

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA

Begoña Flores González

Profesora Contratada doctora de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

TITLE: *The legal protection of separated foreign children in Spain.*

RESUMEN: La presencia de los menores inmigrantes no acompañados en España es cada vez mayor. Este fenómeno comenzó en los años noventa y su relevancia ha aumentado en los últimos años. Existe un conflicto de intereses entre los menores extranjeros no acompañados y las Administraciones Públicas que los tutelan que pone en cuestión el sistema de protección diseñado por la Ley del Menor y que dificulta su aplicación práctica. En este trabajo se trata de analizar la situación jurídica de los menores inmigrantes en nuestro país, los obstáculos existentes tanto en la legislación como en su aplicación práctica para que prevalezca el interés superior del menor y las soluciones posibles para que la protección de los menores inmigrantes no acompañados no quede en papel mojado.

ABSTRACT: *Many separated children arrive to Spain. This phenomenon began in nineties and has increased in the last years. There is a situation of conflict between the separated children and the public administration that has these minors under its guardianship. This conflict questions the efficiency of minor's Law and is a relevant obstacle for its practical application. The purpose of this paper is to analyse the legal situation of the separated children in Spain, to expose the difficulties faced in asserting the best child's interest and the possible solutions to ensure that their rights do not remain on paper.*

PALABRAS CLAVE: menores inmigrantes no acompañados-repatriación del menor- Ley del Menor-pruebas de determinación de la edad- declaración de desamparo- tutela de la entidad pública.

KEYWORDS: *Separated foreign children. Minor's repatriation. Minor's Law. Age assessment. Declaration of abandonment. Guardianship under public administration.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO NORMATIVO. 2.1. *La condición de menor de edad en conflicto con la de inmigrante irregular.* 2.2. *El menor inmigrante como sujeto de derechos.* 3. LA DETERMINACIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO. 4. LA DECISIÓN SOBRE LA REPATRIACIÓN O LA PERMANENCIA DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO. 5. LA RESIDENCIA LEGAL DEL MENOR INMIGRANTE. 6. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA TUTELA EX LEGE DE LA ENTIDAD PÚBLICA. 7. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y SOLUCIONES PROPUESTAS. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya tiempo que en Europa se está produciendo un nuevo fenómeno migratorio: el de la migración irregular de los menores de edad solos, sin sus familias. Desde los años noventa, España es uno de los países más afectados por este fenómeno debido a su proximidad con Marruecos y Argelia, países de donde proceden una gran parte de los menores inmigrantes que llegan a territorio español, y en menor medida de Senegal y

otros países del África subsahariana¹. En septiembre de 2009 apareció publicada una noticia estremecedora. Por estas fechas llegó a las costas españolas la primera patera infantil, tripulada solo por menores, viajaban seis niños, todos varones y de origen magrebí. La embarcación era una balsa hinchable de juguete². Esta noticia es suficientemente expresiva de una realidad que no podemos ignorar: el fenómeno de la inmigración de menores en España, son los llamados menores extranjeros no acompañados (en adelante MENA) que llegan a nuestro país en una patera, un cayuco o en los bajos de un camión, jugándose la vida para encontrar trabajo y posibilidades de desarrollo para ellos y su familia.

El perfil de la mayoría de estos menores es el del adolescente, varón, marroquí o argelino, entre 14 y 17 años, que viene a nuestro país para escapar de situaciones de gran penuria económica y encontrar oportunidades de desarrollo, en ocasiones, de forma voluntaria, y otras veces movido por su familia³. Lo cierto es que en los últimos años este fenómeno de la inmigración irregular de menores no acompañados ha ido en aumento y se ha tornado más complejo. Cada vez hay más menores de edad extranjeros «sin papeles» que cruzan nuestras fronteras o vienen a España. El incremento de las desigualdades sociales, los conflictos bélicos y el impacto del cambio climático hacen que jóvenes y adolescentes huyan de sus países y vengan a España⁴. Algunos sencillamente buscan salir de la pobreza, una vida mejor y mejores oportunidades económicas, para ellos y sus familias; otros simplemente vienen a España para salvar su vida o escapar de los abusos y la explotación⁵.

¹ Véase Fiscalía General del Estado, *Memoria anual*, 2016, p. 487 y 2017, p. 540; LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E, y BENLLOCH SANZ, Juan Pablo, «Ciudadanía e Integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género», *Tratado de extranjería*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 2.

² Noticia publicada en <http://infoumma.blog.spot.com/> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2010].

³ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., «La aventura de los adolescentes africanos en España: la respuesta del derecho español», *e-migrinter* nº 2, 2008, p. 60; UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España*, Informe 2009, Madrid, p. 41 y ss.

⁴ Save the Children España, *Infancias invisibles. (Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España)*, junio 2016, pp. 6 y 12.

⁵ El artículo 3.1 de la Convención dispone que «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». 49-52. Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. *cit.* La Observación General nº 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño intitulada «Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen» (CRC/GC/2005/6) en el apartado 2, epígrafe I relativo a «objetivos de la observación general», dispone que «las razones de que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variadas y numerosas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas».

Las cifras que existen sobre el número de MENAS que hay en España evidencian que nos hallamos ante una realidad social que va en aumento y que exige soluciones adecuadas. Según la memoria anual de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) de 2017 en el año 2016

la llegada de menores extranjeros no acompañados [...] a las costas españolas en pateras u otro tipo de embarcaciones patentemente precarias durante el año 2016, acredita una evolución muy preocupante. En 2016 han sido localizados 588 MENAS, un 42,02 % superior a 2015 (414) y un 163 % más que en 2014 (223)⁶.

Estas cifras se refieren a los MENAS que entran en nuestro país por vía marítima, porque como reconoce la FGE en sus informes, no se disponen de cifras de los menores que se han introducido en España por vía terrestre ocultos en los vehículos de motor o por otros medios⁷.

Por lo que se refiere a los MENAS tutelados por el Estado español, según la memoria anual de la FGE en el año 2016 en el Registro de Menores extranjeros no acompañados figuran 3.997 niños sometidos a la tutela, lo que supone un 19,23% más que el año 2015, en el que figuraban registrados 3.341 MENAS⁸. En el año 2012 figuran 3.261 MENAS tutelados, en el año 2013, 2.632 y en el año 2014, 3.419⁹. Por su parte el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (en adelante Ministerio de Sanidad) suministra unas cifras diversas, que no coinciden con las suministradas por la FGE, pero que igualmente evidencian la importancia social del colectivo de los MENAS. Así, en el Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, que elabora dicho Ministerio, figuran un total de 1.939 MENAS tutelados en España en el año 2014, 1.940 en el año 2015 y 2.524 en el año 2016¹⁰. Según la ONG Save the Children en 2013, 2.841 menores extranjeros no acompañados fueron tutelados por el Estado español. Esta cifra ha aumentado casi en un 30% en 2014, año en que el número de MENAS tutelados por el Estado español ascendió a 3.660¹¹.

Lo cierto es que las cifras no coinciden y, por ello, es difícil conocer la magnitud exacta que tiene el colectivo de los MENAS en España. De hecho, un problema añadido que se plantea en relación con los MENAS en nuestro país, es la escasez de datos que existen

⁶ Fiscalía General del Estado, *Memoria anual*, 2017, p. 540.

⁷ Véase Fiscalía General del Estado, *Memoria anual*, 2016 p. 487 y Fiscalía General del Estado, *Memoria anual*, 2017, p. 540.

⁸ Fiscalía General del Estado, *Memoria anual*, 2017, p. 541.

⁹ Fiscalía General del Estado, *Memoria anual*, 2013, p.360; Fiscalía General del Estado, *Memoria anual*, 2014, p. 395 y Fiscalía General del Estado, *Memoria anual*, 2016, p. 487.

¹⁰ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia núm. 17, p. 36, núm. 18, p.37 y núm. 19, p. 43.

¹¹ Save the Children España, *Infancias invisibles...*, op. cit., p. 6.

sobre este colectivo y, además, los que hay tampoco son exactos y fiables¹². Esta limitación estadística de datos acerca de los MENAS ha sido reiteradamente puesta de manifiesto a España por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en las Observaciones Finales de los años 2002, 2010 y 2018¹³. La realidad es que no se sabe a ciencia cierta cuántos MENAS hay en España, y tampoco existen datos oficiales sobre cuál es la situación en la que se encuentran y las dificultades o problemas que les afectan¹⁴. Esta falta de datos ha sido igualmente denunciada por UNICEF¹⁵ y algunas de las ONGs más prestigiosas en el ámbito de la infancia¹⁶. Lo cierto es que, la escasez de

¹² UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, op. cit., p. 52, se refiere a los MENAS como «menores invisibles»: hay MENAS que están en la clandestinidad, al margen del sistema, y no aparecen en las estadísticas oficiales, sea porque nunca han entrado en el sistema de protección, sea porque han sido expulsados del mismo.

¹³ En el apartado C de las Observaciones Finales al Estado Español del Comité de Derechos del Niño de 13 de junio de 2002, bajo el título «Principales motivos de preocupación y recomendaciones» incluye «la recopilación de datos» y manifiesta su preocupación por la fragmentación y la escasez de los datos; además reitera su recomendación al Estado español de que perfeccione su mecanismo de recopilación y análisis de datos de grupos de menores especialmente vulnerables como «los niños inmigrantes no acompañados» (CRC/C/15/Add. 185). Igualmente, en el apartado C de las Observaciones Finales a España del Comité de Derechos del Niño de 2010 (CRC/C/ESP/CO/3-4) intitolado «Principales motivos de preocupación y recomendaciones» se refiere expresamente a la «reunión de datos» como una de las medidas pendientes de aplicación (apartado 1. Medidas generales de aplicación, subepígrafe destinado a las «recomendaciones del Comité» todavía pendientes de aplicación). Asimismo, se aborda este problema en los apartados 17 y 18 intitolados «reunión de datos». En el apartado 17 se denuncia la falta de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas entre otras cuestiones en «el enfoque fragmentado en la obtención de datos» y en el apartado 18 se afirma que «de conformidad con las recomendaciones anteriores (CRC/C/15/Add.185), el Comité recomienda al Estado parte que refuerce su mecanismo de reunión y análisis sistemático de datos desglosados, entre otras cosas, por edad, sexo y origen étnico, de todas las personas menores de 18 años y respecto de todos los ámbitos incluidos en la Convención, haciendo especial hincapié en los niños romaníes, los migrantes, los extranjeros no acompañados y los pertenecientes a hogares desfavorecidos desde el punto de vista económico y social». Igualmente en las Observaciones Finales que el Comité de Derechos del Niño formula a España el 2 de febrero de 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6) en el apartado 10 a) se refiere a la necesidad de que el Estado amplíe la capacidad de ampliar datos desglosados sobre los niños, especialmente los que se encuentran en situación de vulnerabilidad, y en el apartado 10 b) se establece la necesidad de que esos datos se compartan entre los ministerios y organismos implicados y se utilicen para las políticas destinadas a la aplicación efectiva de la Convención.

¹⁴ CARLOS CARNICER, presidente del Consejo General de la Abogacía, en el segundo prólogo al informe de UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, op. cit., p.11, así lo pone de manifiesto cuando dice respecto de los MENAS que «nadie sabe de verdad cuántos son, dónde o cómo están».

¹⁵ UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, op. cit., pp. 38 y 52, cita como causas de esta carencia de datos estadísticos fiables, la falta de rigor, toda vez que hay veces que se computan como casos de acogida de MENAS, casos que son solamente ingresos en las entidades públicas de protección; así como la falta de coordinación entre las distintas Comunidades Autónomas, que siguen criterios distintos a la hora de efectuar la recogida de datos. Por otro lado, hay «menores invisibles» que se encuentran «al margen del sistema», ya sea porque deciden permanecer en la clandestinidad y no son detectados, ya sea porque abandonan el sistema de protección voluntariamente o son expulsados del mismo.

¹⁶ Save the Children España, *Infancias invisibles*, op. cit., pp. 13 y 16. Igualmente, la Plataforma de la Infancia, «Informe complementario al V y VI informe de aplicación de la CDN de NN.UU. y sus PF»,

datos estadísticos fiables, hace aún más difícil la tarea de describir y analizar la realidad jurídica de los MENAS en España¹⁷. Este hecho hace que cobren especial importancia los informes elaborados por las agencias de Naciones Unidas y las ONGs especializadas en la infancia a la hora de estudiar la problemática jurídica de este colectivo, cuya vulnerabilidad resulta no solo porque se encuentran en situación de desamparo, también por su situación de «invisibilidad social», porque constituyen una realidad difícil de ver¹⁸.

En este trabajo nos vamos a ocupar de estas personas que reúnen una triple condición: la situación de menor de edad, la de inmigrante y que, además, están desamparados, al encontrarse en nuestro país en una situación de ilegalidad y sin referentes adultos¹⁹. La confluencia de estas condiciones, hace que se encuentren en una situación especialmente vulnerable²⁰. Como veremos, de conformidad con la legalidad vigente, debería en todo caso primar el interés superior del menor pero, desgraciadamente, no siempre es así en cuanto a que estos intereses entran en conflicto con los del Estado español. Es por ello que el peligro de que sean vulnerados los derechos de los menores inmigrantes está siempre presente.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. *La condición de menor de edad en conflicto con la de inmigrante irregular*

En la situación jurídica de los menores inmigrantes confluyen una variedad de normas de distinta índole: civiles y administrativas, estatales y autonómicas, nacionales e internacionales. Esto es consecuencia de las numerosas facetas que presenta este fenómeno de la inmigración de menores, que en este sentido podemos calificar de poliédrico.

Madrid, 2017, pp. 107- 109, señala que uno de los obstáculos para llevar a cabo una adecuada política con los MENAS es la falta de «un adecuado sistema de recogida de datos», por ello los datos recogidos en el Registro de MENAS siguen sin ser fiables. También en dicho informe se califica esta situación de «alarmante falta de datos».

¹⁷ ANA PATRICIA BOTÍN de la Fundación Cultural Banesto en el primer prólogo al informe de UNICEF, CGAE Y BANESTO, *Ni legales ni invisibles...*, op. cit., p. 10.

¹⁸ Save the Children España, *Infancias invisibles...*, op. cit., pp. cit., se refiere a esta situación de invisibilidad social de los MENAS. Así, la situación de invisibilidad de los MENAS constituye una de las denuncias fundamentales del informe, que de hecho le da título a este artículo y está presente a lo largo del mismo.

¹⁹ DURAN RUIZ, Francisco Javier, *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia. Con especial atención a los menores inmigrantes*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2008, pp. 375-381.

²⁰ GONZÁLEZ CÓRDOBA, «Protección jurídica del menor inmigrante», *Estudios de Juventud*, nº 66, 2004, p. 23; DURAN RUIZ, *La protección de los menores...*, op. cit., p.378; CABEDO MALLOL, «Los derechos...», op. cit., p. 113.

Para empezar, es preciso hacer referencia a la normativa internacional, a tenor del artículo 39 de la Constitución, cuando establece en su apartado 4 que «los niños gozarán de la protección prevista en los Tratados Internacionales». Un hito fundamental, es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN), ratificada por España en noviembre de 1990. Por su parte, el artículo 2.1 CDN recoge el principio de igualdad o no discriminación cuando dispone que:

los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Este principio implica que los derechos recogidos en la Convención de Derechos del Niño corresponden a todos los niños sin excepción, y que un menor de edad extranjero no puede ser tratado de modo diferente a causa de su nacionalidad. El artículo 3.1 de la Convención dispone que «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».

En el ámbito del Derecho comunitario, cabe destacar la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1992, y el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 1996. En el artículo 15 de la Carta Europea de los derechos del niño, igualmente se consagra como un principio rector de la materia, el interés superior del menor cuando dispone que «toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses». Además, conforme al artículo 6 de la Carta «ningún niño podrá ser objeto, en el territorio de la Comunidad, de discriminación alguna por razón de nacionalidad, filiación, orientación sexual, etnia, color, sexo, lengua, origen social, religión, creencias, estado de salud y otras circunstancias, ni por ninguna de estas causas referidas a sus padres». El artículo 6 del Convenio Europeo, por su parte, se refiere al interés superior del menor como fundamento de las decisiones que las autoridades judiciales adopten sobre los menores. Por ende, de conformidad con ambos textos legales el interés superior del menor debe inspirar cualquier acción o medida relativa a los menores, ya sean de tipo legislativo, judicial o en el ámbito de la política social o asistencial donde todo lo relativo a menores debe tener carácter prioritario. Todo ello con independencia de su nacionalidad u origen del menor o cualquier otra circunstancia.

En el Derecho comunitario, el menor inmigrante no acompañado se define como «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 un adulto responsable de él» (artículo 2.h de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003 y el artículo 2.f de la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001). Además, en este concepto se incluye también «a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros». Ambas definiciones tienen su origen en la Resolución del Consejo de Europa 97/C221/03, de 26 de junio 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros.

Esa doble condición de menores de edad e inmigrantes hace que el estatuto jurídico básico de los MENAS en el Derecho español, se integre por dos normativas que obedecen a principios jurídicos opuestos: las leyes de extranjería y de protección jurídica del menor²¹.

En tanto menores de edad, los MENAS están protegidos por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en adelante LOPJM - cuyo artículo 1 dispone que «la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad».

Por su parte el artículo 2 LOPJM establece que «en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir» y el artículo 11.1.a) por su parte, consagra como principio rector en la actuación de los poderes públicos el interés superior del menor. Por tanto, esto significa que los menores extranjeros no acompañados deben ser considerados antes que nada menores de edad, en lugar de inmigrantes, y que merecen el mismo grado de protección que lo menores de edad españoles sin distinción alguna, sea por su nacionalidad u otra circunstancia.

Como no son ciudadanos españoles, estos menores están igualmente sujetos a la ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social –en adelante: Ley de extranjería de 2000– y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

²¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz, «Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España», *Actualidad Civil*, nº 18, octubre 2005, p. 2183.

social– en adelante Reglamento de Extranjería de 2011–tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009. En la legislación de extranjería, se establece un régimen jurídico específico para los menores inmigrantes. El artículo 35 de la Ley de extranjería tiene por título «menores no acompañados» y en el Reglamento, el capítulo III del título XI está dedicado a los «menores extranjeros no acompañados».

Por tanto, la situación jurídica de los MENAS en España está dibujada en dos normativas, La Ley de Extranjería y la LOPJM que, como podremos comprobar, comparten protagonismo en las distintas fases por las que pasa la situación jurídica del menor inmigrante en España. Lo cierto es que la Ley de extranjería goza de una regulación específica para los menores de la que carece la LOPJM. Esta Ley hacía una única mención a los MENAS en el artículo 10.3, para reconocerles el derecho a la educación, a la asistencia sanitaria y los demás servicios públicos. Por tanto, podemos decir que los MENAS hasta ahora apenas tenían un leve reconocimiento en la legislación civil²². Aunque es cierto que la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (en adelante LPIA) ha incrementado las referencias expresas a los MENAS en la LOPJM, sin embargo, como veremos en este trabajo, sería precisa una regulación específica que contemplase la problemática singular que suscita en relación a los mismos.

Por tanto, en lo que se refiere a menores de edad, no se puede distinguir entre menores nacionales y extranjeros, ni dentro de estos, entre menores regulares e irregulares. Tanto los textos internacionales, como la normativa española, reconocen los derechos establecidos en los mismos a todos los menores de edad sin distinción. El problema es que la tutela de los menores inmigrantes obliga al Estado a un despliegue de medidas que conllevan una inversión económica y de medios. Además, existen otros intereses en conflicto, como la seguridad de las fronteras y el control de los flujos migratorios²³.

El resultado es que este conflicto o tensión se refleja en la normativa que conforma el estatuto jurídico de los MENAS, así como en su aplicación práctica. De hecho, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en sus Observaciones Finales a España de 2002, 2010 y 2018 ha manifestado reiteradamente su preocupación por la situación de los menores extranjeros no acompañados en nuestro país²⁴. En el informe de Save the Children de 2016 intitulado «Infancias invisibles (Menores extranjeros no

²² CABEDO MALLOL, Vicente, «Principales novedades...», *op. cit.*, p. 52.

²³ Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 6.

²⁴ Observaciones Finales al Estado Español del Comité de Derechos del Niño de 13 de junio de 2002 p. 2 (CRC/C/15/Add. 185), Observaciones Finales al Estado Español del Comité de Derechos del Niño de 3 de noviembre 2010, p. 2 (CRC/C/ESP/CO/3-4) y Observaciones Finales al Estado Español del Comité de Derechos del Niño de 2 de febrero de 2018, p. 2 (CRC/C/ESP/CO/5-6).

acompañados, víctimas de trata y refugiados en España)» se afirma sin rodeos que «el estado español no está cumpliendo, plena ni satisfactoriamente, con sus obligaciones legales respecto de los MENAS; está vulnerando sus derechos tanto por acción como por omisión. Se antepone su condición de inmigrantes a la de ser menores de edad (...)»²⁵. Esta afirmación clara y rotunda, sirve de punto de partida para nuestro trabajo. La cuestión es averiguar la causa de este incumplimiento desde una perspectiva jurídica. Esto es, que mecanismos fallan o faltan en nuestra legislación. Esto exige analizar conjuntamente dos aspectos aparentemente distintos. El proceso migratorio al que se ven sometidos los MENAS cuando su presencia es detectada en nuestro país, competencia de la administración del Estado, y la tutela administrativa de los MENAS cuando entran en el sistema de protección dispuesto en la legislación española, competencia que corresponde a administración autonómica. El primero está regulado en la Ley de extranjería. La segunda en la legislación civil. Pero no pueden ser analizados por separado, porque, como podremos comprobar, ambos se yuxtaponen en la práctica. Por ello, se impone un análisis conjunto, para obtener una visión íntegra y exacta de la situación jurídica de los menores inmigrantes en España y en el Derecho español.

2.2. *El menor inmigrante como sujeto de derechos*

Como hemos visto, de conformidad con el artículo 1 LOPJM, sus disposiciones son aplicables a los menores de 18 años que se encuentren en el territorio español. Por su parte, el artículo 3 LOPJM comienza declarando que los menores gozarán de los mismos derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales y demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación alguna, entre otras circunstancias, por razón de nacionalidad o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. Por tanto, la Ley no distingue ni autoriza a distinguir entre menores españoles y menores extranjeros²⁶. Esto significa que la tabla de derechos del menor, recogida en el Título I, Capítulo II de la LOPJM corresponden, sin lugar a dudas, a los menores inmigrantes no acompañados en tanto que son menores de edad, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa. En consecuencia, los MENAS son sujetos de los derechos reconocidos en la LOPJM en las mismas condiciones que los menores de edad españoles y, por lo que se refiere a los derechos fundamentales y derechos de la personalidad, y en general por lo que se refiere a la titularidad de derechos subjetivos, no cabe diferenciar entre menores españoles y extranjeros.

²⁵ Informe Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p.6.

²⁶ CABEDO MALLOL, Vicente, «Principales novedades...», *op. cit.*, p. 55.

En el Derecho español ha sido superada hace tiempo la concepción de los menores de edad como sujetos incapaces cuya vigencia afortunadamente fue pasajera²⁷. De hecho, en la Exposición de Motivos de la LOPJM, se reconoce a los menores de edad como sujetos titulares de derechos y les reconoce una capacidad progresiva para ejercerlos²⁸. Por tanto, desde una perspectiva dogmática, el punto de partida adecuado es la idea según la cual el menor de edad es capaz de obrar, no obstante tenga una capacidad restringida para determinados supuestos y por su propia protección, dada su inmadurez²⁹. Por ello, la LOPJM enumera los derechos que corresponden a los menores de edad en su condición de sujetos titulares de derechos en el Título I, Capítulo II. No obstante, la doctrina entiende que el elenco de derechos recogido en LOPJM no es exhaustivo, incluso que es escaso³⁰. Así, en la LOPJM se recogen expresamente los siguientes derechos: el derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen (art. 3); el derecho a la información (art. 4); el derecho a la libertad ideológica (art. 6); el derecho de participación, asociación y reunión (art. 7); el derecho a la libertad de expresión (art. 8) y, en último lugar, el derecho a ser oído y escuchado (art.9). Este derecho tiene especial relevancia por constituir un derecho específico o propio de los menores de edad que, además, ha sido reforzado tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³¹. Este derecho se reconoce al menor de edad en el ámbito familiar y en aquellos procedimientos administrativos y judiciales en los que pueda verse inmerso el

²⁷ Véase CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, tomo II, (ed. facsímil 1949), Civitas, Madrid, 1991 pp. 172-177 que explica como en la doctrina española de los años cuarenta y cincuenta, rompiendo con nuestros antecedentes históricos, triunfó la concepción del menor de edad como un sujeto totalmente incapaz, a pesar de que esta teoría carecía de fundamento alguno en nuestro sistema jurídico.

²⁸ El apartado 2, párrafos 7 y 8, de la Exposición de Motivos de la LOPJM dice así «El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, van reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.»

²⁹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, I, 18ª ed., Edisofer, Madrid, 2009, pp.239-242; Díez PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 13ª ed., Madrid, 2016, p. 202; LACRUZ BERDEJO, José Luis/OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, Parte General, volumen segundo, Personas, Dykinson, 6ª ed., Madrid, 2010, pp. 120-121 y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo I, 23ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, pp.182 y 183.

³⁰ ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, «Sistema normativo español sobre protección de menores», *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, (coordinado por Clara Martínez García), Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 131.

³¹ Véase RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten», *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coordinado por Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 132-158.

menor (art. 9.1). Además, el menor que tenga suficiente madurez, podrá ejercitar este derecho por sí mismo, o a través de la persona que le designe para que le represente, (art. 9.2). El último inciso del artículo 9.2 establece que «se considera en todo caso que tiene suficiente madurez cuando tenga 14 años cumplidos». Como hemos visto, normalmente los MENAS suelen ser adolescentes entre los 14 y 17 años y, por tanto, se trata de menores de edad que tienen suficiente madurez de conformidad con la LOPJM.

El derecho a ser oído y escuchado tiene una importancia singular en materia de extranjería, pues entra en juego tanto en el proceso migratorio en el que se ven inmersos los MENAS que vienen a nuestro país en situación administrativa irregular³², como en relación con las actuaciones y decisiones administrativas que las entidades públicas de protección desarrollan respecto de estos menores extranjeros no acompañados, y que presuponen la tutela o al menos una guarda administrativa provisional por parte de las entidades de protección. Esto significa que su opinión es esencial a la hora de evaluar cuál es realmente el interés superior de estos menores de edad jóvenes o adolescentes en las decisiones que haya que tomar respecto de los mismos. De hecho el art. 2.5 LOPJM dispone que «toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente»³³.

Por último, el artículo 10 LOPJM establece una serie de cautelas en defensa de los derechos del menor. Así, el artículo 10.1 dispone que «los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto». El artículo 10.2, modificado por la LPIA, dispone que «para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: a) Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente. b) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas. c) Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo o ante las instituciones autonómicas homólogas.» Por último, es menester destacar el reconocimiento que hace el artículo 10.3 LOPJM en su actual redacción, dada por la LPIA, cuando califica a los menores extranjeros no acompañados de «colectivo especialmente vulnerable», razón por la cual dispone que

³² Como veremos el artículo 35, apartados 5 y 6 de la Ley de Extranjería, reconoce expresamente el derecho del menor a ser oído y escuchado en el procedimiento de repatriación (véase epígrafe 4).

³³ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «El derecho del menor ...», *op. cit.*, pp. 141- 145, hace hincapié en la íntima relación que existe entre el interés superior del menor y el derecho del menor a ser oído y escuchado, en la medida en que la opinión del menor es uno de los instrumentos que permiten evaluar cuál es su verdadero interés y a cuya prevalencia hay que estar.

las Administraciones públicas deberán velar por ellos. Sin duda que este reconocimiento supone un avance³⁴. La cuestión es si se trata de una declaración meramente programática, pues no parece que vaya acompañada de ningún instrumento o garantía que asegure una especial o mayor protección para los MENAS. De hecho, como señala CABEDO MALLOL, y podremos comprobar a lo largo de este trabajo, muchos de las dificultades y cuestiones problemáticas que se plantean en relación con los MENAS no han sido resueltas por las dos Leyes que modifican el sistema de protección de menores³⁵.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

De conformidad con artículo 35.1 de la Ley de extranjería:

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

Por tanto, cuando se localiza a un menor de edad no acompañado y «sin papeles» en territorio español, prácticamente, la primera actuación jurídica relevante consiste en la confirmación de su minoría de edad. Ahora bien, primero se debe prestar al menor la atención urgente que precise, sea sanitaria, de alimentación o alojamiento, y solo después debe procederse a la comprobación de su minoridad. Esta atención inmediata deberá ser prestada por los servicios de protección de menores autonómicos³⁶.

El supuesto de hecho del que parte el artículo 35.3 de la Ley de extranjería de 2000, es que se detecta en suelo español la presencia de un extranjero indocumentado y existen serias dudas sobre si ese extranjero es o no menor de edad. Y es que, frecuentemente, los menores que entran en nuestro territorio de manera irregular carecen de

³⁴ Sin embargo, el art. 2.3 apartado b) LOPJM no incluye a los MENAS entre las situaciones de «especial vulnerabilidad» cuando dispone la necesidad de garantizar la igualdad y no discriminación de determinados colectivos de menores cuyo interés superior debe prevalecer. Se incluyen, entre otros, a los menores que tiene la condición de refugiado, a los solicitantes de asilo, a los discapacitados y a los que sufren maltrato, pero no hace referencia alguna a los MENAS.

³⁵ CABEDO MALLOL, Vicente, «Principales novedades...», *op. cit.*, p. 58.

³⁶ Por su parte el artículo 190.2 del Reglamento de extranjería de 2011 dispone que «en el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor».

documentación. El hecho de que el extranjero indocumentado sea mayor o menor de edad implica importantes consecuencias jurídicas. Si se trata de un extranjero indocumentado mayor de edad que se encuentra irregularmente en territorio español, recibirá el trato que corresponde a los inmigrantes irregulares: tendrá automáticamente la condición de infractor de conformidad con el artículo 53.b) Ley de extranjería de 2000, lo que constituye una falta grave que puede ser sancionada con la expulsión del territorio nacional (ex art. 57 Ley de extranjería de 2000). Y será la Administración del Estado la competente para ocuparse de la situación del extranjero irregular localizado en territorio español. Por el contrario, si efectivamente se confirma que se trata de un menor de edad, debe recibir la protección prevista legalmente para los menores de edad, sin que pueda ser sometido a la sanción de expulsión. Cuando se trata de la salvaguarda de menores extranjeros no acompañados la competencia es de la Administración autonómica.

La responsabilidad de determinar la minoría o mayoría del inmigrante corresponde al Ministerio Fiscal, y para ello recurrirá a ordenar las pruebas que estime oportunas para determinar con la mayor exactitud posible la edad del interesado. Para ello, a tenor del artículo 190.1, podrá exigir la colaboración de las instituciones sanitarias oportunas, que con carácter prioritario y urgente realizarán las pruebas necesarias. En todo caso, de conformidad con la Circular 2/2006, los fiscales deberán velar por que la decisión sobre la práctica de las pruebas se adopte después de que sean consultados los antecedentes que pudieran existir del presunto menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados. Si consultado el Registro consta que se había practicado ya la prueba, deberá prescindirse de la nueva práctica de la prueba solicitada.

Habitualmente suele recurrirse a técnicas de determinación osiométrica de la edad, como la técnica de Greulich-Pyle que se basa en el análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda, o el método TW-2 que permite estimar la edad a través de la madurez ósea, mediante radiografías de la mano. Otras pruebas que se practican son la realización de una ortopantomografía dental que revela la maduración de los terceros molares inferiores, o la radiografía de la clavícula³⁷. La fiabilidad de las técnicas descritas es escasa a causa de su inexactitud intrínseca, dando un margen de error de aproximadamente dos años³⁸.

³⁷ Fiscalía General del Estado, *informe 2017*, p. 545.

³⁸ Véase Save the Children España, *Informe sobre ...*, *op. cit.*, pp. 6 y 7; DURAN RUIZ, Francisco Javier, «Las administraciones públicas ante lo menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (www.redgugr.com), 1 de junio de 2007, pp. 15 y 16 y DURAN RUIZ, Francisco Javier, *La protección de los menores...*, *op. cit.*, pp. 419–423.

En el artículo 190.4 párrafo segundo del Reglamento de extranjería de 2011, se establece una presunción *iuris tantum* de minoridad al disponer que «en caso de la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considera que el extranjero es menor de edad si la edad más baja de ésta es inferior a los 18 años». Esto quiere decir que, si la franja de edad determinada por las pruebas practicadas está entre 14 y 16 años, se considerará, mientras no se determine lo contrario, que el menor tiene 14 años.

En aquellos casos, a tenor del artículo 190.1 del Reglamento de 2011, en que la minoría de edad del extranjero sea «indubitada» ya sea por razón de su documentación o de su apariencia física, no será necesario realizar con urgencia las pruebas de determinación de la edad^{39, 40}. El menor será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes y, este hecho, a su vez, será puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados⁴¹.

Por otro lado, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado y el apartado IV del Capítulo IV del Protocolo Marco de menores extranjeros no acompañados de 16 de octubre de 2014, contemplan la posibilidad de autorizar la práctica de las pruebas de determinación de la edad cuando, a pesar de la exhibición de documentación, hay indicios de falsedad y existan dudas de que el extranjero haya alcanzado los 18 años. El problema es que en la práctica esta previsión ha sido interpretada con excesiva amplitud para amparar la práctica de las pruebas de determinación de la edad, a pesar de que el menor extranjero no acompañado porta una documentación válida.

Existe una jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conforme a la cual, el inmigrante que tenga un pasaporte válido del que se desprenda su minoridad, no puede ser sometido injustificadamente a las pruebas de determinación de la edad. Esta doctrina se hizo jurisprudencia en dos sentencias consecutivas, las SSTS 23 y 24 septiembre 2014 (RJA 4689 y 4839), que comparten el

³⁹ Véase la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado que igualmente dispone que si el menor extranjero es, por sus características físicas, indudablemente menor de edad, no será necesario realizar con carácter urgente las pruebas previstas.

⁴⁰ Como apunta DURAN RUIZ, Francisco Javier, *La protección de los menores...*, *op. cit.*, 2008, p. 424 de todos modos, antes o después habrá que realizar estas pruebas, entre otros motivos para determinar hasta qué momento el menor ha de estar bajo la protección de la Entidad pública competente.

⁴¹ De conformidad con el apartado cuarto, Capítulo III, del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán cotejar el RMENA para verificar si se halla o no inscrito. De no hallarse inscrito, se procederá su inscripción en el RMENA.

mismo ponente, don José Antonio Seijas Quintana, y enjuician supuestos similares⁴². En el caso de la primera sentencia la menor de edad, nacional de Ghana, presentó demanda de juicio verbal en materia de menores solicitando que se declarase la nulidad de la resolución administrativa dictada por la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia (DGAIA), por la que se ordenaba la cesación de las funciones tutelares respecto de la demandante y se cerraba el expediente de amparo de la misma por considerar que era mayor de edad. En la demanda se ponía de manifiesto que la actora estaba en posesión tanto del pasaporte, como de la partida de nacimiento, por lo que al no estar indocumentada no debían haberse practicado las pruebas médicas. El verdadero problema es dilucidar el valor de la documentación que porta el extranjero y de la que resulta que es menor de edad, cuando existe una aparente discrepancia entre la edad que figura en el documento y la apariencia física del joven que figura como titular de la documentación.

En primera instancia se estimó íntegramente la demanda que, sin embargo, fue desestimada en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la Administración y del Ministerio Fiscal, manteniendo el criterio establecido en sentencias anteriores de segunda instancia, conforme a la cual el pasaporte, aunque sea válido, no tiene la condición de documento público en España, pues no existe Convenio con Ghana ni está legalizado y, por tanto, no tiene eficacia probatoria para determinar la edad del menor. La demandante interpuso recurso de casación que fue estimado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo establece la siguiente doctrina:

el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho.

De este modo, el Tribunal Supremo rechaza la doctrina esgrimida por la Audiencia Provincial apoyándose en los siguientes argumentos (F.J. 1º):

⁴² Para un análisis en profundidad de ambas sentencias véase RUBIO TORRANO, Enrique, «Menor de edad extranjero no acompañado y con pasaporte, en situación irregular en España», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 2, Nº. 8 (diciembre), 2014, p. 11-13.

1. El pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular. Como tal, vale o no vale, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no.

2. La correcta interpretación de los artículos 35.3 Ley de extranjería de 2000 y de los artículos 6 y 190 del Reglamento de Extranjería permiten mantener que las pruebas de determinación de la edad únicamente deben llevarse a cabo en el caso de extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda establecerse indubitadamente.

3. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas, como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta del hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo.

4. Por último, la STS 23 septiembre 2014 se remite expresamente a la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE, conforme a la cual la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y de la Unión Europea en ese ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas.

Los dos últimos puntos de la argumentación del Tribunal Supremo se centran en el *favor minoris* y en el «interés superior del menor». Por tanto, esta sentencia puede interpretarse como una llamada de atención a los poderes públicos implicados con los MENAS: Administración del Estado, Servicios de Protección de Menores autonómicos y Ministerio Fiscal. Parece que el Tribunal Supremo tiene claro cuáles son los verdaderos motivos que llevan a ignorar la edad declarada en un pasaporte válido, y proceder a practicar unas pruebas poco fiables e inexactas, cuyos resultados además se interpretan de manera restrictiva. Por ello, se ve en la necesidad de recalcar que, de conformidad con el Derecho comunitario, debe prevalecer el interés superior del menor por encima de las políticas de inmigración de los estados miembros.

La STS 24 septiembre de 2014 reitera idéntica doctrina, que igualmente acogen las SSTS 16 enero, 23 mayo y 22 septiembre 2015 (RJA 121, 2040 y 4356), enjuiciando todas ellas supuestos muy similares.

La interpretación correcta de los artículos 35.3 Ley de extranjería de 2000 y 190.1 de su Reglamento supone que, el Ministerio Fiscal, únicamente debería ordenar la práctica de las pruebas de determinación de la edad cuando existan dudas sobre la edad del menor indocumentado. Y si las sospechas recaen sobre la autenticidad de los documentos que porta el menor, éstas deberán dilucidarse en un procedimiento judicial con todas las garantías. Mientras tanto, deberá prevalecer la presunción de veracidad del pasaporte como documento de validez internacional.

En esta misma línea ha sido reformado el artículo 12.4 de la LOPJM por la LPJA, cuando dispone que cuando el Ministerio Fiscal decida realizar las pruebas de determinación de la edad, a pesar de que el menor extranjero tenga pasaporte «[...], el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable». Esta previsión bienintencionada, es insuficiente, pues no garantiza que quien tiene un pasaporte válido no sea sometido a las pruebas de determinación de la edad⁴³.

A pesar de lo expuesto, tanto el Defensor del Pueblo, como la ONG Save the Children, han denunciado que en España se siguen practicando estas pruebas a menores que tienen pasaporte o certificado de nacimiento válido, no obstante, en ningún momento se cuestione la validez de estos documentos⁴⁴. Lo cierto es que cuando se ignoran estos documentos es para declararles mayores de edad, lo que tiene graves consecuencias. Algunas previstas legalmente: el menor queda fuera del sistema de protección que la legislación otorga a los menores de edad. Otras consecuencias se manifiestan como fallos del sistema. Así, Save the Children ha puesto de manifiesto que los jóvenes o adolescentes cuyo pasaporte válido no es tenido en cuenta, se ven abocados a una situación de limbo jurídico: son considerados mayores de edad únicamente para negarles la protección, pero para todo lo demás son considerados menores de edad⁴⁵. En el informe de Save the Children se describen con claridad y crudeza las consecuencias dramáticas de esta manera de proceder: con su documentación de menor de edad, pero sin la autorización de un tutor, no pueden ejercer sus derechos y se convierten en «menores de edad sin acogimiento ni representación legal». Por tanto, no pueden recibir educación o titularse, ni trabajar. Tampoco pueden realizar trámites administrativos, como empadronarse u obtener la tarjeta sanitaria. No pueden acceder a los recursos públicos de protección de la infancia, pero tampoco tienen

⁴³ CABEDO MALLOL, Vicente, «Principales novedades...», *op. cit.*, p. 63.

⁴⁴ Defensor del Pueblo, *Informe anual a las Cortes Generales de 2016*, pp. 43 y 44 e Informe Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 18. Concretamente en el informe del Defensor del Pueblo se precisa que han aumentado el número de quejas recibidas por la incoación de procedimientos de determinación de la edad a menores que cuentan con pasaporte cuya validez no ha sido cuestionada.

⁴⁵ *Idem*, p. 18.

acceso a los que corresponden a los adultos, como los centros de acogida para dormir bajo techo. El resultado final es que muchos de estos niños acaban viviendo en la clandestinidad y dependiendo, en el mejor de los casos, de «redes informales de ayuda», y en otros muchos casos acaban viviendo de la mendicidad, de la prostitución o la delincuencia⁴⁶.

En definitiva, ningún niño debería ser sometido a estas pruebas si tiene un pasaporte válido, especialmente si tenemos en cuenta que se trata de una prueba poco fiable y, sin embargo, tiene consecuencias decisivas⁴⁷. ¿Qué sucede si el menor se niega a someterse a estas pruebas? La Consulta 1/2009 de la Fiscalía General del Estado mantiene que «es necesario advertir al interesado de que la negativa podrá ser valorada como un indicio relevante de su mayoría de edad, dado que, a tenor del artículo 35 de la Ley de extranjería de 2000 «tiene la carga de someterse a tal intervención».

Por el contrario, en la SAP Madrid 9 junio 2016 (RJ 1931) afirma que el hecho de que el menor no hubiera comparecido a la práctica de las pruebas, no constituye un indicio acreditativo de no ser cierta la fecha de nacimiento que consta en el pasaporte. Esta manera de ver las cosas parece más acorde con el *favor minoris*, sobre todo teniendo en cuenta que, durante la práctica de estas pruebas, el menor no goza de la asistencia de un abogado para informarle y hacer valer sus derechos.

Finalmente, practicadas las pruebas de determinación de la edad, el Ministerio Fiscal deberá dictar resolución motivada, que recibe el nombre de decreto, en la que deberá precisar si el inmigrante en cuestión debe ser considerado como menor de edad (art. 35.4 Ley de extranjería de 2000). En el decreto de determinación de la edad 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 (art. 190.4 de Reglamento de extranjería de 2011)⁴⁸. Esta resolución tendrá efectos provisionales y no supone una resolución definitiva sobre la edad⁴⁹. Sin embargo, no existe un mecanismo legal para oponerse a la misma, pues no es susceptible de ser

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

⁴⁷ UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, *op. cit.*, p.133.

⁴⁸ Este decreto se inscribirá en el Registro de menores no acompañados, tal y como dispone el art. 190.4 del Reglamento de extranjería de 2011, párrafo tercero.

⁴⁹ Véase en este sentido la Circular 2/2006, de 27 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Igualmente el apartado primero del Capítulo V del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados establece que «el decreto del Ministerio Fiscal resolviendo sobre la minoría o mayoría de edad del afectado tiene carácter meramente provisional pudiendo ser modificada la resolución adoptada, tanto de oficio como a instancia de quien ostente un interés legítimo, cuando se aporten datos o circunstancias sobrevenidas o que, siendo preexistentes, no se hubieran valorado por haberse conocido con posterioridad a la decisión adoptada».

recurrida ante los órganos jurisdiccionales⁵⁰, ni, como ya hemos apuntado, el menor cuenta con la asistencia de abogado durante la práctica de estas pruebas, que defienda interés superior del menor⁵¹.

4. LA DECISIÓN SOBRE LA REPATRIACIÓN O LA PERMANENCIA DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

Una vez confirmada la condición de menor de edad del extranjero no acompañada, se producen dos hechos importantes: tiene lugar su entrada en el sistema de protección de menores, y debe decidirse sobre la incoación o no del procedimiento de repatriación. Su permanencia en el sistema de protección depende de que se acuerde o no su repatriación, a la que, por este motivo, nos vamos a referir en primer lugar. Todo lo relativo al procedimiento de repatriación se regula en los artículos 35.5 Ley de extranjería de 2000 y 191 a 195 Reglamento de extranjería de 2011. El artículo 35.5 Ley de extranjería de 2000 contiene una regulación abreviada del procedimiento de repatriación, cuando dispone que:

La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. 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, sobre su permanencia en España. 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.

⁵⁰ Véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, «Tutela judicial para los menores extranjeros en conflicto con la Administración», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2017, p. 10. Como pone de manifiesto esta autora, la única opción que le queda al MENA es recurrir los efectos derivados del decreto de determinación de la edad en el caso de que se hayan producido, como sería el caso de la resolución que determina el cese de la tutela por parte de la Comunidad Autónoma como consecuencia de la mayoría del extranjero no acompañado.

⁵¹ UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, *op. cit.*, p. 95 aboga por que el MENA que es sometido a las pruebas de determinación de la edad sea asistido por un letrado independiente de las Administraciones públicas que intervienen en todo el procedimiento, que vele por sus derechos subjetivos; debe ser así en la medida que el resultado de esta prueba tiene máxima importancia para la vida del MENA. Véase también ACNUR, *Declaración de Buenas Prácticas*, con la colaboración de Save the Children y UNICEF Comité español, Programa de Menores no Acompañados y Separados en Europa, 4ª edición revisada, 2009. Disponible en: www.separated-children-europe-programme.org [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2017].

Junto con estas dificultades descritas, los MENA se enfrentan a otro problema grave: la nueva Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana permite las llamadas «devoluciones en caliente», extradiciones sumarias que se realizan tan pronto como el inmigrante pisa el suelo español, lo que impide verificar si se trata de un menor de edad. Según Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p.19, se han producido expulsiones de niños al amparo de esta Ley.

Del artículo 35.5 Ley de extranjería de 2000 resulta que:

- El procedimiento de repatriación es competencia de la Administración del Estado concretamente, y su propósito es decidir si se dan las circunstancias adecuadas para la repatriación del menor o por el contrario resulta más conveniente acordar su permanencia en España.
- La finalidad prioritaria del artículo 35 Ley de extranjería de 2000 es proceder a la repatriación del menor, y puntualiza el precepto siempre que esta sea acorde con el interés superior del menor. La repatriación puede tener lugar de dos maneras: mediante la reagrupación familiar o mediante la entrega del menor a los servicios de protección de menores de su país de origen.
- Antes de la incoación del procedimiento de repatriación existe una fase de información previa dirigida a obtener un conocimiento adecuado de las circunstancias familiares del menor a los efectos de decidir si procede o no la incoación de este procedimiento. El informe sobre las circunstancias familiares del menor debe ser solicitado a la representación diplomática del país de origen del menor⁵². De conformidad con el artículo 191.2 del Reglamento de extranjería de 2011 esta información previa debe ser requerida también a la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda que debe facilitar cualquier información que tenga sobre la situación del menor.
- En el procedimiento de repatriación el menor debe ser oído si tiene suficiente juicio.

En el Reglamento de extranjería de 2011 se establece una regulación más pormenorizada de este procedimiento en los artículos 191 a 195, de donde resulta que se pueden distinguir las siguientes fases:

1ª. Incoación del procedimiento de repatriación

A tenor del artículo 192.1 del Reglamento de extranjería de 2011 el Delegado o Subdelegado de Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación del menor cuando, según las informaciones recibidas, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen. El acuerdo de incoación

⁵² 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 (art. 191.3 Reglamento de extranjería de 2011, párrafo segundo).

será notificado inmediatamente al menor, al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.

2ª. Fase de alegaciones y período de prueba

En esta fase, a tenor del artículo 193 del Reglamento de extranjería de 2011, el menor extranjero, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados.

Cuando el menor extranjero haya cumplido los 16 años podrá formular las alegaciones por sí mismo o a través del representante que designe. En caso de que no haya alcanzado esa edad, será representado por la entidad pública que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. No obstante, cuando el menor de 16 años con suficiente juicio hubiera manifestado una voluntad contraria a la de la entidad pública bajo cuya protección está, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta que le sea nombrado un defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez a una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de 12 años tiene suficiente juicio (art. 193.1 Reglamento de extranjería de 2011, párrafos segundo y tercero).

La posibilidad de que el menor intervenga en el procedimiento de repatriación por sí mismo, o a través de su defensor judicial, es introducida por el Reglamento de extranjería de 2011, fruto del supuesto contemplado en la STC 184/2008, 22 diciembre 2008. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional reconoció el derecho de un menor de nacionalidad marroquí, tutelado por la Comunidad de Madrid, a recurrir a la Justicia para defenderse de una decisión de sus tutores que, en este caso, querían tramitar su expulsión del territorio nacional. El menor fue declarado en desamparo en 2003 por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid. Acto seguido el organismo pidió a la Delegación de Gobierno en la región que iniciara los trámites de repatriación y en 2006 fue subido a un avión para tal fin. Sin embargo, el avión no llegó a despegar porque el abogado de la ONG madrileña «Coordinadora de Barrios», para el seguimiento de jóvenes y menores, acudió a los Tribunales solicitando la paralización del proceso de repatriación. A última hora el juez dictó la suspensión cautelar de la repatriación al entender que se había vulnerado el derecho del menor a la tutela judicial efectiva, ya que se producía un conflicto de intereses entre las autoridades madrileñas que ejercían la tutela y la voluntad del joven que no quería ser deportado. El letrado fue designado «defensor judicial del menor» tal y como éste había pedido, con la oposición del Abogado del Estado, la Comunidad de Madrid y la Fiscalía, que alegaron que no había conflicto de intereses, se opusieron al nombramiento y apelaron

al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. El Tribunal Superior de Justicia por sentencia de 28 febrero 2007 declaró como causa de inadmisión del recurso la «falta de representación y capacidad procesal del recurrente en amparo». Según el Tribunal Superior de Justicia, el menor carecía de capacidad procesal por no estaba emancipado, sino bajo la tutela de una Administración pública, la Comunidad de Madrid. Asimismo, consideró que el Juzgado de Instancia que había llevado la causa «carecía de competencia para suplir ese defecto a través del nombramiento de un defensor judicial, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil». Finalmente, ha tenido que ser el Tribunal Constitucional quien reconozca el derecho de todo menor «en condiciones de formarse un juicio propio» a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, sea directamente o mediante un representante. Está sentencia reconoce el derecho de los menores inmigrantes a instar judicialmente la revisión de una decisión administrativa que afecta, como la repatriación, a su esfera personalísima.

Igualmente, durante la fase de alegaciones, la Delegación o Subdelegación del Gobierno recabará informe del servicio público de protección de menores sobre la situación del menor en España, así como cualquier información que pueda conocer sobre la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio cuando la misma no se hubiera presentado con anterioridad (art. 193.2 Reglamento de extranjería de 2011). Asimismo, será requerida la emisión de un informe por parte del Ministerio Fiscal (art. 193.4 Reglamento de extranjería de 2011).

Cuando los hechos alegados por las partes tuvieran especial transcendencia a los efectos de adopción del acuerdo de repatriación, el instructor de oficio o a instancia de parte acordará la apertura de un período de prueba (art. 193.3 Reglamento de extranjería de 2011).

3ª. Trámite de audiencia y resolución del procedimiento

En esta fase, se dará audiencia al menor y se hará efectivo su derecho a ser oído en el procedimiento de repatriación. En este trámite se garantizará la presencia del menor que tuviere suficiente juicio para que manifieste lo que considere oportuno en relación con su repatriación. Al trámite de audiencia serán convocados el Ministerio Fiscal, la entidad pública de protección, y en su caso, el representante legal o defensor judicial designado por el menor (art. 194.1 Reglamento de extranjería de 2011).

Realizado el trámite de audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio del interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o su permanencia en España. La resolución pondrá fin a la vía administrativa, será notificada en un plazo de diez días, al menor, a su representante en su caso, a la entidad pública y al Ministerio

Fiscal. El plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento será de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento (art. 194.2 Reglamento de extranjería de 2011).

El anterior Reglamento de extranjería 864/2001 establecía dos criterios mínimos para la concesión de la repatriación de un menor: que se hubiese localizado a la familia del menor, o en su defecto, a los servicios de protección de menores de su país, y la confirmación de que no existía ningún peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares⁵³. Sin embargo, el Reglamento vigente contiene una regulación más parca a este respecto y se limita a señalar que la resolución del procedimiento de repatriación deberá realizarse de acuerdo con el interés superior del menor (art. 194.4 Reglamento de extranjería de 2000). Por su parte, el apartado quinto del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados dispone en su apartado quinto que «la política sobre menores extranjeros no acompañados debe estar orientada al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país, como solución duradera y siempre que ello constituya el interés superior del menor». No obstante, la Instrucción 6/20004 de la Fiscalía General del Estado ha interpretado estos textos legales matizando que «la repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses 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 de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país». En términos similares se expresa el artículo 19.5 bis LOPJM: «en el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad».

En relación con el procedimiento de repatriación cabe hacer las siguientes observaciones críticas:

El proceso de investigación previo no está exento de obstáculos. En ocasiones existen numerosas dificultades a la hora de localizar a la familia del menor o a la autoridad competente en materia de menores, que con frecuencia son inexistentes o ineficaces,

⁵³ El artículo 92 del anterior Reglamento de extranjería (RD 864/2001 de 20 de julio) disponía en el párrafo segundo del apartado 4 que «una vez localizada la familia del menor, o en su defecto, los servicios de protección de menores del país, se procederá a la repatriación mediante su entrega a las autoridades de frontera del país al que se repatrie. No procederá esta medida cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares».

lo que ha dado lugar a que en la práctica se lleven a cabo devoluciones irregulares a pesar de que los menores se encuentren en verdaderas situaciones de riesgo para su integridad y desarrollo⁵⁴. Al mismo tiempo cabe denunciar la pasividad de las Delegaciones de Gobierno, que normalmente se limitan a esperar que sea el servicio de protección de menores quien le facilite la información necesaria para adoptar una decisión sobre el futuro del menor⁵⁵.

El derecho del menor a ser oído en el procedimiento de repatriación tiene escasa virtualidad práctica. En un informe elaborado en 2004, Save the Children manifestaba que

no se conoció de ningún menor que haya sido entrevistado o recibido por alguna Delegación de Gobierno. A lo sumo, los niños tienen la oportunidad de ser oídos en la elaboración del expediente que su tutor envía a la delegación como parte del proceso de evaluación de la repatriación. Así la participación del menor depende únicamente de la voluntad de los Servicios de Protección de informar y solicitar al menor su opinión⁵⁶.

En el informe de 2016, Save the Children España se mantiene idéntica denuncia cuando se afirma que los MENAS en nuestro país carecen de herramientas para hacerse escuchar y hacer valer sus derechos: aunque la normativa reconoce el derecho del menor de edad a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta, cuando se trata de los MENAS que se encuentran en España esto no sucede⁵⁷.

Los Servicios de Protección de Menores tienen un papel fundamental en el procedimiento de repatriación: deben emitir un informe con carácter previo a la iniciación del procedimiento e igualmente deben manifestarse sobre la conveniencia de la repatriación durante el trámite de alegaciones. En definitiva, los Servicios de Protección de Menores deben manifestarse sobre si la repatriación favorece o no el interés superior del menor, y no es aventurado pensar, que su opinión tendrá, o al menos debería tener, un peso decisivo en la decisión final que ponga fin al procedimiento de repatriación. La ONG Save the Children, en su informe de 2004, puso de manifiesto que en algunas Comunidades Autónomas, los Servicios de Protección de Menores obligan a sus funcionarios a informar de forma favorable la repatriación del

⁵⁴ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001, pp. 96 y ss.; Save the Children España, *Informe...*, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 24

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

⁵⁷ Informe Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 19.

menor, convirtiéndose en muchos casos en los más activos promotores de la repatriación⁵⁸.

Según nuestros textos legales la finalidad prioritaria es la repatriación, aunque condicionada al interés superior de menor. En la mayoría de casos ambos objetivos son incompatibles, teniendo en cuenta que los menores inmigrantes vienen a nuestro país principalmente a trabajar para salir de la pobreza y que en los países de origen rara vez existen servicios de protección de menores que funcionen adecuadamente. Realmente parece que el *desiderátum* legal responde más bien a los intereses de las políticas de migración, que a los de los menores inmigrantes.

5. LA RESIDENCIA LEGAL DEL MENOR INMIGRANTE

La residencia de todos los menores bajo la tutela de los Servicios de Protección del Menor se considera legal en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 35.7 Ley de extranjería de 2000. Si bien esta legalidad tácita no es suficiente, pues en cuanto el menor cumpla 18 años pasa a una situación de irregularidad.

Por ello el segundo inciso del artículo 35.7 Ley de extranjería de 2000 dispone que una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de que el menor retorne a su familia o a su país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia. La solicitud de la autorización de residencia debe formularla el organismo autonómico que ejerce la tutela sobre el menor. Además, en ese caso el artículo 35.7 Ley de extranjería de 2000 dispone la concesión del permiso de residencia al menor con efectos retroactivos desde que el menor hubiera sido puesto a disposición de los Servicios de Protección de Menores. Por su parte, el artículo 196.2 del Reglamento de extranjería de 2011 otorga un plazo máximo de nueve meses desde que el menor hubiera sido puesto a disposición de los Servicios de Protección de Menores para otorgar al menor el permiso de residencia. El artículo 10.4 de la LOPJ, reformado por la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dispone que

cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una

⁵⁸ *Ibidem*, p. 26. Debe tenerse en cuenta que, aunque según las memorias anuales de la FGE, las repatriaciones de MENAS en los últimos tiempos son escasas (véase *Memoria anual 2014*, p.401; *Memoria anual 2016*, p. 495 y *Memoria anual 2017*, p.547); no obstante, como pusieron de manifiesto en su momento UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles*, *op. cit.*, p. 46, debe distinguirse a este respecto entre las repatriaciones acordadas y las realmente ejecutadas: las cifras oficiales tan solo contemplan las ejecutadas, pero realmente las acordadas son más elevadas. El resultado es que los MENAS viven con la «espada de Damocles» de que la repatriación pueda ser ejecutada en cualquier momento.

vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

Por tanto, este precepto se limita a señalar que la autorización de residencia se facilitará a la mayor celeridad posible. Se trata de una declaración programática cuya oportunidad y utilidad resultan más que dudosas por su imprecisión y por su ubicación, pues como señala CABEDO MALLOL, lo más adecuado es que la cuestión del plazo para solicitar la autorización de residencia debería haber sido abordada en la Ley de extranjería⁵⁹.

Sin embargo, en la práctica la regularización oficial deja mucho que desear. Así, desde la institución del Defensor del Pueblo se han denunciado reiteradamente diversas prácticas irregulares por lo que se refiere a las documentación de los MENAS⁶⁰:

- En primer lugar, son frecuentes los retrasos tanto de los Servicios de Protección de Menores en solicitar los permisos de residencia, como de la Delegación de Gobierno correspondiente en concederlos.
- En aquellos casos en que la autorización de residencia es concedida, se aplica incorrectamente la retroacción de sus efectos prevista en el artículo 35.7, segundo inciso, de la Ley de extranjería vigente, pues ésta no se computa desde el momento en que el MENA es puesto a disposición de los servicios de protección de menores, sino que normalmente se computa desde la constitución de la tutela, a pesar de que frecuentemente y como veremos a continuación, esta tiene lugar con retraso y, por ende, en un momento posterior⁶¹.

⁵⁹ CABEDO MALLOL, Vicente, «*Principales novedades...*», *op. cit.*, p. 66.

⁶⁰ Estas irregularidades han sido descritas en varios de los informes anuales a las Cortes Generales más recientes del Defensor del Pueblo: informe 2011, pp. 281-285; informe 2012, p. 151; informe 2013, p. 191; informe 2014, p. 216; informe 2015, pp. 267 y 269 e informe 2016, pp. 46 y 49.

⁶¹ En el informe anual a las Cortes Generales de 2011, p.282, aparecen documentados dos casos en que los plazos legales son interpretados en perjuicio del MENA. En un caso la entidad de protección cesó la tutela de un menor que llevaba cuatro años tutelado por abandono voluntario, a pesar de que este, previa comunicación a sus educadores, abandonó el centro para conseguir su pasaporte. Tras su reingreso en el centro de protección de menores, dos días después se acordó su acogimiento residencial pero no se acordó su tutela. La entidad de protección consideró que había regresado voluntariamente con su familia, aunque no se llevó a cabo análisis alguno de la situación de entorno familiar. En este caso, la entidad de protección se muestra remisa a la sugerencia formulada por el Defensor del Pueblo de que se compute el período total de estancia en el centro en la autorización de residencia del menor. En otro caso, documentado en el mismo informe, se comprobó que la entidad de protección instó la documentación de un menor, dos años y nueve meses después de su ingreso en el sistema de protección. La entidad cesó varias veces la tutela del menor debido a que el interesado abandonó seis veces el centro. En una de estas ocasiones, aunque el menor regresó al día siguiente, su tutela se acordó

- Establece el artículo 196.1 del Reglamento de Extranjería un plazo máximo para solicitar la autorización de residencia que no tiene por qué cumplirse en todo caso. Sin embargo, en su praxis habitual las entidades públicas de protección suelen esperar a que dicho plazo haya transcurrido para iniciar la tramitación de la documentación de los MENAS.
- Por otro lado, hay delegaciones de Gobierno que, tan pronto como el MENA alcanza la mayoría de edad, extinguen de modo automático la autorización de residencia. Como ha sido puesto de manifiesto por el Defensor del Pueblo, no existe base legal para esta manera de proceder; al contrario, el Reglamento de extranjería dedica un artículo completo, en concreto el 197, al acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia. Dicho artículo dispone de modo expreso cuáles son los requisitos para la renovación de las autorizaciones de residencia de las que sean titulares estos menores⁶².

Esta manera de proceder puede suponer un grave perjuicio para los menores, sobre todo si están próximos a cumplir la mayoría de edad⁶³. El resultado es que muchos menores no acompañados permanecen en territorio español hasta los 18 años sin haber obtenido el permiso de residencia, abocados a situaciones de irregularidad y marginalidad⁶⁴. Esto no sólo supone una violación de los derechos del menor, sino una pérdida del dinero y recursos empleados por la Comunidad Autónoma en la protección y formación de estos jóvenes, para luego abandonarlos a su suerte⁶⁵. El resultado es

seis meses más tarde. Sin embargo, el cómputo del período de permanencia del menor que se ha realizado para la concesión de la autorización de residencia recoge la fecha del último acuerdo de tutela, más de dos años después de que el menor hubiera sido puesto a disposición de la entidad de protección.

⁶² Defensor del Pueblo, informe anual a las Cortes Generales 2011, p. 285.

⁶³ Esto es así, a pesar de que el artículo 198.1 del Reglamento de extranjería de 2011 dispone que «en el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia prevista en el artículo 196 de este Reglamento y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales [...]». Parece que este precepto goza de escasa aplicación práctica. Véase sobre este aspecto RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «*El derecho del menor...*», *op. cit.* pp. 132-158.

⁶⁴ Así lo ha hecho constar Save the Children España, *Informe...*, *op. cit.*, pp. 6, 25 y 27.

⁶⁵ El Defensor del Pueblo, en su informe anual a las Cortes Generales de 2011, p. 281, subraya la flagrante contradicción que existe entre la importante inversión económica y de medios realizada para educar a estos menores con el propósito de que puedan desarrollar su proyecto de vida adulta y la falta de diligencia en la actuación administrativa.

que muchos menores se escapan de los centros de acogida antes de cumplir los 18 años para evitar ser deportados o para buscar formas alternativas de ganarse la vida⁶⁶.

La tramitación del permiso de residencia tiene como presupuesto previo que el menor se encuentre bajo la tutela de la entidad pública competente (arg. ex art. 35.7 Ley de extranjería) para lo cual es imprescindible que previamente se haya producido la declaración de desamparo del menor, de la que nos vamos a ocupar a continuación.

6. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA TUTELA *EX LEGE* DE LA ENTIDAD PÚBLICA

Tan pronto como quede determinada la minoría de edad del extranjero no acompañado, el apartado 4 del artículo 35 Ley de extranjería de 2000 determina que «el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle». Por tanto, en ese momento el menor inmigrante no acompañado pasa a estar bajo la guarda de la entidad pública competente en materia de protección de menores del lugar donde se halla el menor. Lo cierto es que no hay ninguna previsión específica en la LOPJM sobre el título en virtud del cual los Servicios de Protección de Menores se ocupan del menor inmigrante no acompañado. A pesar de esta falta de precisión legal, es unánime la consideración de que una vez verificado que se trata de un menor extranjero no acompañado que carece de la asistencia material o moral de un adulto responsable del mismo en territorio español, debería ser declarado en situación de desamparo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 del Código civil y 18 de la LOPJM⁶⁷.

Con carácter general el concepto de desamparo se establece en el párrafo segundo del artículo 172 del Código civil cuando dispone que: «se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho, a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las Leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»⁶⁸. Por tanto, el desamparo a diferencia del antiguo abandono, es un concepto objetivo centrado en la situación de inasistencia en la que se encuentra el

⁶⁶ Save the Children España, *Informe...*, *op. cit.*, p. 26, realiza la siguiente petición a las autoridades españolas «dar automáticamente la autorización de trabajo a los menores extranjeros tutelados cuando cumplan 16 años, en condiciones de igualdad con los menores de edad españoles».

⁶⁷ Véase por todos DURAN RUIZ, Francisco Javier, *La protección de los menores...*, *op. cit.*, p. 437; LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., «La aventura de...», *op. cit.*, p. 65. CABEDO MALLOL, Vicente, «*Principales novedades...*», *op. cit.*, p.72 y 73.

⁶⁸ Este precepto tiene su origen en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Por su parte la LOPJM dio una nueva redacción a este precepto, además de precisar el órgano competente para declarar el desamparo y el procedimiento a seguir en este tipo de situaciones. El artículo 172CC ha recibido una nueva redacción por el apartado trece del artículo segundo de la LPIA, si bien esta reforma no ha afectado al concepto de desamparo que permanece intacto.

menor de edad⁶⁹. Esta inasistencia puede consistir en la falta de medios materiales para la subsistencia (alimento, educación, atención sanitaria, vivienda...), o bien en la falta asistencia moral, o en ambas cosas⁷⁰. Por su parte, el artículo 18.2 LOPJM, tras la reforma legal de 2015, realiza una enumeración no exhaustiva de situaciones en las que existe desamparo, sin ninguna referencia expresa o tácita a los MENAS.

La declaración de desamparo debe ser realizada mediante resolución administrativa dictada por la entidad pública competente en materia de protección de menores de la Comunidad Autónoma donde se encuentra el menor, tras haber seguido el correspondiente procedimiento administrativo y debe ser puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal (arg. ex arts. 172.1 CC y 18.1 LOPJM). La declaración de desamparo tiene consecuencias jurídicas fundamentales para el MENA:

a) En primer lugar, tiene como efecto jurídico fundamental la asunción de la tutela automática o *ex lege* por parte de la entidad pública, entrando en juego los mecanismos pertinentes de protección del menor. Esto es, la declaración de desamparo supone la entrada del menor inmigrante no acompañado en el sistema de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, y permite la

⁶⁹ Véase por todos TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes/ OTROS, *Curso sobre la protección jurídica del menor*, (Aspectos teóricos y prácticos), Colex, Madrid, 2001, pp. 138-139; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a Begoña, *El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp.32-36; DURAN RUIZ, Francisco Javier, *La protección de los menores...*, *op. cit.*, pp.155 y 156; VESTRI, Gabrielle, *Inmigración y Extranjería. Amparo jurídico de los menores de edad inmigrantes no acompañados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 166; MORETÓN SANZ, Fernanda, "Las declaraciones de situación de riesgo y desamparo en la nueva regulación estatal", *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*" (coordinadores Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 249-271 y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, 16^a ed., Marcial Pons Madrid, 2017, p.396.

⁷⁰Por su parte cada Comunidad Autónoma ha definido qué situaciones dan lugar a la declaración de desamparo en sus respectivas Leyes de Protección de Menores, y constituyen una concreción casuística de la definición prevista en el artículo 172 del Código civil. Entre otras se pueden citar la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de Extremadura; Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; Ley 1/1997, de 7 de febrero de atención integral a los menores de Canarias; Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de Andalucía; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia de Aragón; Ley 4/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y adolescencia del País Vasco; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana; Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña; Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria; Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia; y Ley 5/2014, de 9 de octubre, de protección social y jurídica de la infancia y la adolescencia de Castilla-La Mancha.

protección del menor tenga un «soporte jurídico» para desarrollar las actuaciones necesarias para su protección con estabilidad y permanencia⁷¹. Así conforme al artículo 19 bis de la LOPJM, reformado por la LPIA, cuando la entidad pública asuma la tutela del menor elaborará un “plan individualizado de protección” al fin de poner en marcha todas las medidas que tienen que ver con la formación y educación integral del menor. Cuando se trata de MENAS, normalmente, la tutela de la entidad pública tiene lugar mediante el acogimiento residencial en los centros de protección, produciéndose en muy pocos casos el acogimiento familiar (art. 172 ter)⁷².

b) Ya hemos visto que otro efecto jurídico importante vinculado, a la declaración de desamparo y consiguiente tutela de la entidad pública, es la posibilidad de obtener la documentación necesaria para legalizar la estancia en España. Tan pronto como se inicia el procedimiento de desamparo es posible acceder al permiso de residencia, y posteriormente al de trabajo, lo que tiene extraordinaria importancia para el futuro del MENA (art. 35 Ley de extranjería de 2000, apartados 7 y 9).⁷³

Sin embargo, en la práctica las cosas son muy distintas. Como pone de manifiesto Lázaro González, ocurre que las autoridades españolas implicadas con los MENA acuden a diversas estrategias con el fin de evitar la declaración de desamparo a toda costa, precisamente para no asumir su protección⁷⁴.

⁷¹ DURAN RUIZ, *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo*, op. cit., p. 435.

⁷² Según el Ministerio de Sanidad, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, (núm. 17, 2016, p. 36; núm. 18, 2017, p. 37; núm.19, 2017, p. 43) en 2014 hubo 1.862 casos de acogimiento residencial frente a 77 casos de acogimiento familiar, en 2015 1.774 casos de acogimiento residencial frente a 166 de acogimiento familiar y en 2016 2.392 casos de acogimiento residencial frente a 132 de acogimiento familiar.

⁷³ Así el apartado 7 del artículo 35 Ley de extranjería de 2000 vincula la asunción de la tutela legal por la entidad pública a la residencia legal del menor inmigrante cuando dispone que «se considera regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública [...]». Igualmente, en el inciso segundo de dicho precepto se establece que «a instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores». En el apartado 9 del artículo 35 de la Ley de extranjería de 2000 está previsto que «reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad».

⁷⁴ Así lo pone de manifiesto LÁZARO GONZÁLEZ, «*La aventura de...*», op. cit., p. 65.

Un ejemplo claro fue en su momento la Instrucción 3/2003, de la Fiscalía General del Estado sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretenden entrar ilegalmente en España y en quienes no concurre la situación jurídica de desamparo. Esta Instrucción parte de la aplicación automática de la institución de emancipación por vida independiente del artículo 319 del Código civil para concluir que el menor extranjero mayor de 16 años que se encuentra en territorio español es un menor emancipado, que no se halla en situación de desamparo, y, por tanto, es procedente la devolución del mismo a su país de procedencia. Y esto de acuerdo con la legislación española, al margen de cuál sea su ley personal. Con esta manera de ver las cosas se pretendía justificar la devolución del menor a su país de origen, al objeto de eludir la aplicación del artículo 35 Ley de extranjería de 2000, según el cual no es posible expulsar a un menor extranjero del territorio español cuando se encuentran en España en situación de desamparo.

En contra de estas consideraciones, realmente discutibles, se esgrimieron en su momento diversos argumentos de peso. De un lado, verdaderamente si el menor está o no emancipado es algo que únicamente se podrá dilucidar conforme a su ley personal en cuanto incide directamente en la capacidad del sujeto (9.1 CC)⁷⁵. Por otro lado, el artículo 319 del Código civil más que un supuesto de emancipación *strictu sensu*, regula una situación de hecho que se asimila a la emancipación en cuanto beneficie al menor, pero no constituye verdaderamente un supuesto de emancipación, toda vez que es revocable en cualquier momento por los padres del menor y en consecuencia no extingue la patria potestad⁷⁶.

Afortunadamente el criterio defendido por Instrucción 3/2003 fue rectificado por la Instrucción 6/2004, conforme a la cual el interés superior del menor supone que rige como presunción *iuris tantum* que es menor de edad todo extranjero que no haya cumplido los 18 años. Y deberá ser considerado menor de edad a todos los efectos, mientras no se pruebe que ha sido emancipado de conformidad con su Ley personal.

A pesar de esta rectificación por parte de la FGE, la declaración de desamparo ha seguido siendo problemática cuando se trata de menores de edad inmigrantes. En España no existe uniformidad respecto a la declaración de desamparo de los MENAS⁷⁷. El hecho es que cada Comunidad Autónoma tiene sus propias particularidades a la hora

⁷⁵ CARRIÓ SAMPEDRO, «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003», *La Ley*, nº 6003, 23 de abril de 2004, p. 1877; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, «Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho», *La Ley*, nº 5940, 26 de enero de 2004, p. 1692.

⁷⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El Desamparo...*, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

⁷⁶ CARRIÓ SAMPEDRO, «La actitud de la Fiscalía...», *op. cit.*, p. 1692 y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, «Retorno de inmigrantes...», *op. cit.*, p. 1692.

⁷⁷ UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, *op. cit.*, p. 96.

de proceder en lo que al desamparo se refiere⁷⁸. Así en algunas Comunidades Autónomas se ha seguido la práctica de mantener a los menores en el sistema de protección, sin declarar su situación de desamparo y, por tanto, sin que la entidad asuma la tutela, quedando en estos casos los menores en una situación provisional de mera guarda de hecho^{79, 80}. En otras Comunidades Autónomas la práctica habitual consiste en retrasar todo lo posible la declaración de desamparo⁸¹. Esta mala praxis de algún modo está avalada por el artículo 194.1 del Reglamento de extranjería de 2011 que contempla una variedad de opciones cuando se refiere a «la Entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda». Esto tiene consecuencias jurídicas perniciosas para los menores inmigrantes. Carece de un tutor que pueda ocuparse de desarrollar actuaciones necesarias para la protección de los mismos. La consecuencia es que quedan sin el derecho a recibir la protección integral de los poderes públicos, pierden la posibilidad de legalizar la estancia en España y de recibir prestaciones sociales y educativas⁸². Quedan privados del acceso a recursos socioeducativos y a la formación laboral⁸³. Así lo ha puesto de manifiesto el Defensor del Pueblo en reiteradas ocasiones, haciendo hincapié en que el nombramiento de un tutor lo antes posible constituye una garantía muy relevante⁸⁴. En otros casos, los menores quedan abocados a una situación documental irregular y sirve de coartada o justificación para que en algunos casos el menor inmigrante permanezca en el centro sin que la entidad pública adopte medida de protección alguna⁸⁵.

Por virtud de la reforma realizada en el artículo 172.4 del Código civil por la LPIA se han dado cobertura legal a la práctica, de proceder a la guarda provisional del menor antes de proceder a la declaración de desamparo del MENA. En efecto, el artículo 172.4 dispone que «en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2009*, p. 425; Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2010*, pp. 371-373; Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2012*, p. 151.

⁸⁰ Véase JIMÉNEZ MUÑOZ, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho en el Derecho civil común y en los Derechos catalán y aragonés», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 623-650.

⁸¹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2011*, p.280 y Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2016*, p. 46.

⁸² DURAN RUIZ, *La protección de los menores...*, *op. cit.*, p. 436.

⁸³ *Ibidem*, p. 435 y LAZARO GONZÁLEZ, «La aventura de...», *op. cit.*, p.66.

⁸⁴ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2010*, p. 373. En esta línea ACNUR, *Declaración...*, *op. cit.*, p. 13 hace hincapié en que «todas las decisiones relativas a los menores no acompañados y separados deberán adoptarse en el menor plazo posible, teniendo en cuenta las repercusiones del paso del tiempo en el caso de los menores».

⁸⁵ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2011*, p. 280; Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 6 y UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, *op. cit.*, p. 132.

administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo». El párrafo segundo del artículo 172.4 continúa diciendo «tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente». El legislador ha dado carta de naturaleza a una manera de proceder a pesar de que, como hemos visto, en los informes del Defensor del Pueblo venía siendo calificada de «mala praxis». Además, en el artículo 172.4 del Código civil no se ha establecido ningún límite temporal a esta situación de guarda provisional, cuando lo más garantista respecto de los MENAS es que proceda a la declaración de desamparo, o bien desde el primer momento, o al menos sin rebasar el plazo de tres meses, siguiendo el criterio propuesto por el Defensor del Pueblo⁸⁶.

Incluso en aquellas ocasiones en que la declaración de desamparo tiene lugar, la utilidad de la misma es discutible. A partir de la reforma introducida por LPIA, el artículo 19 bis LOPJM exige que cuando la entidad pública asuma la tutela del menor deberá elaborar un plan individualizado de protección del menor. Y en su informe de 2016, Save the Children reclama que se proporcione al menor un proyecto de vida, entendiendo por tal un plan negociado y elaborado entre el menor y las autoridades del país de acogida, representadas por un profesional designado a tal efecto⁸⁷. Sin embargo, como relata Save The Children España en su informe de 2016, lo cierto es que en la práctica las cosas suceden de manera muy distinta: con frecuencia se adoptan las medidas de protección que no satisfacen las necesidades de los menores inmigrantes; muchas veces no pueden estudiar lo que desean y los cursos de formación que se les ofrecen nada tiene que ver con sus expectativas laborales⁸⁸. Los MENAS vienen con un proyecto migratorio muy concreto, trabajar en España para salir de la pobreza; sin embargo, para trabajar no les basta, como a los menores españoles, cumplir 16 años, sino que tienen que cumplir otros requisitos adicionales⁸⁹ (argumento ex art. 36 LEX 2000); a esto hay que unir el hecho de que, como hemos visto, las entidades públicas de protección suelen dilatar en el tiempo la solicitud de la documentación necesaria para poder trabajar (permisos de residencia y de trabajo)^{90, 91}. Por todo ello, los MENAS

⁸⁶ CABEDO MALLOL, «Principales novedades...», *op. cit.*, pp. 72 y 73, se muestra partidario de que la declaración de desamparo se produzca «desde el primer momento» y relata como en el anteproyecto de la LPIA establecía que la guarda provisional no podía durar más de tres meses, límite temporal que desapareció en la redacción definitiva del artículo 172.4 CC.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁸ GONZÁLEZ CÓRDOBA, «Protección jurídica...», *op. cit.*, p.30 y 31; Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁹ Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁰ Véase. epígrafe 5 del presente trabajo.

perciben su estancia en los centros de protección como una pérdida de tiempo y se van⁹². Además, aparece constatado por el Defensor del Pueblo, que hay veces que las condiciones que presentan los centros de protección no son las que debieran^{93, 94}. El resultado es que frecuentemente los menores extranjeros se escapan de los centros de protección y acaban viviendo en la calle, donde, en el mejor de los casos, pasan a formar parte de la economía sumergida; otras veces, quedan expuestos a todo tipo de riesgos, como las mafias de trata de personas y la explotación sexual; y hay ocasiones en que estos jóvenes menores de edad se acaban convirtiendo en una amenaza para el orden público^{95, 96}.

Es práctica habitual por parte de la entidad pública la de proceder al cese de la tutela, tan pronto como el menor tutelado se fuga o abandona el centro de protección. Esta conducta, que hasta 2015 contravenía las previsiones del Código civil, fue denunciada en reiteradas ocasiones por el Defensor del Pueblo, aunque ciertamente con poco éxito⁹⁷. De hecho, a consecuencia de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 172.5 del Código civil permite expresamente que se declare el cese de la tutela como consecuencia de esta conducta siempre que hayan transcurrido seis meses desde que el menor haya abandonado el centro de protección. No obstante en el informe de 2016

⁹¹ Igualmente, Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 21 hace constar las dificultades de los MENAS para convalidar sus títulos, acceder a la educación obligatoria o a la asistencia sanitaria cuando no tiene pasaporte (lo que sucede con frecuencia); normalmente no pueden incorporarse a los estudios que desean, pues tan solo se les ofrece un número de cursos por horas que no son verdaderos cursos de formación profesional.

⁹² Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 22. Según la FGE durante el año 2016, 825 MENAS abandonaron voluntariamente los centros de protección y se ignora cuál fue el paradero de los mismos (informe 2017, p. 541). En años anteriores las cifras son también elevadas: en 2013, fueron 1.138 los MENAS que abandonaron los centros de protección y en 2012, se computaron 1.121 abandonos (informe 2014, p. 396).

⁹³ Así cabe citar los siguientes informes anuales del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales: 2009, p. 438; 2010, pp.387-391; 2011, pág. 285; 2012, p. 153; 2015, pp. 268 y 269.

⁹⁴ En la noticia publicada en el diario de tirada nacional "ABC" el 22 de marzo de 2017, pp. 30 y 31, se relata que hay MENAS que soportan malos tratos, que no pueden denunciar porque para ello justamente necesitan la autorización de su tutor, que normalmente es quien ha contratado a los que le han maltratado. Igualmente hace referencia a casos de malos tratos a MENAS Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 20 y el informe anual del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2010, pp. 388 y 389, también se hace referencia a supuestos de malos tratos por parte de los educadores a los MENAS. Además en el citado informe se afirma que «la entidad de protección no ha realizado una investigación en profundidad de los problemas que los menores exponían» y que «esta Institución quiere dejar constancia de su discrepancia con las actuaciones seguidas en el presente caso».

⁹⁵ Véase nota al pie 77 donde constan las tasas de abandono de los centros de protección por parte de los MENAS suministradas por la FGE.

⁹⁶ Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, pp. 19 y 22 y noticia publicada en el diario de tirada nacional "ABC" el 22 de marzo de 2017, pp. 30 y 31.

⁹⁷ Esta denuncia aparece en todos los informes anuales del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales desde 2009 hasta 2016: 2009 pp. 425 y 426; 2010 pp. 371 y 372; 2011 pp. 279 y 280; 2012 p. 153; 2013 p. 191; 2014 p. 216; 2015 pp. 265 y 266; 2016, pp. 46 y 47.

el Defensor del Pueblo manifiesta sus reservas hacia esta modificación legal cuando dice que «se ha dado cobertura legal a determinadas actuaciones que el Defensor del Pueblo entendía irregulares antes de dicha modificación»⁹⁸. También, Save the Children se muestra recelosa ante esta nueva posibilidad por considerar que facilita la elusión de responsabilidades por parte de los entes públicos de protección^{99, 100}.

De todo lo expuesto, se deduce que la declaración de desamparo plantea una problemática específica en relación con los menores inmigrantes que revela la necesidad de una regulación específica que tenga en cuenta las circunstancias singulares que afectan a los MENAS en territorio español. Una buena oportunidad para subsanar estas deficiencias hubieran sido sendas Leyes de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. Lo deseable sería que la LOPJM declarase expresamente que los MENAS en territorio español se encuentran en situación de desamparo y que estableciera un plazo para realizar dicha declaración. En el informe del Defensor del Pueblo de 2011 se recomienda el establecimiento de un plazo máximo de tres meses desde que el menor extranjero es puesto a disposición de los servicios de protección de menores¹⁰¹. Por su parte CABEDO MALLOL, se manifiesta abiertamente partidario cuando se trate de un menor extranjero no acompañado que el desamparo se declare desde el primer momento, esto es, tan pronto como el menor sea puesto a disposición de la entidad pública de protección¹⁰².

Toda vez que en el procedimiento administrativo de desamparo han de tomarse decisiones trascendentales para la vida del MENA, UNICEF en su informe 2009 formuló entre sus «recomendaciones», la necesidad de que el MENA goce de asistencia letrada gratuita durante dicho procedimiento a través del turno de oficio del correspondiente Colegio de Abogados¹⁰³.

⁹⁸ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2016*, p. 46.

⁹⁹ Save the Children España, *Infancias invisible*, *op. cit.*, p. 22, afirma que «esta medida supone que la comunidad autónoma (*sic*) que debe hacerse cargo y cuidar del niño o niña pueda “darle de baja” sin exponerse a reclamaciones ni exigencias de responsabilidad, y sin tan siquiera tener que demostrar que ha hecho lo posible por encontrarle».

¹⁰⁰ Save the Children utiliza una expresión muy gráfica cuando se refiere a la «patada en el trasero de la mayoría de edad» para denunciar que el día que los MENAS alcanzan la mayoría de edad pasan de estar protegidos a estar totalmente indefensos, pues prácticamente no existen ayudas para ex tutelados y no se les facilita la obtención de la documentación que les permite quedarse en España, *ibídem*, pp. 24 y 25. Plataforma de la Infancia, «Informe complementario al V y VI informe de aplicación de la CDN de NN.UU y sus PF», *op. cit.*, p. 107, considera especialmente negativa para los MENAS esta nueva previsión del art. 172.5. c).

¹⁰¹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales año 2011*, p. 280.

¹⁰² CABEDO MALLOL, «Principales novedades...», *op. cit.* pp. 72 y 73. La misma solución ha sido defendida por Save the Children, *Informe...*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰³ UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, *op. cit.*, p. 97.

7. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y SOLUCIONES PROPUESTAS

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar que en España las Administraciones implicadas con los MENAS (Administración Central, FGE y las Comunidades Autónomas) vienen desarrollando diversas estrategias con el propósito de eludir la responsabilidad de los menores extranjeros no acompañados¹⁰⁴. El resultado es que los menores inmigrantes que están solos en España se enfrentan con grandes dificultades para recibir educación, trabajar, y en general para ser tutelados adecuadamente y recibir la protección que les corresponde según la legislación nacional y los textos internacionales¹⁰⁵.

Estas estrategias tienen su origen en una determinada percepción que tiene las autoridades españolas de la presencia de los menores inmigrantes en España. Según resulta de los informes de UNICEF, el Defensor del Pueblo, Save the Children España y otras ONGs especializadas en los MENAS, se evidencia que en España los poderes públicos perciben a los MENAS como una «carga» o una «sobrecarga» que se resisten asumir.

Por esta razón, prima la condición de extranjero sobre la de menor de edad. Pero esto no es lo que dicen los convenios internacionales suscritos por España, ni el artículo 39 CE, ni la LOPJM. Como hemos visto, de todos estos textos legales resulta que los menores de edad deben ser protegidos con independencia de cuál sea la nacionalidad y, por encima de todo, debe estar siempre el interés superior del menor.

Esta percepción de la realidad social que constituyen los menores inmigrantes se traduce en una “falta de voluntad política” para cumplir con las obligaciones legales que incumben a las autoridades españolas respecto de los menores inmigrantes y que van dirigidas a garantizar su protección¹⁰⁶. Se puede afirmar que hay un conflicto de intereses permanente entre los MENAS y la Administración pública, tanto estatal como autonómica, implicada con los MENAS¹⁰⁷. Como hemos podido ver a lo largo de este

¹⁰⁴ Diversos autores estudiosos de la realidad jurídica de los menores inmigrantes no acompañados han puesto de manifiesto la falta de independencia del Ministerio Fiscal en su actuación jurídica respecto de los MENAS. Véase LÁZARO GONZÁLEZ, «La aventura de...», *op. cit.*, p. 69 y VESTRI, *Inmigración y Extranjería...*, *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁵ Save the Children España, *Infancias invisible*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁶ Esta falta de «voluntad política» ha sido denunciada por Save the Children España, *Infancias invisibles*, *op. cit.*, p. 84 y por la Plataforma de la Infancia, «Informe complementario al V y VI informe de aplicación de la CDN de NN.UU. y sus PF», Madrid, 2017, p. 109.

¹⁰⁷ A este conflicto de intereses entre la Administración y los MENAS se refieren LAZARO GONZÁLEZ, «La aventura de...», *op. cit.*, p. 69; UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles ...*, *op. cit.*, pp. 95, 97 y 141; GARCÍA HERNÁNDEZ, «El Ministerio Fiscal y la protección de los MENAS», *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*, (coordinado por Vicente CABEDO MALLOL,

trabajo, este conflicto se revela en los diversos ámbitos en los que tiene lugar el encuentro entre los MENAS y las distintas Administraciones que se ocupan de los mismos (proceso migratorio, determinación de la edad, declaración de desamparo y sujeción de los menores a la tutela de la Administración pública)¹⁰⁸. La existencia de este conflicto de intereses pone en cuestión la administrativización o desjudicialización, que en su momento supuso la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, por lo que se refiere a los menores de edad inmigrantes¹⁰⁹. Y sobre todo, la colisión de intereses latente entre las Administraciones y los MENAS, hace que sea muy improbable que el cumplimiento o realización del interés superior del menor tenga lugar.

En consecuencia, el sistema de protección diseñado en la LOPJM se revela ineficaz cuando los menores de edad tienen la condición de extranjeros o inmigrantes. La tutela automática de la entidad pública no resulta un mecanismo jurídico adecuado cuando se trata de proteger a los menores inmigrantes. Faltan mecanismos o cauces específicos para que los MENAS puedan ejercer sus derechos. En su momento, supuso un gran avance la posibilidad de hacerse valer de un defensor judicial en el procedimiento de repatriación que se sustancia ante la Administración central. Pero esta medida por sí sola realmente es insuficiente; el menor inmigrante necesita alguien que defienda sus intereses frente a las Administraciones Públicas implicadas, no solo en el procedimiento de repatriación, sino con carácter general para cualquier actuación que les afecte. Y sobre todo es necesario suplir la pasividad recurrente de las Entidades Públicas que deberían tutelar al menor.

Una opción sería cambiar el sistema diseñado en la LOPJM. Quizá la solución esté en lo dispuesto en la Observación General nº 6ª (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, apartado 33, cuando dispone que:

[...] tan pronto como se determine la condición de niño no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones. [...] Se consultará

Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 174 y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, «Tutela judicial para los menores extranjeros en conflicto con la Administración», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2017, pp. 1-5.

¹⁰⁸ GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Tutela judicial...» *op. cit.*, pp. 4 y 5, establece como uno de los principales propósitos de su trabajo, el de identificar las distintas situaciones de conflicto entre MENAS y Administraciones Públicas. Esta autora enumera como situaciones de conflicto las siguientes: a la hora de determinar la que se trata de un menor de edad, cuando se trata de dilucidar cual es la mejor solución duradera para el menor (repatriación o permanencia en España), a la hora de hacer efectivo el derecho del menor a una educación y cuando la administración incumple su compromiso de tramitar la documentación del menor.

¹⁰⁹ LÁZARO GONZÁLEZ, «La aventura de...», *op. cit.*, p. 69 y DURÁN RUIZ, *La protección de los menores...*, *op. cit.*, pp. 54-57. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Tutela judicial...» *op. cit.*, pp. 2 y 5 se manifiesta partidaria de «judicializar los escenarios de conflicto» entre la administración y los MENAS para que sea un «tercero neutral» quien los resuelva.

e informará al tutor de todas las medidas adoptadas en relación con el niño. El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del niño y buscar una solución duradera. El tutor o asesor tendrá los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del niño estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el niño necesita.

La Observación 6ª se hace eco del conflicto de intereses de la Administración con los MENAS cuando en su último inciso puntualiza que: «no podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del niño».

Por tanto, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas hace tiempo que puso de manifiesto la posible existencia un conflicto de intereses entre los MENAS y los organismos que se ocupan de los mismos. La consecuencia inmediata es que parece más adecuado que la función de tutor sea ejercida por alguien distinto e independiente, que no tenga ningún conflicto de intereses con los MENAS. Este conflicto entre menores inmigrantes y las Entidades públicas de protección también ha sido detectado en otros países de nuestro entorno jurídico, como es el caso de Italia, donde justamente en atención al conflicto de intereses descrito, se establece la prohibición legal de que los entes públicos de protección sean tutores de los menores extranjeros no acompañados¹¹⁰.

Por tanto, constatado el hecho de que los MENAS con frecuencia suelen tener intereses contrapuestos con la Administración que ha de asumir su tutela en nuestro país, se hace necesario que tengan un representante legal externo que proteja y haga valer sus derechos frente a la administración con cuyos intereses puede colisionar¹¹¹. A este respecto, nos encontramos con dos vías de solución posibles. Por un lado, la clave podría estar en suprimir la tutela administrativa de la administración pública cuando se trate de MENA y que se dote al MENA de un tutor individualizado, externo e independiente de la entidad pública que ejerce la tutela *ex lege*, que supla su pasividad y que como representante legal del menor inmigrante esté legitimado para solicitar la

¹¹⁰ Artículo 3.2 de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983, n 184 de adopción y acogimiento de menores.

¹¹¹ Como señala UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, *op. cit.*, p. 97 la existencia del conflicto de intereses «implica integrar soluciones jurídicas que permitan velar, con carácter independiente y de manera especializada por el respeto de las garantías y los derechos fundamentales del menor cuyo asesoramiento asuman, así como el respeto particular de su interés superior». Igualmente, ACNUR, *Declaración...*, *op. cit.*, pp. 22 y 23 dispone que al MENA se le deberá asignar «un tutor o asesor independiente» para que le asesore y proteja, y entre otras cosas se ocupe de «garantizar que todas las decisiones sean tomadas en el interés superior del niño, siendo ésta la consideración primordial».

declaración de desamparo o instar la solicitud de residencia, para que vele por los intereses del menor en el procedimiento de repatriación o en las pruebas de determinación de la edad¹¹². Además, con ese tutor se debería consensuar el plan de protección individual del menor introducido por el artículo 19 bis LOPJM, y que tan necesario se muestra para los MENA. Por ende, el tutor habrá que velar por que las actuaciones o medidas de protección que se desarrollen respecto del menor sean adecuadas a sus necesidades y circunstancias. Debería ser alguien que tenga conocimientos especializados en la problemática de los menores inmigrantes no acompañados¹¹³. Además, en aras a garantizar la independencia de este tutor, éste debería ser nombrado por el juez. Dicho esto, la pregunta que se suscita es quien puede ser el tutor personal del MENA, si estamos hablando de menores que están solos en el territorio español. Podríamos importar la solución seguida en Italia en la región de Trento, donde los tutores son colaboradores voluntarios de las ONGs de reconocido prestigio en materia de menores inmigrantes y que reciben de las mismas la formación necesaria para cumplir esta tarea¹¹⁴.

Otra opción, si se considera excesivo modificar el sistema diseñado en la LOPJM, sería establecer un cotutor externo que ejerciera la tutela conjuntamente con la entidad pública, con autonomía suficiente para fiscalizar sus actuaciones y suplir, en su caso, la pasividad de la misma.

Por último, sería preciso que se reconociera el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los menores no acompañados, para que pudieran tener la asistencia de un letrado que pueda defender sus derechos en los procedimientos judiciales y administrativos que les afecten¹¹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, I, 18ª ed., Edisofer, Madrid, 2009.

¹¹² DE PALMA DEL TESO, Ángeles, «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 (*El menor ante el Derecho en el siglo XXI*), Madrid, 2011, p. 204, afirma que en el caso de los menores extranjeros no acompañados es esencial que puedan solicitar por sí mismos, o a través de una persona que los represente, que la Administración declare su situación de desamparo y asuma su tutela.

¹¹³ Save the Children España, *Infancias invisibles...*, *op. cit.*, p. 84 señala como una de las carencias del sistema de protección en España respecto de los niños inmigrantes «la falta de personal capacitado y especializado en materia de la infancia».

¹¹⁴ TURRI, Gian Cristoforo, «Un tutore per i minoristranieri non accompagnati», *Minoriguistizia*, [en línea], Fasc. 1, disponible en garanteminori.regione.marche.it/documenti/turri.do, pp. 4-6.

¹¹⁵ Véase Defensor del Pueblo, *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, 2005, pp. 312 y ss y UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles...*, *op. cit.*, pp. 97 y 141.

ACNUR, *Declaración de Buenas Prácticas*, con la colaboración de Save the Children y UNICEF Comité español, Programa de Menores no Acompañados y Separados en Europa, 4ª edición revisada, 2009. Disponible en: [www. Separated-children-europe-programme.org](http://www.Separated-children-europe-programme.org). [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2017].

ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, «Sistema normativo español sobre protección de menores», *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, (coordinado por Clara Martínez García), Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 123-148.

CABEDO MALLOL, Vicente, «Los derechos de los menores inmigrantes no acompañados y su proceso migratorio», *La situación de menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración* (coordinador por Vicente Cabedo Mallol), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 113 -135.

— «Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras», *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia* (coordinadores Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 52-86.

CARRIÓ SAMPEDRO, Alberto, «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003», *La Ley*, nº 6003, 23 de abril de 2004, pp. 1175-1884.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles, «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 (*El menor ante el Derecho en el siglo XXI*), Madrid, 2011, pp. 185-205.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual a las Cortes Generales*, años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016. Disponibles en: <https://www.defensordelpueblo.es>

Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España, 2005. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/informe-sobre-asistencia-juridica-a-los-extranjeros-en-espana-2005/>

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS / GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 13ª ed., Madrid, 2016.

DURÁN RUIZ, Francisco Javier, «Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (www.redgugr.com), 1 de junio de 2007.

— *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia. Con especial atención a los menores inmigrantes*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2008.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001.

— «Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho», *La Ley*, nº 5940, 26 de enero de 2004, pp. 1690-1702.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a Begoña (2007), *El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria anual*, (2013), (2014), (2016), (2017). Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema, «El Ministerio Fiscal y la protección de los MENAS», *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración, integración* (coordinador por Vicente Cabedo Mallol), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 174-179.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, «Tutela judicial para los menores extranjeros en conflicto con la Administración», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2017, pp. 1-16.

GONZÁLEZ CÓRDOBA, Isabel, «Protección jurídica del menor inmigrante», *Estudios de Juventud*, nº 66, 2004, pp.23-32.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho en el Derecho civil común y en los Derechos catalán y aragonés», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 623-650.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, Parte General, volumen segundo, Personas, Dykinson, 6^a ed., Madrid, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo I, 23^a ed., Marcial Pons Madrid, 2017.

— *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, 16^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., «La aventura de los adolescentes africanos en España: la respuesta del derecho español», *e-migrinter*, nº 2, 2008, pp.60-70.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E, y BENLLOCH SANZ, Juan Pablo, «Ciudadanía en Integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género», *Tratado de extranjería*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp.1-10.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, «Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia», (2016), (2017). Disponible en: <http://www.msssi.gob.es>.

MORETÓN SANZ, Fernanda, «Las declaraciones de situación de riesgo y desamparo en la nueva regulación estatal», *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia* (coordinadores Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 249-271.

PLATAFORMA DE LA INFANCIA, *Informe complementario al V y VI informe de aplicación de la CDN de NN.UU. y sus PF*, Madrid, 2017. Disponible en: <http://plataformadeinfancia.org/documento/informe-complementario-al-v-vi-informe->

aplicacion-la-convencion-los-derechos-del-nino-protocolos-facultativos-espana/ [fecha de la consulta: 1 marzo 2018].

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «La autorización de residencia de los MENA durante su minoría de edad y al cumplir los 18 años», *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones jurídicas. Actividades investigadores y docentes* (coordinador por Vicente Cabedo Mallol), Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 145-167.

— «El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten», *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coordinador por Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 132-158.

RUBIO TORRANO, Enrique, «Menor de edad extranjero no acompañado y con pasaporte, en situación irregular en España», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 2, Nº. 8 (diciembre), 2014, pp. 11-13.

SAVE THE CHILDREN ESPAÑA, *Informe sobre la situación de los menores no acompañados en España*, Documento de trabajo IV, 2004. Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/menores_solos.pdf [fecha de consulta: 10 abril de 2017].

— *Infancias invisibles. (Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España)*, junio 2016. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/publicaciones/infancias-invisibles> [fecha de consulta: 15 de enero de 2017].

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz, «Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España», *Actualidad Civil*, nº 18 octubre 2005, pp. 2181-2201.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, et. al., *Curso sobre la protección jurídica del menor*, (Aspectos teóricos y prácticos), Colex, Madrid, 2001.

TURRI, Gian Cristoforo, «Un tutore per i minoristranieri non accompagnati», *Minoriguistizia*, [en línea], Fasc. 1, disponible en: garanteminori.regione.marche.it/documenti/turri.do. [Consulta: 3 de mayo de 2017].

UNICEF, CGAE y BANESTO, *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España*, Informe 2009. Disponible en <https://www.unicef.es/publicacion/ni-ilegales-ni-invisibles-realidad-juridica-y-social-de-los-menores-extranjeros-en> [fecha de consulta: 10 octubre de 2017].

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

Fecha de recepción:

Fecha de aceptación: