias familiares del menor (art. 190. 3 REx), para sopesar la viabilidad del retorno en origen y decidir si este es congruente con el interés superior del menor. Compete a las Delegaciones y Subdelegaciones el Gobierno de la CCAA donde se halle el domicilio del menor el menor llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación (art. 191.1 REx), así como la práctica de las actuaciones informativas previas. Las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno deben comunicar al Ministerio Fiscal todas las actuaciones que se lleven a cabo en este procedimiento, ya que es el Ministerio Fiscal el que comprobará que la decisión que se adopte sea la más adecuada a los intereses del menor. Además del informe de la representación consular, también se solicitará informe de la entidad que tenga atribuida la tutela legal. El art. 191. 5 REx refleja un compromiso de ejercer la repatriación con garantías ya que establece que en caso que la familia no pueda asumir la responsabilidad del menor, la representación diplomática del país de origen deje por escrito que la autoridad competente del país de origen se comprometerá a hacerse cargo del menor con sus propios servicios de protección.

Para garantizar la regularidad del procedimiento de repatriación, el menor deberá ser oído e informado de todos sus derechos. Deberá garantizarse la participación del menor como sujeto interesado en el marco de un verdadero procedimiento administrativo sujeto a la Ley 30/92. El Plan de Acción no hace mención sobre la opinión del menor a la hora de decidir una solución duradera tan relevante como es el retorno al país de origen, ni tampoco dice nada sobre el derecho de información del menor en el marco del procedimiento de repatriación (derecho de participación del art. 12 CDN<sup>132</sup>). Sin embargo, en la legislación española, el mismo art. 35.5 LOEx dispone que *“acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto,*

---

<sup>130</sup> Vid. D. BOZA MARTINEZ; FJ. DONAIRE VILLA, D. MOYA MALAPEIRA; *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Tirant lo Blanch

<sup>131</sup> Concreta el art. 190.3 REx que *“En caso de que dicho país no cuente con representación diplomática en España, el informe será solicitado a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios.”*

<sup>132</sup> La Circular 2/2006 FGE expone que *“deberá tenerse especialmente presente la necesidad de respetar el derecho del menor a ser oído, debiendo recordarse que este derecho integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión...derecho que, en su calidad de derecho fundamental tienen todos los menores”*

*sobre su permanencia en España*”. Una vez se han visto los informes relativos a la situación socio-familiar del menor y, cuando se considere que el interés superior del menor corresponda al retorno en origen, la Delegación o Subdelegación del Gobierno acordará la incoación del procedimiento (art. 192.1 REx).

El art. 192.2 contiene garantías respecto al derecho de participación del menor ya que establece que deberá ser notificado inmediatamente de la incoación del procedimiento de repatriación (junto con la notificación al Ministerio Fiscal y a la entidad tutelar) y que deberá ser informado *“por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español”*. Aquellos menores que tengan entre 16 y 18 años podrán actuar personalmente o a través de representante en el procedimiento de repatriación así como en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 35.6 LOEx)<sup>133</sup>. El art. 193 REx concreta que *“en caso de que no hayan alcanzado dicha edad, serán representados por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda”*, como es lógico teniendo en cuenta su capacidad de obrar limitada. El art. 193 REx también establece la previsión de suspender el curso del procedimiento hasta nombrar otro defensor judicial que represente al menor en caso que aquellos mayores de 16 con juicio suficiente manifiesten una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación legal.

En la fase de instrucción del procedimiento de repatriación los menores o sus representantes pueden hacer alegaciones y proponer pruebas (art. 193.3 REx). Una vez transcurrido el periodo de prueba, *“en un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez”*, el Delegado o Subdelegado del Gobierno de la CA donde se encuentre el menor dará inicio al trámite de audiencia donde se garantizará el derecho del menor a ser oído mediante su presencia, para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación (art. 194.1 REx). Con la plena observancia al interés superior del menor, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá sobre el procedimiento. Se deberá asegurar la mejor solución duradera: bien la repatriación al país de origen o aquél donde estén sus familiares, bien sobre su permanencia en España. La resolución del Gobierno se inscribirá en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (art. 215 REx) y será notificada al menor o su representante, al MF y a la entidad pública de protección en 10 días (art. 194.2 REx). En la resolución se le informará de los recursos que caben contra la misma, tanto en la vía administrativa como en la judicial<sup>134</sup>. El art. 194.3 REx, del mismo modo que plantea el Plan de Acción, establece como máximo un plazo de 6 meses para la resolución y notificación del procedimiento desde la fecha de acuerdo del inicio del mismo.

---

<sup>133</sup> La SSTC 183/2008 de 22 de diciembre de 2008 reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a los menores no acompañados en los procedimientos de repatriación.

<sup>134</sup> El art. 194.2 REx establece que *“En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar, de acuerdo con lo previstos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa”*

En la fase de ejecución del procedimiento de repatriación (art. 195 REx), una vez ésta ya sea firme y se ejecute, deberá asegurarse que el menor sea acompañado a su país de origen “*por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen*”. En la práctica, las repatriaciones se han venido ejecutando por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que entregan al menor a las autoridades fronterizas del otro país. Los policías encargados del procedimiento de repatriación deberían ir vestidos de paisano, para que el hecho en sí no resulte tan violento para el menor.

En relación con los procedimientos de repatriación, la SSTC 183/2008 de 22 de diciembre de 2008<sup>135</sup>, junto con la SSTC 184/2008, de 22 de noviembre de 2008<sup>136</sup> marcan jurisprudencia constitucional respecto a diversos aspectos controvertidos en los procesos de repatriación<sup>137</sup>. En estas dos sentencias, el TC se pronuncia entorno al derecho del menor a ser escuchado en todo procedimiento que tenga incidencia sobre su esfera personal, ya sea directamente o a través de un representante. El menor no acompañado con juicio y madurez suficiente tiene la capacidad para ejercer por sí mismo la defensa de sus intereses o, en su defecto, a través de un defensor judicial. Además, el TC reconoce la legitimación a las asociaciones para ejercer la defensa judicial de estos menores, a la vista de las dificultades que tienen para acceder a un asesoramiento jurídico independiente de su entidad tutelar. La cuestión más relevante que se plantea en estos dos pronunciamientos es que el TC reconoce y ampara el derecho a recurrir judicialmente o a instar a la revisión de una resolución administrativa sobre el procedimiento de repatriación.

## **B. La concesión de un estatuto de protección internacional o de otro estatuto jurídico que permita la integración en los Estados miembros de acogida:**

La segunda opción que plantea el Plan de Acción como solución duradera se relaciona con aquellos menores no acompañados que puedan acogerse a una solicitud de asilo<sup>138</sup>, a la protección

---

<sup>135</sup> Disponible en el BOE: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/01/24/pdfs/BOE-A-2009-1247.pdf>

<sup>136</sup> Disponible en el BOE: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/01/24/pdfs/BOE-A-2009-1248.pdf>

<sup>137</sup> Dichas sentencias se vinculan a casos donde se venían efectuando repatriaciones de menores sin las garantías legalmente establecidas. En uno de los casos, gracias a la rápida actuación del letrado que representaba al menor (Nacho de la Mata), se consiguió que el Juez estableciese medida cautelar y que el menor se bajase del avión en el que iba a ser repatriado *in extremis*.

<sup>138</sup> Existen distintos instrumentos legislativos de la UE que establecen normas específicas en materia de recepción y procedimientos a MENA que soliciten asilo: la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y el Reglamento (CE) n° 343/2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

internacional<sup>139</sup> o bien a otro estatuto jurídico que les permita su integración en el EM de acogida. La concesión de un estatuto de refugiado o de protección internacional al menor no acompañado le otorgará la protección necesaria siempre que se den las circunstancias para considerar al sujeto como refugiado<sup>140</sup> y en virtud del art. 22 de la CDN<sup>141</sup>. El art. 22.2 CDN establece que *“En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar”*.

La Comisión Europea considera que los menores, por su especial vulnerabilidad, deberían poder acogerse al régimen de refugiado o a un estatuto similar que les asegurara la garantía de sus derechos y la protección institucional y que además *“deberían recibir ayuda en el proceso de integración en la sociedad de acogida”*. En aquellos supuestos en los que el retorno no fuera posible y cuando el interés superior del menor se relacionase con la vida e integración en el país de acogida, deberá concedérsele un estatuto jurídico que permita su integración. Además, se le buscará un alojamiento adecuado.

Las previsiones del Plan de Acción resultan escasas y poco concisas por lo que respecta a los menores que no puedan ser repatriados. El mismo Plan reconoce que *“la legislación y las políticas de la UE no abordan la situación de los menores que no pueden ser repatriados”*, más allá del reconocimiento del estatuto de refugiado no se aborda la situación de estos menores. Nada se dice respecto a la protección institucional y la posible concesión de autorizaciones de residencia por razones humanitarias, dejando a los EM que tomen decisiones en base a sus legislaciones nacionales-que bien pueden retornar al menor como regularizar su situación administrativa-. España, si bien no destaca por conceder solicitudes de asilo<sup>142</sup>, es uno de los países de la UE que más autorizaciones de residencia concede. En MENA, el art. 196.1 del REx establece que *“una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación, 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 procederá a otorgarles la autorización de residencia a la que se refiere el art. 37.5 LOEx”*. Para hacer efectiva la integración es básico que los Estados

---

<sup>139</sup> Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

<sup>140</sup> Vid. La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967 son instrumentos internacionales que regulan la concesión de asilo ante el peligro que supone el regreso al país del que ha huido el refugiado, por temores fundados de persecución en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas. Además, se debería justificar que el regreso al país de origen puede originar represalias o el peligro de ser nuevamente víctima de trata en caso que no se proporcione protección. El miedo ante violaciones de derechos humanos, tales como la explotación sexual o laboral, la mutilación genital, el reclutamiento forzoso o hasta el matrimonio forzoso son violaciones específicamente dirigidas a menores que amparan una protección especial.

<sup>141</sup> Art. 22.1 CDN: *“Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”*

<sup>142</sup> En 2011 sólo se concedieron 10 solicitudes de asilo en España. En Alemania, Suecia y Bélgica superaron las 2000. Fuente: Eurostat.

regularicen la situación del MENA mediante un permiso de residencia con el fin de legalizar su estatus jurídico. Aunque para los menores no acompañados sobre los que no exista ningún indicio de que necesiten protección internacional no se iniciará automáticamente un procedimiento para la obtención de asilo, sí que recibirán protección al amparo de los mecanismos de protección de la infancia<sup>143</sup>. Además, éstos podrán disfrutar de la protección complementaria y en caso que no ostenten la condición de refugiado ni tampoco puedan disfrutar de formas complementarias de protección, podrán seguir acogiéndose a la protección mientras se encuentren dentro del territorio del Estado<sup>144</sup>. Los objetivos y medidas del Plan de Acción en el ámbito de las concesiones de asilo o protección internacional se concretan a continuación:

- Garantizar al MENA la concesión de la categoría de refugiado o un estatuto de protección subsidiario y asistir a su integración en la sociedad de acogida<sup>145</sup>.
- Garantizar a aquellos menores que no puedan ser repatriados<sup>146</sup>, y que no pertenezcan a la categoría de refugiados, un estatus legal apropiado y un alojamiento digno en el estado de acogida. Las legislaciones nacionales deben regular la concesión de permisos de residencia por motivos humanitarios, excepcionales u otros permisos en estos supuestos. Fuera de los casos del asilo, se delega a las normas nacionales de los EM la concesión de la autorización de residencia para los que no puedan ser repatriados. La Comisión Europea examinará el trato que reciben los menores no acompañados nacionales de terceros países en situación irregular que no puedan ser repatriados y evaluará la necesidad y conveniencia de establecer un marco común para éstos. En este sentido, la UE viene impulsando desde 1999 un Sistema Europeo Común de Asilo que aboga por el reasentamiento de refugiados de terceros países en la UE y que contempla especial apoyo para los sujetos más vulnerables. Se prevé que a finales de Junio de 2013, una vez finalizadas las negociaciones entre el Parlamento y la Comisión, se hagan vigentes las reglas y estándares comunes en materia de asilo en toda la UE<sup>147</sup>. En materia de menores, la normativa de asilo asegura la representación del MENA e intenta reagrupar a los miembros de su familia lo más rápido posible considerando la unidad familiar, el bienestar y el desarrollo social del menor así como su seguridad y opinión.

---

<sup>143</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafo 67

<sup>144</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafos 77 y 78

<sup>145</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafo 64 y ss. Establece consideraciones en torno al acceso al procedimiento para obtener asilo y hace referencia al acceso a los procedimientos con independencia de la edad así como las garantías del procedimiento, medidas de apoyo y los derechos que otorga la condición de refugiado.

<sup>146</sup> Denota de nuevo la preferencia comunitaria por la solución del retorno. El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nº 6, 2005, párrafo 77 establece formas complementarias de protección a favor de los menores de manera que *“Si no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado...los MENA disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección”* Asimismo, recalca el párrafo 78 que *“...los menores que no ostenten la condición de refugiado ni disfruten de formas complementarias de protección, podrán seguir acogiéndose a la protección estipulada mientras se encuentren de facto dentro del territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado”*

<sup>147</sup> Cecilia Malström se congratulaba de la llegada a un acuerdo en materia de asilo en Abril de 2013: <http://blogs.ec.europa.eu/malmstrom/the-last-pieces-of-the-puzzle/>

- Financiar proyectos y actividades específicas para la integración en la sociedad de acogida, con especial atención a programas para víctimas de trata o violencia infantil<sup>148</sup>.
- Desarrollar políticas de integración de nacionales de terceros países mediante el intercambio y desarrollo de buenas prácticas entre los EM.

En España, el art. 13.4 CE<sup>149</sup> protege el derecho de asilo. La actual regulación del derecho de asilo en la normativa española se adapta a la política común de asilo de la UE y es congruente con las previsiones del Plan de Acción. Los MENA potenciales de ser solicitantes de asilo tienen un tratamiento concreto en Título V de la Ley 12/2009<sup>150</sup> del que se pueden beneficiar en aplicación del principio de *non refoulement*. La Ley de asilo contiene una regulación para los menores en general<sup>151</sup> y un precepto específico para los menores no acompañados (art. 48) ya que reconoce que por su situación de especial vulnerabilidad requieren un trato diferenciado y específico.

El punto de partida es que el menor solicite protección internacional. Para ello, es importante la identificación por parte del personal social que trabaje con ellos y de las autoridades fronterizas y tutelares de los posibles casos que puedan beneficiarse de la protección que otorga la legislación de asilo y protección subsidiaria. Es necesario detectar antes que se está ante un potencial solicitante de asilo y que se le proporcione información al menor sobre esta posibilidad ya que normalmente desconocen de su derecho a pedir asilo. Deberán intervenir terceras personas que cuiden de sus intereses, entre los que destacan, a parte del tutor legal, los funcionarios y expertos de la Administración pública que intentaran evaluar las circunstancias en el país de origen con el fin de encontrar el fundamento de los temores del menor<sup>152</sup>. El art. 48.3 de la Ley de asilo remite a la normativa sobre protección de la infancia para el nombramiento del representante del menor. El precepto establece que de manera inmediata se le asegure al menor la representación legal para que se actúe en su nombre en el examen de la solicitud de asilo. Los menores solicitantes de asilo o protección internacional serán enviados a los servicios de protección de menores de la CA competente y el hecho se pondrá en conocimiento del MF (art. 48.1) y se inscribirá en el Registro de Menores No Acompañados como menor no acompañado solicitante de asilo o protección internacional.

<sup>148</sup> Vid. Fondo Europeo para los Refugiados y Fondo para la Integración de Nacionales de Terceros Países

<sup>149</sup> “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”

<sup>150</sup> Disponibles en el BOE la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y su desarrollo reglamentario: Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo. El reglamento se modificará una vez que la UE consolide el Sistema Común de Asilo.

<sup>151</sup> Art. 47. Menores: “Los menores solicitantes de protección internacional que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, o degradante, o que hayan sido víctimas de conflictos armados recibirán la asistencia sanitaria y psicológica adecuada y la asistencia cualificada que precisen.”

<sup>152</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, Ginebra, enero de 1988, p. 58



La Ley de asilo también se preocupa por la determinación de la edad del menor en el art. 48.2, que transpone la Directiva 2005/85/CE<sup>153</sup>, y remite a las disposiciones de la normativa de extranjería referentes a la determinación de la edad del menor. Otro asunto a tener en cuenta es que algunos menores víctimas de trata de seres humanos podrían encontrarse dentro de la definición de refugiado y, en consecuencia, tener derecho a la protección internacional.

Para aquellos casos en que los menores que sean víctimas pero no reúnan los requisitos para obtener la condición de refugiado, se podrán acoger a la protección subsidiaria prevista en el art. 4 de la Ley de asilo y amparada por el art. 22.2 CDN. El reconocimiento de la protección subsidiaria comportará la no devolución, y, según el art. 36 de la Ley de asilo *“implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea”*.

Con el fin de garantizar un estatuto jurídico que permita al menor la plena integración en España, es necesario que se le tramite la autorización de residencia. En virtud del art. 35.7 LOEx se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración Pública o bajo resolución judicial, por cualquier otra entidad. No obstante, la concesión de la autorización de residencia no será obstáculo para la posterior repatriación si en un futuro favorece el interés superior del menor. La regularidad que se predica de los menores tutelados por una Administración pública viene condicionada por la declaración de desamparo del menor para que primero la Administración pública asuma la tutela. Como ya se ha comentado, es preciso acreditar la imposibilidad del retorno con la familia o al país de origen, para que pueda otorgarse una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores (art. 35.7 LOEx)<sup>154</sup>.

En el momento que la CA competente en materia de protección de menores proceda a la declaración de desamparo del menor y la entidad pública de protección asuma su tutela legal<sup>155</sup>, ésta última deberá adoptar las medidas de protección pertinentes. Los menores pasaran a residir en centros específicos de acogimiento para menores extranjeros de la CA donde se encuentren -que como ya se dicho no favorecen completamente su integración y lo que debería generalizarse son los acogimientos familiares-<sup>156</sup>. El Plan de Acción no establece previsiones acerca de los aspectos sobre la integración

---

<sup>153</sup> Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado

<sup>154</sup> El tiempo de duración de la tutela será esencial para obtener una autorización de residencia de larga duración y, en su caso, para la adquisición de la nacionalidad española de conformidad con el art. 22.2.c) del CC, que exige el plazo de 1 año de residencia legal al menor extranjero que haya estado tutelado durante 2 años consecutivos. *Vid. D. BOZA MARTINEZ; FJ. DONAIRE VILLA, D. MOYA MALAPEIRA; La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Tirant lo Blanch, p. 315

<sup>155</sup> En virtud del art. 172.1 CC (asunción de la tutela de menores desamparados atribuida a la entidad pública de protección, que se pondrá en conocimiento del MF) y del art. 18 LOPJM (actuaciones en situación de desamparo).

<sup>156</sup> Países como el Reino Unido contemplan el acogimiento en centros de acogida como último recurso y se habla de un acogimiento familiar generalizado.

en el país de acogida o sobre la posibilidad que quepa la adopción nacional o internacional con familias adoptivas. El Plan tampoco trata la cuestión del paso a la mayoría de edad del menor, ni prevé que se les otorgue ningún estatuto a partir de los 18 años. Se trata de un aspecto relevante para conseguir la plena integración en el país de acogida. Se debe evitar que estos menores se encuentren en un *limbo legal* al llegar a los 18 años y que caigan en la irregularidad, sancionable con la expulsión del territorio en virtud de la normativa de extranjería, por falta de tramitación de la autorización de residencia en su debido momento -mientras estaban siendo tutelados y cuya tramitación correspondía a la entidad pública de protección como actividad tutelar-. Todos estos aspectos se abordan a nivel nacional, tanto para los menores que han obtenido la autorización de residencia siendo tutelados como para los que no, pero que también han sido tutelados por la entidad pública de protección. De un lado, los arts. 35.9 LOEx y 197 REx regulan el acceso a la mayoría de edad del MENA titular de una autorización de residencia, pudiendo renovarla por un periodo de dos años. El precepto dispone que la expiración de la vigencia de la autorización de residencia no se limite a la mayoría del edad y que además, se pueda solicitar la modificación de la autorización de residencia por una autorización de residencia y trabajo (art. 197.6 REx). Del otro lado, el art. 198 REx regula el acceso a la mayoría de edad del MENA que no es titular de una autorización de residencia pero que ha sido tutelado por los servicios de protección. En estos casos, cuando hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad tutelar para favorecer su integración social, la entidad de protección podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales. En el supuesto de su concesión, se otorgará una autorización de residencia temporal o autorización de residencia y trabajo. La solicitud deberá ser presentada personalmente por el propio extranjero en la Oficina de Extranjería correspondiente a la provincia en la que tenga fijado el domicilio durante en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años. La autorización concedida tendrá una vigencia de sólo un año.<sup>157</sup>

### **C. El reasentamiento en un Estado miembro de la Unión Europea:**

El reasentamiento en la UE se contempla en último término del texto comunitario de manera breve y concisa. En caso que no exista ninguna otra solución duradera posible en el país de acogida, y tras una evaluación cuidadosa<sup>158</sup> en colaboración con el ACNUR y las organizaciones de la sociedad civil, se optará por la opción de reasentar dentro de la UE a los menores no acompañados que sean refugiados de países extracomunitarios. Es importante recalcar que la Comisión plantea esta posibilidad sólo ante

---

<sup>157</sup> Más información en el sitio web del [Ministerio de Interior](#)

<sup>158</sup> El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nº 6, 2005, párrafos 92 y 93 dispone que “La decisión de reasentar debe basarse en una evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior...”(...) “Al evaluar el interés superior del menor deben tenerse en cuenta otros factores y derechos reconocidos en la CDN tales como el art. 8 (derecho a preservar su identidad, nacionalidad y nombre así como a preservar sus relaciones familiares), art. 20 (cuidado y protección), art. 6 (derecho a la vida), art. 12 (derecho a expresar su opinión libremente), etc.

MENA a los que se haya concedido el estatus de refugiado en un tercer país. El reasentamiento está particularmente indicado si constituye el único medio para proteger al menor ante la devolución o persecución u otras vulneraciones de derechos fundamentales en el país de estancia. En caso que un país de la UE acoja a un gran número de menores no acompañados refugiados, la UE dispondrá de medidas de reasentamiento en otro EM. El reasentamiento también puede ser una posibilidad que responda al interés superior del menor en caso que contribuya a la reunificación familiar en el país de reasentamiento<sup>159</sup>. El Plan de Acción se refiere a la posibilidad que MENA refugiados que se encuentren en terceros países puedan ser reasentados dentro de algún EM con el fin de otorgarles protección. En todo caso, se deberá asegurar que reciben el mismo trato que los nacionales. En el país de acogida, se intentará fomentar su integración socio-cultural y que reciban formación conforme a su edad. Se promulgarán sistemas de acogida y se dará apoyo económico de las instituciones públicas de protección de la infancia. Los Estados deberán ofrecer oportunidades para el reasentamiento. De hecho, existe la voluntad de establecer un programa común en materia de reasentamiento, mediante Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa al establecimiento de un Programa Conjunto de la UE en Materia de Reasentamiento<sup>160</sup> como solución duradera al alcance de los refugiados, aunque este programa tiene un marco de aplicación más general y no está centrado únicamente en MENA<sup>161</sup>.

Las tres vías de acción anteriormente vistas comprenden las principales medidas a promover por parte de todos los actores implicados para la mejora del estatus social de los MENA. En sede de prevención, se abordan las causas de la inmigración infantil desde la raíz del problema en los países extracomunitarios de origen de la inmigración. Se pretende crear un medio adecuado en estos terceros estados que permita a los menores crecer y desarrollarse sin que se vean empujados a emigrar para tener una vida mejor -mediante la creación de escuelas, centros de formación, centros de protección de menores, la democratización y promulgación de los derechos humanos, etc.-. La lucha contra la trata de seres humanos es el primer paso para frenar la inmigración infantil, por lo que se financiarán actividades de sensibilización y formación en los países de origen para mejorar la identificación y protección de las víctimas. La UE no sólo quiere intentar frenar esta inmigración sino que debe proteger a los MENA que ya se encuentran en la UE. En el ámbito de la protección, la Comisión asegurará la correcta implementación de la legislación de la UE referida a la recepción y las garantías procesales (tutela, determinación de la edad, rastreo de la familia...). Se evaluará si es necesario introducir instrumentos específicos para todos los menores relativos a cuestiones como la tutela, la

---

<sup>159</sup> Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nº 6, 2005, párrafo 92

<sup>160</sup> COM(2009) 447 final.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0447:FIN:ES:PDF>

<sup>161</sup> Vid. CABEDO MALLOL, V., CLOQUELL LOZANO, A (Coord)., *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección de la infancia de las Comunidades Autónomas*, Tirant monografías 816 (2012), p. 213

representación legal, el acceso a la vivienda, la educación, las entrevistas iniciales, etc. Por último, en la identificación de una solución duradera deberá evaluarse siempre de forma individualizada qué corresponde al interés superior del menor. En virtud del Plan de Acción, las soluciones duraderas consistirán: en el retorno y la reintegración en el país de origen, en concederle al menor un estatuto de protección internacional o cualquier otro que le otorgue la condición legal que le permita integrarse en el EM de acogida, o, en su caso, en el reasentamiento en otro EM.

### **3.3. El informe intermedio de aplicación del Plan de Acción sobre menores no acompañados.**

Para garantizar la eficacia del Plan de Acción por parte de los EM, la Comisión Europea ha previsto el seguimiento y esfuerzo de la aplicación de sus previsiones desde una perspectiva a largo plazo<sup>162</sup>. El Plan establece que en los próximos años a su aprobación se propondrán nuevas medidas y podrán realizarse estudios, análisis y evaluaciones de su impacto: “a mediados de 2012 y antes de 2015 la Comisión informará de su aplicación y podrá proponer una revisión del Plan de acción o medidas adicionales”. En septiembre de 2012 la Comisión examinó el progreso hecho desde la implantación del Plan de Acción mediante el Informe intermedio de aplicación del Plan de Acción<sup>163</sup>. En el Informe, la Comisión identificó los sectores que requieren más atención, haciendo hincapié en las condiciones de acogida y en que el interés superior del menor sea el principio que rijan todas las acciones y que se aplique realmente. El Informe aboga por que se siga abordando el fenómeno en base al respeto de los derechos del menor, con solidaridad y reparto de responsabilidades entre los EM con los países de origen y tránsito, así como la mejora de la cooperación con organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones internacionales<sup>164</sup>. Es esencial el compromiso e intercambio de datos en la UE y los Estados miembros con los países de origen y de tránsito; compartir experiencias, conocimientos y buenas prácticas, comprender mejor las necesidades de esos países y hallar soluciones concretas en relación con la prevención, la localización de las familias y el retorno seguro de los menores no acompañados. En general, el Plan de Acción ha tenido un impacto positivo por lo que se refiere al reconocimiento del interés superior del menor como principio rector en los instrumentos legislativos de la UE. Además, ha dado pie a que se favorezcan medidas de financiación. Sin embargo, la elaboración de un enfoque común en la UE es un proceso permanente y progresivo que requiere esfuerzos de todos los actores implicados para poner en común mejores prácticas con el fin de encontrar soluciones duraderas, por lo que, aunque hayan habido mejoras, aún queda mucho por

---

<sup>162</sup> Como afirma el profesor RAVETLLAT BALLESTÉ, I.; “Este Plan 2010-2014 (...) viene a erigirse en un eje o instrumento inicial, de larga duración, sobre el cual asentar un proceso de integración y corresponsabilidad en el tratamiento socio jurídico de los adolescentes que vienen solos a Europa”. Vid. CABEDO MALLOL, V., CLOQUELL LOZANO, A (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección de la infancia de las Comunidades Autónomas*, Tirant monografías 816 (2012), p. 175

<sup>163</sup> COM(2012) 554 final. Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados,(2012)

<sup>164</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-10-168\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-168_en.htm?locale=en)

hacer. Según el informe “*sin la participación de los países de origen no será posible avanzar en temas como el restablecimiento de la unidad familiar o la garantía de un retorno seguro*”.

La recopilación de datos sigue siendo uno de los principales problemas que requiere una mejor cooperación y mayor transferencia de información en la UE, aunque gracias a los organismos competentes se cuenta con más datos e información actualizada. En la recopilación de datos de menores no acompañados es necesario tener en cuenta las figuras diferenciadas de cada perfil de menor no acompañado, que permitirían conocer cuántos son retornados a su país de origen, los que son víctimas de trata, inmigrantes irregulares, solicitantes de asilo o de protección internacional y, en su caso, cuántos desaparecen o escapan de las instituciones de protección o centros de acogida. Además de la recopilación de los perfiles migratorios, la Comisión prevé llevar a cabo en 2013-2014 un estudio que recopile estadísticas sobre la participación de menores no acompañados en los procedimientos judiciales administrativos, civiles y penales; propuesta que facilitará en un futuro la regulación de aquellos aspectos procesales más controvertidos en los procesos en que se encuentren inmersos estos menores.

Por lo que se refiere a la prevención de la migración insegura y la trata de seres humanos, el Informe aboga por integrar la migración de menores dentro de la cooperación al desarrollo. La prevención supone el desafío más importante por parte de la UE por el que se debe propiciar el dialogo cercano con los países extracomunitarios. La UE ha venido financiando una serie de proyectos en este ámbito<sup>165</sup>, para aumentar la sensibilización de menores en situación de riesgo y formar a personal especializado que detecte estas situaciones. Se han propiciado diálogos y seminarios en la UE para compartir conocimientos y experiencias<sup>166</sup>. La UE tiene un compromiso permanente con los terceros países<sup>167</sup> y se ha tratado la problemática propiciando diálogos sobre migración y movilidad mediante la cooperación con países extracomunitarios.

En el campo de la recepción y las garantías procesales, se ha propuesto modificar el Código de Fronteras Schengen y al Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen<sup>168</sup> con el fin de mejorar el trato que reciben los MENA en frontera y de fortalecer la cooperación entre Estados. Además, desde 2010 se han aprobado varios instrumentos legislativos relevantes que fortalecen la protección de estos

---

<sup>165</sup> Véase la lista completa de proyectos en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, SWD(2012)281

<sup>166</sup> En Mayo de 2013 se puso en marcha la “Plataforma de la Sociedad Civil de la UE contra la trata de seres humanos”, formada por diversas ONGs, que funcionará como un foro a nivel europeo, nacional y local. Se trabajará en áreas como la prevención, la protección de víctimas y los derechos de los niños mediante seminarios y reuniones. Más información en: <http://blogs.ec.europa.eu/malmstrom/platform-against-trafficking/>

<sup>167</sup> La financiación nacional y de la UE de centros en países como Senegal, Marruecos, Egipto, Moldavia, Kenia, Guatemala y Bolivia para ofrecer alojamiento y educación a menores ha tenido unos resultados alentadores.

<sup>168</sup> <http://blogs.ec.europa.eu/malmstrom/improvement-of-the-schengen-cooperation/>

menores<sup>169</sup>.

Actualmente, se está a la espera de la aplicación del nuevo Sistema Común de Asilo<sup>170</sup> que incremente el nivel de protección de los menores no acompañados.

La nueva Directiva sobre trata de seres humanos prevé que los EM deban designar a un tutor o representante legal al menor víctima de trata a partir del momento en que las autoridades lo identifiquen como tal, aunque esta Directiva ha de acabar de ser traspuesta por todos los EM. Además, se han financiado y promulgado proyectos en el ámbito de la tutela de estos menores, así como en la determinación de la edad o la búsqueda de la familia, a fin de promover mejores prácticas. Además, se está llevando a cabo la provisión de información de los derechos de las víctimas a través de documentos que ayudan a la identificación, asesoramiento y protección de niños víctimas de trata<sup>171</sup>.

Con respecto a las soluciones duraderas, el Informe establece que seguirán siendo prioritarias las medidas de financiación de la UE<sup>172</sup>. En diciembre de 2013 se prevé la elaboración de un informe por parte de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva de retorno que examine la comparación en la aplicación de los preceptos relativos a menores no acompañados en los Estados miembros, así como el impacto del seguimiento en los países de origen. A finales de 2014 se realizará un informe final sobre la implementación del Plan de Acción, una vez haya finalizado el periodo para su aplicación.

---

<sup>169</sup> DIRECTIVA 2011/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)

y la DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Según Cecilia Malström, la Directiva relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos debería haber sido incorporada a la legislación nacional ya, pero sólo nueve Estados miembros la han traspuesto en toda su extensión (República Checa, Estonia, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rumania y Suecia) y otros cuatro Estados miembros la han incorporado parcialmente (Bélgica, Bulgaria, Eslovenia y el Reino Unido). Es fundamental que todos los EM implementen este marco legal en sus ordenamientos. Ver más en: <http://blogs.ec.europa.eu/malmstrom/platform-against-trafficking/>

<sup>170</sup> Después de años de negociaciones, por fin en 2015 se hará vigente el marco legislativo que dará a la UE un sistema común de asilo e incrementará la protección especial de menores no acompañados ([http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/malmstrom/news/archives/2013/06/20130612\\_en.htm#](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/malmstrom/news/archives/2013/06/20130612_en.htm#)) cuyos cambios más relevantes se pueden consultar en: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/ceas-factsheets/ceas\\_factsheet\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/ceas-factsheets/ceas_factsheet_en.pdf)

<sup>171</sup> [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/thb\\_victims\\_rights/thb\\_victims\\_rights\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/thb_victims_rights/thb_victims_rights_en.pdf)

En este documento de la Comisión Europea se da a las víctimas y a profesionales una visión general de los derechos basados en la legislación de la UE. También ayuda a los Estados miembros al desarrollo de descripciones similares de los derechos de las víctimas de trata de personas a nivel nacional. Legislación de la UE establece normas mínimas y los Estados miembros pueden ir más allá de estas normas como mejor les parezca.

<sup>172</sup> Según el Informe intermedio de aplicación del Plan de Acción: “La financiación sigue siendo un elemento importante para el desarrollo práctico de un enfoque común de la UE”.

### **3.4. Evaluación del impacto del Plan de Acción sobre menores no acompañados en España**

España ha realizado esfuerzos para garantizar la protección de los derechos de los menores extranjeros no acompañados. Sin ir más lejos, el Plan de Acción fue impulsado por parte de España durante la presidencia rotatoria española en la UE. España ha abordado el fenómeno de los menores no acompañados de manera activa, al menos en la adopción de disposiciones normativas en la materia, al ser uno de los países con mayor flujo migratorio integrado por MENA.

En el presente trabajo se ha visto que la situación jurídica de los menores no acompañados se articula mediante la regulación normativa de la extranjería junto con las previsiones en materia de protección pública de los menores. Esta doble interacción normativa ha llevado a inevitables discrepancias y problemas de aplicación práctica, más cuando cada Comunidad Autónoma tiene su propio sistema de protección de menores frente a la regulación estatal de la extranjería. Desde Europa se exige una mayor responsabilidad y mejor cooperación a nivel nacional y en España esto se traduce en conseguir una mayor coordinación entre las CCAA. Por ello, el gran reto español pasa por homogeneizar la aplicación de las diversas políticas de protección de la infancia con el fin de contar con un sistema práctico y coherente que regularice la situación de este colectivo de manera uniforme. Ya que los menores pasan por distintas autoridades en su trayecto migratorio, la normativa de extranjería se preocupa de coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, que intervienen desde la localización del menor hasta las soluciones duraderas (Título XI, Capítulo III del REx). Sin embargo, se podría crear un organismo que sirviese de enlace entre las instituciones estatales y las administraciones de las CCAA<sup>173</sup>. Aunque España actúe formalmente en congruencia con lo establecido en el Plan de Acción, la mayor inflexión del sistema español se manifiesta en la descoordinación entre las administraciones central, autonómicas, locales y las fuerzas de seguridad. El informe intermedio insiste en que la recopilación de datos debe intensificarse. España ha tomado nota al respecto y uno de los avances en este campo ha sido la creación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (art. 215 REx). Si bien se trata de un registro con finalidades identificativas (art. 190.1 REx), permite unificar los datos de las distintas CCAA y promover la

---

<sup>173</sup> Italia cuenta con un organismo público, el *Comité para los Menores Extranjeros*, que se encarga de coordinar las actividades de las distintas administraciones implicadas.

coordinación entre las diferentes administraciones. Sirve para conocer los antecedentes del menor, así como si previamente ha sido acogido o si se le han practicado las pruebas de evaluación de la edad (art. 190. 4 REx).

Retomando lo anteriormente expuesto, en España caben tres soluciones duraderas (art. 35.5 LOEx): retornar al menor con su familia a su país de origen o al lugar que aquélla se encuentre, quedar a disposición de los servicios de protección de la infancia del país de origen y, en último término, permanecer en España bajo la tutela de la Administración pública competente. Se ha visto que España se acoge a una política de reagrupación familiar. En este ámbito, se han intentado acortar los plazos de duración de los procedimientos administrativos (los procedimientos de asilo, por ejemplo, se tramitan de manera urgente en virtud del art. 25.1.b) de la Ley 12/2009). Se ha puesto de relieve que la reagrupación familiar sólo es efectiva en caso que proceda ante la previa investigación en origen de la imposibilidad del retorno (art. 35.5 LOEx). En este punto, en la práctica sigue resultando muy difícil realizar con éxito el rastreo familiar por falta de colaboración internacional, aunque se hayan celebrado acuerdos de colaboración (art. 35.1 LOEx). En relación con el procedimiento de retorno, el menor debe tener la posibilidad de oponerse a la repatriación y designar una defensa que le represente (arts. 35.6 LOEx y 193,194 REx), como manifestación de los principios que derivan de la CDN.

La segunda posibilidad en defecto de reunificación familiar es el retorno propiamente dicho a las instituciones de protección de los países de origen, en el que existe un panorama muy poco favorecedor para los menores por la falta de garantías de que sean atendidos en cuanto lleguen a su país de origen, así como las dificultades que supone la no reintegración en su propia sociedad. España ha colaborado en la creación de centros de tutela específicos en países como Marruecos con el fin de garantizar un retorno con garantías y que ofrezca protección a estos menores. La creación de estos centros ha sido criticada ya que favorece el retorno asistido, bajo la connotación de que en realidad se tratan de verdaderas expulsiones del territorio al amparo de la protección que se da en estos centros tutelares en origen.

Finalmente, la tercera de las posibilidades, con carácter subsidiario, es la permanencia del menor en España bajo la tutela de la Administración pública. Una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno, los sistemas de protección de las CCAA deberán instar la solicitud de autorización de residencia y en todo caso, transcurridos nueve meses desde que el menor sea puesto a disposición de los servicios competentes de protección del menor (art. 196.1 REx). Los efectos de la autorización de residencia se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los



servicios de protección de menores (art. 35.7 LOEx), medida que favorece su integración en España por poder facilitar la concesión de una autorización de residencia.

## CONCLUSIONES

1. En un contexto de globalización, la inmigración es simplemente una consecuencia de la aspiración del ser humano para la mejora de sus condiciones de vida. La inmigración, siendo un hecho natural, humano y enriquecedor, puede acarrear auténticos problemas de fondo, más si los sujetos que emprenden el trayecto migratorio son menores de edad. El fenómeno de los menores no acompañados es una vertiente de la inmigración irregular especialmente vulnerable, sujeta al Derecho Internacional. Al respecto, se ha visto que el acuerdo más relevante en la materia es la Convención de los Derechos del Niño de 1989, de entrada en vigor en España el 1990. No obstante, otros acuerdos también regulan situaciones específicas en las que se pueden llegar a encontrar estos menores. Por ejemplo, aquellos solicitantes de asilo o protección internacional, así como los que son víctimas de tráfico de seres humanos. Además, se han podido analizar, también, los acuerdos bilaterales con países de gran inmigración infantil. Estos acuerdos –con Senegal, Marruecos y Rumanía- abordan el problema de la inmigración infantil desde varias vertientes, poniendo énfasis en el regreso de estos menores a su país de origen. Si bien los derechos fundamentales de los menores de edad en general y de los menores no acompañados en particular se fundamentan en instrumentos legislativos internacionales de carácter vinculante, personalmente, creo que carecen de una aplicación práctica completamente real. Estos instrumentos internacionales están formulados en términos tan amplios que aún cumpliéndose con sus disposiciones más generales, se pueden dar situaciones de desprotección del menor. Éstos dejan a la voluntad de los Estados el materializar una verdadera protección. Son los propios estados que se han comprometido al cumplimiento de las disposiciones de estos acuerdos mediante su ratificación los que deben hacerlos efectivos o para que, en fin, no queden en papel mojado.

2. En cuanto a la relevancia del Derecho comunitario, veo necesario hacer las consideraciones siguientes. Toda la normativa estatal en materia de menores no acompañados se basa actualmente en el Derecho comunitario, por lo tanto, es esencial su estudio y reconocimiento. En este ámbito, la Unión Europea es quien trae las riendas en la lucha contra la inmigración infantil de terceros países. No obstante, nos encontramos ante un cuerpo normativo europeo disperso que no contiene un único instrumento legislativo aplicable a estos menores sino que cuenta con varios instrumentos del derecho originario y derivado de los que hemos deducido los que son de aplicación. Hemos comprobado que

la Unión Europea intenta paliar la problemática desde tres frentes distintos (la inmigración irregular, el tráfico de seres humanos y el asilo o protección internacional) y que su objetivo final es el de dotar de un régimen jurídico uniforme en todos los Estados miembros para la protección de los derechos de estos menores. En la Unión Europea, la inmigración infantil es un hecho consolidado y el Plan de Acción constituye el primer paso para establecer un enfoque común para responder de forma efectiva a este desafío transnacional.

Los Estados miembros pretenden limitar las nuevas llegadas de menores no acompañados mediante sus políticas, cuando lo que deberían hacer es fortalecer las medidas protectoras en su territorio y aceptar que se trata de una característica crónica de la inmigración de la UE, y que no pueden controlar completamente la llegada de estos menores, pero sí pueden ayudarles a integrarse. Por lo tanto, no deberían darle la espalda a la problemática y la crisis económica no debe ser excusa para cerrar las fronteras de la UE, y menos a menores de edad. Decir en este punto que en general prevalece el control de los flujos migratorios ante la integración y protección de los derechos de los extranjeros.

**3.** Los principios que derivan de la Convención de los Derechos del Niño, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de otros instrumentos internacionales son las limitaciones principales que han de respetar los Estados a la hora de legislar o emprender cualquier acción entorno a estos menores, siempre con atención al interés superior del menor. Es esencial que no sufran ningún tipo de discriminación por su propio estatus porque por encima de todo son niños y tienen el derecho a vivir en un entorno adecuado donde poder desarrollarse. Deben poder disponer de tutela y de una defensa legal que les permita hacer valer sus derechos. Por ello, su opinión es relevante y deben contar con el derecho a ser escuchados cualquier procedimiento de adopción de decisiones que les afecten. Aunque no dispongan de una capacidad de obrar plena, muchos llevan ya un largo viaje a sus espaldas por lo que su grado de madurez es suficientemente elevado como para ser dueños de sus propias decisiones y que sus opiniones sean debidamente consideradas. Todos estos principios y derechos se reconocen por la CDN y tienen su incidencia en la legislación española en la LOPJM y en Cataluña en la LDOIA.

**4.** El Plan de Acción sienta las bases hacia un sistema común en materia de menores no acompañados y pretende armonizar las legislaciones nacionales. Introduce el término de “solución duradera” y establece que el interés superior del menor deba ser el principio que rijan toda decisión concerniente al futuro del menor no acompañado. El Plan establece el retorno como solución duradera preferente, dejando la permanencia en Europa como subsidiaria, ya que vincula el interés superior del menor a la reunificación familiar o vida en el país de origen. En este punto, es necesario poner de manifiesto que se está sobredimensionando la vinculación del interés superior del menor al retorno en origen o reunificación familiar. Si bien es posible que el interés superior del menor sea vivir con su familia en

su país de origen, no debería generalizarse el retorno como solución preferente. Están en juego diversos intereses como la familia o el desarrollo del menor en su propio entorno y deben valorarse los dos contextos: en origen y en la UE. Teniendo en cuenta que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, caben distintas interpretaciones en función del supuesto de hecho en el que nos hallemos. Desde mi perspectiva como estudiante de Derecho, se debería evaluar individualmente y determinar en cada caso cuál es el interés superior del menor. No se debería establecer ningún sistema de prioridades, sino llevar a cabo una determinación del interés superior antes de tomar una solución duradera que responda a la situación del menor no acompañado. El hecho de vincular el interés superior del menor a la reunificación familiar o vida en origen ni fomenta la protección de los menores ni limita nuevas llegadas. Más bien al contrario: potencia su desprotección y vulnerabilidad, al propiciar que los menores no acompañados intenten esquivar los sistemas de protección por miedo a una posible repatriación.

5. En España, la interpretación y aplicación de la normativa de extranjería junto con las previsiones de la normativa de protección de la infancia se realiza de manera desigual en las distintas CCAA. Esta falta de coordinación interinstitucional es el talón de Aquiles del sistema español en materia de menores no acompañados. España toma el retorno como solución duradera prioritaria que mejor corresponde al interés superior del menor y sólo contempla la acogida en defecto o ante la imposibilidad de retorno. Aún así, en comparación con otros países europeos, en España los MENA acceden al sistema de protección de manera automática una vez son localizados e identificados como menores de edad. Además, se les ofrecen posibilidades de regularización de su situación al llegar a los 18 años, aunque, en la práctica, se conceden las autorizaciones de residencia de forma discrecional.

6. El Plan de Acción ha tenido un impacto positivo en España. Los mínimos están fijados en la ley, pero ahora falta que la realidad no difiera de lo legalmente establecido y, sobretodo, que se les trate como lo que son: menores de edad. Es importante que se cree *opinio iuris* en la materia en todos los Estados miembros ya que las posiciones de la Comisión Europea se acaban de consolidar de acuerdo con la opinión de los países. Sólo de este modo se logrará incrementar, fortalecer y unificar los niveles de protección de estos menores así como propiciar su plena integración en la Unión Europea. Con la ayuda de cada Estado miembro se pueden dar grandes pasos para asegurar que estos menores reciban una bienvenida digna en la UE. Todos los países deben implicarse desde un punto de vista administrativo para repartir un poquito más las responsabilidades que comporta la inmigración infantil, ya que como se ha visto, algunos EM han venido asumiendo más responsabilidades que otros.

7. Muchos objetivos del Plan son de difícil cumplimiento, sobre todo, para mí, los objetivos a cumplir en los terceros países sobre la prevención. Muchas previsiones, si bien pueden resultar un tanto

utópicas, deben poder llevarse a cabo a lo largo del tiempo y con arreglo a soluciones creativas e innovadoras. Considero que a grandes desafíos grandes soluciones y que a cuanto más iniciativas se aporten más lejos se llegará, aunque aún falte un largo camino a recorrer para garantizar la no vulneración de los derechos de estos menores. El Plan de Acción podría ser el embrión de una futura directiva comunitaria.

## BIBLIOGRAFIA Y OTRAS FUENTES

CABEDO MALLOL, V., CLOQUELL LOZANO, A. (Coord.). PÉREZ GIBERNET, R.M. y VILLAGRASA ALCAIDE, C; RAVETLLAT BALLESTÉ, I.; *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*. Tirant monografías, 816, 2012.

D. BOZA MARTINEZ; FJ. DONAIRE VILLA, D. MOYA MALAPEIRA; *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Tirant lo Blanch, 2012.

DÍAZ-MAROTO J., RODRÍGUEZ A. (Coord.), DE PALMA DEL TESO, Á.; *El menor ante el derecho en el siglo XXI*, “El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores” Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 15, págs. 185-215, 2011

ILLAMOLA, M; APARICIO, M; MOYA, D; RODERA, S. (Coord.); *Las Fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea: actas del II y III Encuentro de Jóvenes Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*, Documenta universitaria, 2004.

PALOMAR OLMEDA, A., BENLLOCH SANZ, P. (Coord.); *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Tomo II. Tirant monografías 311, Aranzadi, 2010.

PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho internacional*, Tirant monografías 791, Aranzadi, 2012.

PÉREZ, M. C., *Interés superior del menor y retorno de los menores no acompañados a su país de origen*, II Jornadas sobre políticas migratorias, justicia y ciudadanía, CSIC, 2008.

RODRIGUEZ TORRENTE, J.; *La protección de los derechos del niño en la Constitución española y en las Constituciones de los Estados de nuestro entorno*, (Ed.): El menor y la familia: Conflictos e implicaciones. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.

SINDICATURA DE GREUGES, ICAB; *Infància I oportunitats*. Ponències de la Taula Rodona sobre els Drets de la Infància en Risc a Barcelona, 2009.

TRINIDAD NÚÑEZ, P., *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 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*, “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”.

### **Revistas, monografías y publicaciones online:**

CAPDEVILA i CAPDEVILA, M. (2003) “Els menors estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA)”, *Justicia i societat*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada,

DE PALMA DEL TESO, Á. (2011), “La condición legal de “menor no acompañado” en nuestro Derecho de extranjería; definición común en la Unión Europea. La Kafala del Derecho islámico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº90

DÍEZ MORRÁS, F.J., (2012), “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *REDUR 10*.

MOYA MALAPEIRA, D., (2008) “La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”; *Revista DCE*, nº 10.

MOYA MALAPEIRA, D., (2010), “¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión migratoria”, *Revista catalana de dret públic*, nº 40

ROZZI, E., (2002) “The evaluation of the best interest of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention of the Rights of the Child”, Save the Children Italy.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.; (2012) “El plan de acción (2010-2014) de la Comisión Europea ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados?”, *Revista Mugak* nº 56

SENOVILLA, D., LAGRANGE, P, (2011) “The legal status of unaccompanied children within international, European and national frameworks. Protective standards vs. Restrictive implementation”. Proyecto PUCAFREU

### **Documentos oficiales:**

Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005 (CRC/GC/2005/6)

COM (2010) 213 final. Plan de Acción sobre los Menores No Acompañados (2010 - 2014), Bruselas, 6/5/2010.

COM(2012) 554 final. Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados

COM(2009) 447 final. Programa conjunto de la UE en materia de reasentamiento

2010/C 115/01. “Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”

COM(2006) 367 final. Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia.

Conclusiones del Consejo de Europa relativas a menores no acompañados

Europa Press: MEMO/10/168, MEMO/10/169

Separated Children in Europe Programme: Statement of Good Practice, Save the Children Alliance y

ACNUR (2000). Declaración de Buenas prácticas

Informe comparativo “The reception and care of unaccompanied minors in eight countries of the European Union” Project co-funded by the European Union’s Fundamental Rights and Citizenship program

Informe de la Red Europea de Migraciones (EMN): “La Política de Acogida, Repatriación y Acuerdos para la integración de los Menores Extranjeros No Acompañados. Estudio comparativo de la UE elaborado por la Red Europea de Migraciones. Informe comparativo de la UE” (2010).

## **ANEXO LEGISLATIVO**

### **CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES**

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Entrada en vigor: 5 enero 1991)

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006

Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia)

Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002.

Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes

Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990.

Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987

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 el 5 de diciembre de 2006.

ACUERDO entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, firmado “ad referendum” el 6 de marzo de 2007.

Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.

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 el 15 de diciembre de 2005.

## **DERECHO COMUNITARIO**

### **Derecho originario:**

Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Convenio Europeo de derechos humanos

### **Reglamentos:**

Reglamento (CE) n° 562/2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)

Reglamento (CE) n° 2007/2004 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea

Reglamento (CE) n° 862/2007 sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 311/76 del Consejo relativo a la elaboración de estadísticas de trabajadores extranjeros (Texto pertinente a efectos del EEE)

Reglamento (CE) n° 343/2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país

Reglamento (CE) n° 1560/2003 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país

### **Directivas:**

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular

Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado

Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes

Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar  
Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros

Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida

#### **Decisiones:**

Decisión 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios y por la que se deroga la Decisión 2004/904/CE del Consejo → 2007/815/CE: Decisión de la Comisión, de 29 de noviembre de 2007, por la que se aplica la Decisión n° 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la adopción de las orientaciones estratégicas para el período 2008-2013

Decisión 574/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013 como parte del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios → 2007/599/CE: Decisión de la Comisión, de 27 de agosto de 2007, por la que se aplica la Decisión n° 574/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la adopción de las directrices estratégicas para el período 2007-2013

Decisión 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios → 2007/837/CE: Decisión de la Comisión, de 30 de noviembre de 2007, por la que se aplica la Decisión n° 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la adopción de las orientaciones estratégicas para el período 2008-2013

Decisión 2013/115/UE de Ejecución de la Comisión relativa al Manual Sirene y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) → Manual Sirene (desaparición de menores) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:186:0001:0037:ES:PDF>

## **LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

Constitución Española de 1978

Código Civil

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor



Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre; por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio y por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (BOE núm. 10 de 12/01/200) (LOEx o LODYLE)

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

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.  
Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, de 1985

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Código Penal

LO 5/2000 Responsabilidad penal del menor

## **LEGISLACIÓN CATALANA**

Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio de 2006. (DOGC núm. 4680 de 20 de julio de 2006)

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (DOGC nº 5641, de 2.06.2010, LDOIA)

Ley 25/2010, de 19 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (DOGC nº 5686, de 5.8.2010)

Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil (DOGC nº 3580, de 21 de febrero de 2002)

Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias (DOGC nº 3926, de 16 de julio de 2003)

Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico. (DOGC núm. 4691, de 4 de agosto de 2006)

Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales. (DOGC núm. 4990, de 18 de octubre de 2007.)

Ley 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán

de la Salud. (DOGC núm. 5672, de 16 de julio de 2010.)

Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña. (DOGC núm. 5629, de 14 de mayo de 2010.)