

Nuestro propósito con estas páginas es llamar a la **reflexión sobre las dificultades y los retos que todavía quedan por superar y afrontar para una efectiva protección de los menores extranjeros no acompañados**. También queremos **visibilizar la situación, muy silenciada hasta el momento, de los jóvenes que se ven abocados a abandonar el Sistema de protección al alcanzar la mayoría de edad**, sin alternativas para su plena integración social y laboral.

Y todo ello queremos ponerlo de relieve en el actual contexto social y político donde el fenómeno de las migraciones cobra una relevancia cada vez mayor a nivel mundial. Los estudios señalan que existen 175 millones de personas migrantes en el mundo, lo que representa cerca de un 3% de la población mundial. Esto último, además de representar un incremento sobre el 100% respecto al año 1970, refleja una tendencia de crecimiento sistemático, de acuerdo con la cual, se estima que para el año 2.050, serán 230 millones las persona migrantes, muchas de las cuales no habrán alcanzado la mayoría de edad cuando lleguen al país de destino.

6.2. Normativa sobre protección de menores versus normativa sobre inmigración

Es en el fenómeno de la migración de menores donde podemos observar, con mayor claridad, la contradicción entre las proclamas y la práctica de quienes defienden la globalización como panacea universal.

Los países desarrollados, a la hora de afrontar el fenómeno de las migraciones de menores, parece como si sólo fueran capaces de vislumbrar al inmigrante que quiere participar de sus riquezas y su bienestar, mientras un velo les oculta al menor que demanda su amparo y protección. Quizás sea por ello que la legislación que se pretende aplicar a estos niños inmigrantes sea con preferencia la de extranjería y no la de protección de menores.

Las autoridades se enfrentan así a un importante desafío ya que, por un lado, postulan una política de restricciones y limitaciones a la inmigración pero, por otro lado, no pueden obviar las responsabilidades asumidas en

aras de la garantía de los derechos de los menores en sus normas internas y en los acuerdos internacionales debidamente suscritos y ratificados.

Los menores extranjeros no acompañados reúnen dos elementos definidores básicos que van a determinar los derechos de los que son titulares: su «minoría de edad» y su condición de «extranjero», como sinónimo de no nacional. Esta dualidad puede llegar a provocar situaciones de conflicto que se resuelven dando preferencia a una condición u a la otra.

Pero **un niño nunca es un inmigrante**. Un niño es una persona que por su situación de vulnerabilidad tiene derecho a una especial protección y tutela de los poderes públicos. A un niño no se puede ni se debe añadir apellidos como «inmigrante» o «refugiado». Su estatuto jurídico debe ser siempre y, en todos los casos, el de menor de edad por encima del estatuto de persona extranjera.

Bajo estos principios básicos, **la tutela y el amparo de los que resultan ser acreedores los menores extranjeras no acompañadas se encuentran reconocidos en diversos textos legales internacionales, nacionales y autonómicos**.

El principal referente normativo internacional sobre el reconocimiento y efectividad de los derechos de las personas menores de edad lo encontramos en la **Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño** (en adelante CDN), adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990. Dicho tratado internacional faculta a un órgano creado ex profeso, el **Comité de los Derechos del Niño**, para supervisar su aplicación así como la de sus protocolos facultativos.

Se trata de un texto presidido por el «interés superior del menor», cuyo artículo 8 recoge el derecho de todo niño a preservar su identidad. En el caso de los MENA este derecho se concreta en la obligación de las autoridades del país a reconocer a estos menores a través de su propio nombre, edad, nacionalidad, procedencia, origen, cultura, así como otras circunstancias que conforman su personalidad.

A tales efectos, el Comité interpreta el contenido de los derechos que figuran en los artículos y disposiciones de la CDN, a través de sus «Observaciones Generales», las cuales se erigen en una referencia autorizada sobre aquello que se espera de los Estados partes cuando ponen en marcha las obligaciones que figuran en la Convención.

En tal sentido, con referencia a menores extranjeros no acompañados, las Observaciones Generales nº 6 y nº 14, adoptadas en 2005 y 2013 respectivamente, ponen de relieve la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y se establece que el concepto de interés superior del menor es complejo y su contenido debe determinarse caso por caso.

La Observación General nº 6, además, reconoce que **siempre debe primar la condición de persona menor de edad por encima de la de extranjero**, lo que supone que cualquier intervención de los Estados debería estar orientada a la búsqueda de una solución duradera de acuerdo con su interés superior.

Esta intervención debe partir de una evaluación inicial de la situación concreta del niño o la niña que oriente las medidas de protección necesarias de acuerdo con su interés superior y que incluya su identificación, englobada la determinación de su edad, la consignación de las razones por las que se encuentra separado o separada de su familia o no acompañado, una evaluación de los aspectos particulares de vulnerabilidad y necesidades derivadas de su salud física y mental, así como de las necesidades específicas de protección. El objetivo fundamental de todas las intervenciones con estos niños y niñas debe ser encontrar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, teniendo siempre en cuenta sus opiniones.

Cuando estamos redactando este Informe -febrero 2018- el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha formulado sus **Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto del Estado español**. Se trata del resultado del examen que dicho Comité realiza periódicamente a los Estados que han ratificado la Convención. Estas Observaciones han tenido en cuenta el informe presentado por el Gobierno así como su

comparecencia ante el Comité, que tuvo lugar el pasado 22 de enero y también diversos informes presentados por la sociedad civil.

A nivel interno, hemos de traer a colación la **Constitución española**, que establece una extensa tabla de derechos y libertades, y aunque las referencias explícitas a los derechos de la infancia que en ella encontramos son escasas, hemos de entender que los niños son titulares de todos los derechos del Título I de la Carta Magna, salvo de aquellos, que por su naturaleza excluyan tal posibilidad al estar taxativamente establecido un titular distinto y concreto.

Partiendo de esta premisa, y a modo de ejemplo, no podríamos dudar de que las personas menores, todas ellas, con independencia de su nacionalidad, fuesen acreedoras del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45), o a que su salud se encuentre protegida (artículo 43), o a difundir libremente sus opiniones (artículo 20), en idénticas condiciones que cualquier otra persona con las razonables limitaciones derivadas de la edad en cuanto a la capacidad de discernimiento. En todo caso, como recoge que apartado 4 del artículo 39 de la Carta Magna, los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Al analizar este marco constitucional vemos, por tanto, cómo se perfila lo que pudiéramos llamar función protectora del Estado frente a las personas menores. Así, se sitúa a padres y madres como primeros responsables y, en su defecto, emerge la faceta tuitiva del Estado mediante la asunción de los deberes y cargas que implica la asistencia y la educación de los hijos, convirtiéndose en el responsable último de la protección integral de niños y niñas.

Desde el punto de vista de los derechos nos encontramos que éstos surgen de la relación familiar, pero también al margen de la familia, siendo inherentes a la condición de persona, por encima incluso de sus progenitores.

Por otro lado, en congruencia con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, hemos de aludir al artículo 10 de la **Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor**, según el cual los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles, obligando

específicamente a las administraciones públicas para que velen por los grupos especialmente vulnerables tales como los menores extranjeros no acompañados, mediante políticas públicas que tengan como objetivo lograr la plena integración de aquellos en la sociedad española mientras permanezcan en el territorio del Estado español.

Pero lo más significativo es que el artículo primero de la Ley reconoce expresamente su aplicación a todos los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado antes la mayoría de edad.

Quiere ello decir que la Ley nacional del Menor no distingue entre extranjeros y nacionales, ni dentro de los primeros entre aquellos que se encuentren en una situación regular de los que están en situación irregular, por lo que todos los niños y niñas en España gozan de los mismos derechos con independencia de su situación administrativa.

En 2015 se produjo una importante **reforma en el Sistema de protección de la infancia y adolescencia con la entrada en vigor de la Ley 26/2015**, de 28 de julio. Esta norma ha venido a reforzar las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores, estableciendo un marco regulador adecuado de lo relativo a los menores extranjeros, y reconociendo, respecto de los que se encuentren en España y con independencia de su situación administrativa, sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, tal y como se recogen en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Asimismo, la Ley 26/2015 reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen (artículo 10):

«3. Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que

los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley.

Los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas, tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

4. 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 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».

También la Ley que reforma el Sistema de protección de la infancia y adolescencia incrementa las actuaciones de protección para aquellas personas cuya mayoría de edad no pueda ser determinada, circunstancia que se produce en un amplio número de casos de los menores indocumentados que llegan a España sin referentes familiares.

Y así, cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad, la norma dispone que será considerada menor de edad a todos los efectos, hasta que se determine su edad. El fiscal será a quien competa «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. La realización de pruebas médicas

para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas».

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha de citar la disposición adicional octava de la **Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor**, que obliga a la Administración de la Junta de Andalucía a que, en colaboración con la Administración del Estado, procure una adecuada atención e integración social de los menores extranjeros que se encuentran en situación de riesgo o desamparo, durante el tiempo que éstos permanezcan en nuestra Comunidad Autónoma, respetando en todo momento su cultura y procurando la reinserción social en su medio familiar y social siempre que ello sea posible.

De modo más concreto, la disposición adicional octava bajo el título «menores extranjeros» contiene los siguientes mandatos:

- 1) Incluir entre sus actuaciones de cooperación al desarrollo, acciones dirigidas al fomento, mejora y respeto de los derechos de la infancia en los Estados destinatarios de las correspondientes ayudas.
- 2) Procurar una adecuada atención e integración social de este colectivo que se encuentre en situación de riesgo o desamparo. Para el cumplimiento de este mandato deberá adoptar una serie de medidas bajo estos parámetros: en colaboración con la Administración del Estado, durante el tiempo que éstos permanezcan en nuestra Comunidad Autónoma, respetando en todo momento su cultura, procurando su reinserción social en su medio familiar siempre que ello sea posible, y promoviendo el establecimiento de programas de cooperación y coordinación necesarios con los Estados de origen.
- 3) Facilitar la constitución de adopciones de menores extranjeros por personas residentes en Andalucía.

Concierne al **Ente Público de Protección de Menores de Andalucía**, por tanto, el ejercicio de las competencias para la atención directa a los MENA que se encuentran en evidente situación de desamparo, cuyas específicas necesidades demandan una respuesta ágil y adaptada a sus muy especiales circunstancias.

Por otro lado, la legislación señalada orienta prioritariamente a la atención al menor desamparado mediante la medida de acogimiento familiar, siendo residual la medida de acogimiento residencial, que se producirá sólo cuando el primero no hubiera sido posible o se considerara más beneficioso para el niño su internamiento en un centro residencial.

Tratándose de los MENA la opción que de forma prioritaria y preponderante se realiza en la práctica es justamente la contraria. El menor que llega a Andalucía es alojado en un centro de acogida inmediata, a ser posible un centro especializado en la acogida de menores inmigrantes, y tras ser evaluada su situación personal, familiar, educativa y socio-económica, así como su perfil migratorio, es derivado a un centro residencial básico especializado en menores inmigrantes donde debe continuar siendo atendido y recibiendo atención especializada que le permita su integración social en nuestro país.

Para dicha finalidad la Junta de Andalucía se ha dotado de **centros residenciales de protección de menores** que ejecutan programas de acogida inmediata especializados en menores inmigrantes, también de centros residenciales básicos especializados en menores inmigrantes, y de centros que ejercen de forma simultánea ambos programas, todos ellos respetando las previsiones del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, sobre acogimiento residencial de menores, así como la Orden de Consejería de 23 de octubre de 2007 que aprueba el reglamento marco para la organización y funcionamiento de los centros de protección de menores, la Orden de Consejería de 13 de julio de 2005 que aprueba su proyecto educativo marco, y la Orden conjunta de Consejerías de 28 de julio de 2000, que regula las condiciones materiales y funcionales de los servicios y centros sociales.

Como hemos señalado, las personas menores que llegan a nuestro territorio procedentes de otros países sin la compañía de un adulto son también extranjeros, por lo que algunos de los preceptos de la normativa sobre extranjería les resultan de aplicación.

Más concretamente la **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros** en España, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, 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 social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Pues bien, es el 35 de la **Ley de Extranjería** quien establece el régimen aplicable a los menores extranjeros no acompañados:

«1. 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.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

4. Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. 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 le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores».

El **Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería**, en el capítulo III del título XI (artículos 189 a 198) desarrolla los requisitos, procedimientos y criterios de aplicación respecto de los menores extranjeros no acompañados.

Una parte importante de esta regulación se dedica al procedimiento de **repatriación del menor**, siempre y cuando se considere que el interés superior de éste se satisface con la reagrupación con su familia, o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen.

De este modo, **la política sobre MENA está 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 de origen, como solución duradera y siempre que ello constituye el interés superior del menor.**

Ciertamente existe un amplio acuerdo sobre la conveniencia de que todo menor se forme y desarrolle en el entorno socio-familiar que le es propio, salvo que no concurren elementos que pongan en riesgo la integridad de sus derechos.

En este sentido, cabría postular como opción preferente para un MENA la repatriación del mismo, ya sea para ser reagrupado con su familia o, caso de no ser esto posible, para su puesta a disposición de los servicios de protección de menores del país de origen.

Ahora bien, en el caso de los menores inmigrantes que son detectados en Andalucía, de nacionalidad marroquí y procedentes del África subsahariana en una abrumadora mayoría de casos, debemos cuestionarnos la viabilidad de estas opciones.

Es así que, en el caso de la reagrupación familiar, la misma puede devenir imposible cuando la familia no puede ser localizada o, que una vez localizada, la misma no esté en condiciones de hacerse cargo del menor o la devolución del mismo conlleve un riesgo para el menor o para la propia familia. Y en los demás casos, sólo procedería plantearse el retorno cuando éste tuviese por objeto su puesta a disposición de los servicios de protección de menores de los países de origen.

A este respecto, podemos decir, con las debida cautela y reservas, que todas las personas consultadas -formal o informalmente- sobre la situación del sistema de protección de menores de Marruecos coincidían en calificarlo de primario y deficiente, y escasamente preparado para atender las necesidades del elevado número de menores que padecen situaciones de riesgo en aquel país y claramente incapaz de afrontar con garantías la incorporación al mismo de un elevado número de menores como el que podrían ser retornados desde nuestro país.

Parece, portanto, que el retorno de los menores a Marruecos sólo procedería en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias socio-familiares del menor, se acreditara que lo más conveniente para el mismo es su reagrupación familiar y siempre que se garantizara que aquella se realizará con arreglo a un procedimiento que permita salvaguardar en todo momento los derechos del menor y no suponga un riesgo para él o su familia. Y en los demás casos, habría que optar por la permanencia del menor en nuestro país, si quiera hasta tanto se solventan las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen.

Ahora bien, por lo que se refiere a los menores marroquíes actualmente acogidos en centros de protección andaluces e inmersos en procesos formativos y de integración social, consideramos que resultaría inadecuada cualquier medida que pretendiese forzar su retorno a Marruecos en contra de su voluntad.

El proceso de integración de estos menores no debe truncarse por la aplicación automática de decisiones políticas sobrevenidas, por lo que abogamos porque cualquier decisión que se adopte en este sentido excluya los menores ya acogidos en centros de protección andaluces e incluidos en proyectos de integración socio-educativa.

Estamos convencidos de que para los menores ya acogidos en centros de protección andaluces e inmersos en proceso formativos resultaría inadecuada cualquier medida que pretendiese forzar su retorno a su país de origen en contra de su voluntad. La integración social de estos MENA no debe truncarse por la aplicación automática de decisiones políticas sobrevenidas.

Defender esta postura podría tener como consecuencia la permanencia de la mayoría de los menores extranjeros en nuestro país, y que ello pudiera derivar en un «efecto llamada», con las consecuencias que ello supone para el Sistema de protección de menores de Andalucía.

Sin embargo, una Institución que se proclama como defensora de los derechos de los menores y que debe ejercer su función tuitiva sin atender a la nacionalidad o al origen étnico de quienes reclaman nuestra colaboración y atención, no debe plantear soluciones que, en aras de un pretendido pragmatismo, puedan ser utilizadas para justificar unas decisiones de retorno de menores extranjeros en nuestro país.

Es más, estamos convencidos de que una política excesivamente restrictiva sobre la permanencia en España de los MENA y propicia a retornos rápidos para todos los detectados e ingresados en centro de acogida no traería como consecuencia acabar o limitar la entrada irregular de menores. Antes al contrario, con toda probabilidad estos chicos seguirán entrando en igual o parecido número pero tratando de eludir en lo posible su detección y, sobre todo, en el caso de ser detectados, fugándose de inmediato de los centros de protección, lo que incrementaría las bolsas de marginación y pobreza en que algunos ya están instalados o cayendo en las redes de organizaciones mafiosas o de delincuentes.

Finalmente, dentro del abordaje que realizamos sobre la legislación aplicable a los menores extranjeros no acompañados hemos de referirnos al **Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA** (BOE nº 251, de 16 de octubre 2014) suscrito por representantes del Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado, y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

Se trata de un documento que tiene como objetivo coordinar las intervenciones de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores.

Como su nombre indica, es una herramienta marco, entendida como modelo de buenas prácticas para las instituciones del Estado que lo han suscrito. No obstante, el propio documento señala la conveniencia de ser completado de **protocolos territoriales** para que, según sus respectivas normas estatutarias, pueda obligar a las administraciones e instituciones autonómicas respectivas.

A pesar de la recomendación, lo cierto es que, hasta la fecha, la Comunidad Autónoma de Andalucía no dispone de un protocolo territorial, a pesar de la incidencia del fenómeno de la inmigración de menores no acompañados.

Respecto al carácter de este Protocolo, el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de 31 de enero de 2018, ha señalado que no tiene carácter de norma reglamentaria, sino que se trata de una instrucción interna y, por tanto, no cabe recurso contra ella. Responde así el Alto Tribunal a un recurso presentado por una organización sin ánimo de lucro contra los apartados del Protocolo que contienen instrucciones sobre los procesos de determinación de edad de los MENA.

Para el Supremo, la finalidad del documento no es otra que la de dar las concretas instrucciones a cada cuerpo funcional que está llamado a esa intervención, sin que su contenido exceda de ese mero cometido interno, y con la confesada finalidad de coordinar la intervención del personal administrativo que asume competencias en esta materia.

Matiza el Tribunal que el hecho de que no se pueda impugnar directamente el protocolo, no comporta, en ningún caso, que no puedan impugnarse en vía contencioso-administrativo los concretos actos de aplicación, incluso cuando estén fundados en dichas disposiciones interna.

6.3. La inmigración de menores no acompañados en Andalucía: Una obligada responsabilidad compartida de todos los poderes públicos

La ubicación de Andalucía en un lugar estratégico para el acceso a Europa de los inmigrantes procedentes del continente africano, tanto magrebíes como subsaharianos, ha determinado que sus costas y puertos se hayan