

**LOS RETOS QUE DEBE ASUMIR ESPAÑA TRAS LAS  
RECOMENDACIONES DEL COMITÉ DE LOS  
DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO DE LOS  
MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS:  
HACIA UN NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA  
ADOLESCENCIA**

***THE CHALLENGES THAT SPAIN MUST TAKE ON  
FOLLOWING THE RECOMMENDATIONS OF THE  
COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD IN THE  
FRAMEWORK OF UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS:  
TOWARDS A NEW SYSTEM OF PROTECTION FOR  
ADOLESCENTS***

**MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. INEXACTITUD SOBRE EL NÚMERO Y LA SITUACIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA. III. INSUFICIENCIA DE LA INVERSIÓN ECONÓMICA QUE ESPAÑA REALIZA EN EL ÁMBITO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA. IV. FALTA DE CONCORDANCIA ENTRE LA NORMATIVA ESPAÑOLA APLICABLE A LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS Y LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. V. CONCLUSIONES

RESUMEN: En el marco de los menores extranjeros no acompañados, el actual sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia y la mala praxis por parte de nuestra Administración Pública no permite cumplir con las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado a nuestro país. Ante esta situación, el presente trabajo examina los últimos Informes periódicos que España presentó ante el Comité y sus observaciones, con la finalidad de realizar propuestas de mejora en los siguientes aspectos: imprecisión sobre el número y la situación de los menores extranjeros no acompañados que se hallan en España; la deficiente inversión económica que nuestro país destina a las políticas de la infancia y la adolescencia; y la falta de concordancia entre la normativa española aplicable a los menores extranjeros no

---

Fecha de recepción del trabajo: 16 de noviembre de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de marzo de 2021.

\* Profesora Contratada Doctora en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia. E-mail: [md.ortizvidal@um.es](mailto:md.ortizvidal@um.es)  
Trabajo desarrollado en el ámbito de una estancia de investigación en *L'Institut de recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne* (París, Francia), financiado por la Convocatoria de Ayudas de Movilidad de Profesorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia (Curso 2019-2020).

acompañados y la Convención de los Derechos del Niño, atendiendo especialmente al entero procedimiento de determinación de la edad.

*ABSTRACT: In the framework of unaccompanied foreign minors, the current Spanish Adolescents Protection System and malpractice by our Public Administration does not allow us to comply with the recommendations that the Committee on the Rights of the Child has made to our country. Faced with this situation, the present paper examines the latest periodic reports that Spain presented to the Committee and its observations, in order to make proposals for improvement in the following aspects: inaccuracy regarding the number and situation of unaccompanied foreign minors who are found in Spain; the insufficient economic investment that our country allocates to the protection for adolescents system; and the lack of concordance between the Spanish regulations applicable to unaccompanied foreign minors and the Convention on the Rights of the Child, paying special attention to the entire age determination procedure.*

**PALABRAS CLAVE:** menores extranjeros no acompañados, Comité de los Derechos del Niño, sistema de protección de la infancia y la adolescencia, interés superior del menor.

*KEYWORDS: unaccompanied foreign minors, Committee on the Rights of the Child, Adolescents Protection System, the best interests of the child.*

## I. INTRODUCCIÓN

Los menores extranjeros no acompañados se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad debido a su edad, a la lejanía de sus hogares y, a menudo, a la separación de los miembros de su familia. Las razones que motivan a estos niños a abandonar su país de origen son muy distintas, si bien, con frecuencia, existe una estrecha relación entre ellas, cuyo denominador común es la especial gravedad. Sirvan como ejemplo, entre otras, conflictos armados, terrorismo, persecución, discriminación, catástrofes naturales, hambre o pobreza<sup>1</sup>.

En este escenario, el objetivo de la salida de estos menores de su país de origen es muy claro: acceder a unas mejores condiciones de vida. Ahora bien, no va a resultar una tarea sencilla porque al choque cultural y lingüístico, se suma la existencia de un marco jurídico caótico, que ha sido duramente criticado por el Comité de los Derechos del Niño: normativa civil y administrativa, autonómica, estatal, europea e internacional<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> RUIZ MOSQUERA, A. C.; PALMA GARCÍA, M. O.; VIVES GONZÁLEZ, C. L. “Jóvenes inmigrantes extutelados. El tránsito a la vida adulta de los menores extranjeros no acompañados en el caso español”, *Eqhidad International Welfare Policies and Social Work Journal*, n.º 12, 2019, pp. 31-52, esp. p. 34.

<sup>2</sup> MOYA ESCUDERO, M., “Igualdad versus seguridad y control: los menores extranjeros en Europa” en *Nuevo Mundo, Nueva Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 219-248. La Dra. Moya Escudero da un paso más y apuesta por la creación de un “espacio de encuentro y diálogo” entre el Derecho internacional público, el Derecho internacional privado y el Derecho de extranjería, en el ámbito de los menores extranjeros no acompañados.

Valgan como ejemplo, entre otras, la Convención de los Derechos del Niño<sup>3</sup>; la Carta Europea de los Derechos del Niño<sup>4</sup>; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>5</sup>; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre<sup>6</sup>; 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<sup>7</sup>; o la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados<sup>8</sup>. Además, este Protocolo Marco debe ser completado con Protocolos territoriales. Cada Comunidad Autónoma debe concretar dicho texto, atendiendo a su normativa de protección de menores<sup>9</sup>.

Asimismo, la Ley Orgánica de Extranjería indica que el Gobierno de España debe promover la celebración de Acuerdos de colaboración con los países de origen, en materia de prevención de la inmigración irregular y de protección y retorno de los menores no acompañados, debiendo informar de éstos a las Comunidades Autónomas (art. 35.1 LOEX). Sirvan como ejemplos, el Acuerdo entre Rumanía y España, de 15 de diciembre de 2005, sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos<sup>10</sup>; el Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España, de 5 de diciembre de 2006, sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción<sup>11</sup>; o el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 6 de marzo de 2007, sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada<sup>12</sup>.

A lo anterior hay que añadir que, España, por su situación geográfica, constituye el perfecto enclave de los flujos migratorios<sup>13</sup>. Ante este hecho, es muy elevado el número de menores extranjeros no acompañados que llegan a nuestro país y muy necesario un

---

<sup>3</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>4</sup> DOCE C 241, de 21 de septiembre de 1992.

<sup>5</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

<sup>6</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>7</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>8</sup> BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

<sup>9</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I., “Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 37, 2014, pp. 1-14, esp. p. 1.

<sup>10</sup> BOE núm. 195, de 16 de agosto de 2006.

<sup>11</sup> BOE núm.173, de 18 de julio de 2008.

<sup>12</sup> BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2013.

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), SEC (2010) 534 (Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final).

sistema de protección de la infancia y de la adolescencia que respete el principio de su interés superior, tal y como sugiere el Comité.

Por esta razón, el presente trabajo tiene por objetivo determinar si las recientes modificaciones que ha sufrido dicho sistema se ajustan a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño y, en su caso, realizar propuestas de mejora. Para ello, se examinarán los Informes periódicos quinto y sexto que España presentó ante el Comité en el año 2016 y la llamada de atención que éste le ha hecho en los siguientes aspectos<sup>14</sup>: inexactitud sobre el número y la situación de los menores extranjeros no acompañados que se hallan en España; la insuficiente inversión económica que nuestro país destina a las políticas de la infancia y la adolescencia; y la falta de concordancia entre la normativa española aplicable a los menores extranjeros no acompañados y la Convención de los Derechos del Niño, atendiendo especialmente al entero procedimiento de determinación de la edad.

## **II. INEXACTITUD SOBRE EL NÚMERO Y LA SITUACIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS QUE SE HALLAN EN ESPAÑA**

Cualquier menor extranjero no acompañado que sea localizado en nuestro país debe inscribirse en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, cuya titularidad corresponde a la Dirección General de la Policía Nacional, su gestión a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y su coordinación a la Fiscalía General del Estado (arts. 35 LOEX y 215 RLOEX).

Sin embargo, en la actualidad, los datos que existen sobre este colectivo son escasos y poco fiables. Prueba de ello es que las cifras que figuran en el Registro y las que publica la Fiscalía General del Estado en su Memoria anual, con frecuencia, no coinciden. Valga como ejemplo la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, que señalaba que, en 2019, 2.873 menores extranjeros no acompañados llegaron a España por vía marítima en pateras. Por el contrario, en el Registro figuraban inscritos, ese mismo año, a fecha 31 de diciembre, 12.417. Ello puede deberse a que no se dispone de datos cuantitativos sobre los menores que han accedido a España a través de Ceuta y Melilla, superando la frontera ocultos en vehículo de motor o que entraron por vía aérea, tal y como pone de manifiesto la Memoria<sup>15</sup>.

La disparidad entre ambas cifras no es baladí porque imposibilita conocer el número exacto de menores extranjeros no acompañados que se encuentran tutelados en cada Comunidad Autónoma, lo que a su vez incide en el reparto de las subvenciones dirigidas

---

<sup>14</sup> Informes periódicos quinto y sexto combinados que los Estados parte debían presentar en 2015: España (Fecha de recepción: 13 de mayo de 2016, CRC/C/ESP/5-6). Y Observaciones finales sobre los Informes periódicos quinto y sexto combinados de España (CRC/C/ESP/CO/5-6).

<sup>15</sup> Memoria elevada al Gobierno de S.M., presentada al inicio del año judicial, por la Fiscal General del Estado, Excm. Sra. Dña. Dolores Delgado García, Madrid, 2020. El documento está disponible en el siguiente enlace (consultado el 23 de febrero de 2021): <https://www.fiscal.es/documents/20142/ebc7f294-b4d8-6ca4-c7c0-3a95c371e94f>

a sufragar los gastos de las entidades autonómicas de protección de menores. Sirva como ejemplo que, uno de los criterios de adjudicación de tales subvenciones, es el incremento del número de menores extranjeros no acompañados inscritos en el Registro (art. 7.a.1º) RD 1340/2018)<sup>16</sup>.

Ante esta realidad, el Comité recomienda que se unifique la información estadística sobre menores extranjeros no acompañados, facilitando datos desglosados por edad, sexo y origen étnico. Para ello, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Fundación Unicef Comité Español, en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística, han creado la *web* “Infancia en Datos” que proporciona la información que pide el Comité<sup>17</sup>.

Sin embargo, la creación de esta *web* no es suficiente porque se mantiene la divergencia entre los datos de la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado y los del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Además, esta situación trae como consecuencia un reparto injusto de las subvenciones dirigidas a mejorar los centros autonómicos de protección de menores, lo que también ha sido criticado por el Comité, tal y como se verá a continuación.

### **III. INSUFICIENCIA DE LA INVERSIÓN ECONÓMICA QUE ESPAÑA REALIZA EN EL ÁMBITO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA**

El Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación por la insuficiente inversión económica que nuestro país destina al ámbito de la protección de la infancia y la adolescencia. En concreto, se centra en la falta de un análisis presupuestario sistemático que determine el importe destinado a la protección de la infancia y la adolescencia a nivel nacional, autonómico y local.

Ante este hecho, España aprobó la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, la cual establece que las memorias del análisis de impacto normativo que acompañen a los Anteproyectos de Ley y a los Proyectos de Reglamentos deben incorporar el impacto de la normativa en la infancia y en la adolescencia (véase el art. 22 quinquies Ley 26/2015)<sup>18</sup>.

Sin embargo, la adopción de esta medida es insuficiente porque, desde su entrada en vigor, no siempre se ha incorporado dicho impacto a tales normas. Valga como ejemplo

---

<sup>16</sup> Real Decreto 1340/2018, de 29 de octubre, por el que se aprueban las normas especiales reguladoras de las subvenciones que se otorgarán en régimen de concesión directa a las comunidades autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla para la atención a los menores extranjeros no acompañados acogidos en el año 2018 (*BOE* núm. 262, de 30 de octubre de 2018).

La Memoria anual de la Fiscalía General del Estado (2020) indica que el número de menores extranjeros en cada Comunidad Autónoma es: Andalucía, 4.617 menores; Cataluña, 1.977; Melilla, 1.398; País Vasco, 777; Comunidad Valenciana, 691; Ceuta, 712; Madrid, 489; Murcia, 262; Canarias, 421; Aragón, 208; Castilla La Mancha, 151; Galicia, 98; Cantabria, 117; Asturias, 79; Castilla y León, 86; Baleares, 71; Navarra, 209; Extremadura, 45 y en La Rioja, 9.

<sup>17</sup> Se puede acceder a la página *web* a través del siguiente enlace (consultado el 1 de marzo de 2021): <http://www.infanciaendatos.es/>

<sup>18</sup> *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015.

la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018<sup>19</sup> *versus* la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021<sup>20</sup>.

La primera de estas leyes no contiene una evaluación de la situación macroeconómica y fiscal de los derechos de la infancia ni, en consecuencia, una memoria de análisis del impacto en la infancia y adolescencia, cuyo objetivo debería ser el de poder conocer el importe y la proporción del gasto que se destina a ella. La estructura de los Presupuestos Generales del Estado (2018) se dividía, al igual que en años anteriores, en cuatro categorías de análisis: salud, educación, bienestar social, protección social y prestaciones. De ello puede desprenderse que no se reflejaba, de forma clara y suficientemente desglosada, cuánto dinero invertía nuestro país en políticas de protección de la infancia y la adolescencia, tal y como recomienda el Comité.

España justificó su actitud incumplidora en la configuración institucional del país, fundamentada en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, señalando que éstas son las que más recursos económicos destinan a las políticas de infancia y adolescencia. Además, indicó que no existía un programa económico independiente y específico en este ámbito, aun cuando el Comité lo recomendaba expresamente, porque este tipo de políticas se recogían, dado su carácter transversal, en distintas partidas presupuestarias.

No obstante, recientemente, el comportamiento de nuestro país ha cambiado con la finalidad de adecuar su conducta a las recomendaciones establecidas por el Comité. Prueba de ello es que la Disposición Final décimo séptima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (2021), que modifica la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, da una nueva redacción al artículo 37.2, que queda de la siguiente manera<sup>21</sup>: “Al proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado se acompañará la siguiente documentación complementaria: c) El informe del impacto en la infancia, en la adolescencia y en la familia”.

Asimismo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado (2021) asigna una dotación económica específica al concreto programa “231G – Atención a la infancia y a las familias”. En este sentido, España, de conformidad con lo establecido en la última Ley de Presupuestos Generales del Estado (2021), ha creado un entorno más propicio para el adecuado seguimiento y la necesaria supervisión de los gastos e inversiones que realiza en políticas sobre la infancia y la adolescencia.

Sin embargo, los niños están muy lejos de convertirse en el centro del proceso presupuestario de nuestro país. Ello se debe a que, tal y como afirma el Comité, las inversiones que España efectúa en este ámbito no han alcanzado el nivel de recuperación previsto, superada la grave crisis económica que comenzó en el año 2008. En efecto, la Comisión ha advertido que España es uno de los Estados miembros de la Unión Europea

---

<sup>19</sup> BOE núm. 161, de 4 de julio de 2018.

<sup>20</sup> BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020.

<sup>21</sup> BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003.

que menos recursos económicos dedica a la infancia y a la adolescencia: el 1.3% del PIB, mientras que la media en los países de la Unión Europea es del 2.4%, según lo expuesto en el Informe “Semestre Europeo 2019”<sup>22</sup>. Desde este postulado, la protección de la infancia y la adolescencia no constituye una prioridad en la agenda política española.

En otro orden de cosas, pero relacionado con lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño muestra asimismo su preocupación por la supresión, por motivos económicos, de la institución del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, que ejerció durante 16 años como Alto Comisionado para la Infancia y que desapareció en 2012. Ante esta situación, el Comité recomienda su instauración y dotar de más medios a la oficina nacional del Defensor del Pueblo, con la finalidad de que puedan acudir a ella aquellos niños en cuyas Comunidades Autónomas no exista un Defensor de la Infancia.

Sin embargo, en el día de hoy, España no contempla la recuperación de la figura del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, cuyas funciones asumió el Instituto del Menor y de la Familia. Ahora bien, la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, ambas de modificación al sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introducen cambios en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, con el objetivo de poder asegurar, al menos parcialmente, que el niño pueda ejercitar sus derechos.

De esta manera, el menor puede plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo o ante las instituciones autonómicas homólogas. En concreto, uno de los Adjuntos del Defensor del Pueblo se hará cargo, permanentemente, de todos los asuntos relacionados con los niños, facilitándoles el acceso a los mecanismos adecuados y garantizándoles la confidencialidad (art. 10.2.c) LOPJM).

Además, el menor también podrá presentar denuncias individuales ante el Comité de los Derechos del Niño, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle (art. 10.2.f) LOPJM). Valgan como ejemplo, entre otras, dos recientes comunicaciones presentadas por dos menores extranjeros no acompañados, ante el Comité, sobre el proceso de determinación de su edad en España. En ellas, los autores sostienen que, ante la duda, nuestro país no respetó la presunción de minoría de edad, lo que es contrario al principio del interés superior del menor, tal y como se verá más adelante<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo: “Semestre Europeo 2019: evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos, conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011” (Bruselas, 27 de febrero de 2019; COM (2019) 150 final): [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/2019-european-semester-country-report-spain\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/2019-european-semester-country-report-spain_es.pdf)

<sup>23</sup> Dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de las comunicaciones Núm. 37/2017 y 38/2017, de 24 de noviembre de 2020 (CRC/C/85/D/37/2017 y CRC/C/85/D/38/2017, respectivamente).

Los autores de las comunicaciones son L.D. (primer autor) y B.G. (segundo autor), ciudadanos argelinos, nacidos el 18 de agosto de 2001 y el 14 de septiembre de 2000, respectivamente. El 17 de noviembre de

#### **IV. FALTA DE CONCORDANCIA ENTRE LA NORMATIVA ESPAÑOLA APLICABLE A LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS Y LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

Desde la perspectiva de Derecho internacional privado, se prevé que la Ley aplicable a la protección de menores se determinará según lo dispuesto en el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art. 9.6 CC)<sup>24</sup>.

Este Convenio señala que las autoridades competentes de los Estados contratantes, en el ejercicio de la competencia que les es atribuida, aplicarán su propia Ley (art. 15.1 CLH 1996). No obstante, excepcionalmente, en el caso de que la protección del niño lo requiera, las autoridades competentes pueden tomar en consideración la Ley de otro Estado con el que la situación presente un vínculo estrecho (art. 15.2 CLH 1996).

Por tanto, con carácter general, la Ley española será la aplicable para adoptar medidas de carácter protector respecto de los menores abandonados que se hallen en territorio español, hasta que alcancen la edad de 18 años (art. 2 CLH 1996)<sup>25</sup>. Ante esta situación, cabe reflexionar sobre si la normativa estatal y autonómica española aplicable a los menores extranjeros no acompañados respeta lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, tal y como recomienda el Comité, en supuestos transfronterizos.

El punto de partida puede situarse en el hecho objetivo de que la Constitución Española regula la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en especial, de los menores de edad, de conformidad con lo establecido en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39 CE)<sup>26</sup>.

Para ello, se crea la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo objeto es doble: garantizar a los menores una protección

---

2017, L.D. llegó a las costas de Almería en patera y B.G. lo hizo a las costas de Lorca (Murcia). Ambos manifestaron ser menores de edad, si bien, no aportaron documentación oficial que acreditara este hecho.

<sup>24</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010).

<sup>25</sup> MOYA ESCUDERO, M., "Igualdad *versus* seguridad y control: los menores extranjeros en Europa" en *Nuevo Mundo, Nueva Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 219-248. En la disciplina de Derecho internacional privado existen otras normas en materia de protección de menores, tales como el vigente Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (Reglamento *Bruselas II-bis*) y el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y la sustracción internacional de menores (versión refundición), que se aplicará a partir del 1 de agosto de 2022. Sin embargo, la autora señala que ninguno de los instrumentos anteriores se pronuncia expresamente sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados no solicitantes de protección internacional, lo que parece priorizar la política migratoria frente a la de protección de menores.

<sup>26</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

uniforme en todo el territorio del Estado y convertirse en una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, de modo recíproco, esta Ley incorpora algunas novedades que ya fueron introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás. Sirva como ejemplo, una regulación más completa de las situaciones de riesgo y de desamparo.

En particular, esta Ley modifica la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, con la finalidad de adaptarla a los recientes e importantes cambios sociales que han sufrido, especialmente, los menores extranjeros no acompañados. Desde este postulado, atendiendo a los motivos de preocupación que puso de relieve el Comité de los Derechos del Niño respecto del último informe que presentó España, cabe pronunciarse, principalmente, sobre los siguientes aspectos: la elaboración de un protocolo uniforme sobre los métodos de determinación de la edad; el reconocimiento y el respeto de la opinión emitida por el niño en los procedimientos judiciales y administrativos que le afecten y el concepto del interés superior del menor en relación con su repatriación al país de origen o su permanencia en España.

### **1. Elaboración de un protocolo uniforme sobre los métodos de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados para todo el territorio español**

En el año 2014, entró en vigor el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 190.2 del Reglamento de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, cuya finalidad es coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y documentación.

Ahora bien, la adopción de este Protocolo no es suficiente para cumplir con la uniformidad que recomienda el Comité en la medida en que, aun siendo vinculante para las instituciones del Estado que lo suscriban, debe ser completado con los Protocolos territoriales de cada Comunidad Autónoma. Por tanto, se reactiva esa falta de concordancia entre la normativa estatal y la autonómica en el ámbito de los menores extranjeros no acompañados, tan criticada por el Comité de los Derechos del Niño.

En este contexto, al Comité le preocupa, en primer lugar, que el Fiscal General sea la autoridad competente para incoar el procedimiento de determinación de la edad. Ante este hecho, recomienda la revisión de la normativa aplicable para ajustarla a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño.

Sin embargo, España desoye la preocupación del Comité, la cual puede encontrar justificación, aunque no lo señala expresamente, en el hecho objetivo de que la estructura de la Fiscalía no funciona de la misma manera en todas las Comunidades Autónomas. Así, en algunas, será el Fiscal de Extranjería quien se ocupe de iniciar tal expediente, mientras que, en otras, la autoridad competente será el Fiscal de Menores. Este hecho pone de relieve, una vez más, el perjuicio que genera la falta de uniformidad entre la

normativa estatal y la autonómica aplicable en el marco de los menores extranjeros no acompañados.

A ello hay que añadir que, en ocasiones, la Policía traslada al extranjero indocumentado al hospital para que le realicen las pruebas médicas de determinación de la edad, sin que el Ministerio Fiscal lo haya autorizado, tal y como se desprende de la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado (2020). La Memoria justifica esta actitud en la llegada masiva a España de personas que alegan ser menores de edad, lo que les impide cumplir, rigurosamente, con todos los pasos del procedimiento. En concreto, en 2019, se incoaron en España 7.745 diligencias procesales de determinación de la edad.

Desde este postulado, cabe preguntarse si las pruebas médicas de determinación de la edad sólo se practican en los casos en los que existe una duda razonable sobre los años que tiene la persona y respetando siempre los Derechos Humanos, tal y como recomienda el Comité.

### **A) FIJACIÓN, CON SEGURIDAD, DE LA MINORÍA DE EDAD DEL EXTRANJERO INDOCUMENTADO**

El Protocolo establece que, a los solos efectos de entrada en territorio español, el pasaporte y otros documentos de viaje originales emitidos por autoridad extranjera, son título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad (Capítulo II, Apdo. Sexto (párr. 2) Protocolo Marco). En concreto, el pasaporte o documento equivalente de identidad es válido si ha sido otorgado cumpliendo los requisitos que se exijan en el país de procedencia y siempre que contenga los datos suficientes para determinar la identidad y la nacionalidad de su titular<sup>27</sup>.

En esta línea de pensamiento se pronuncia el Tribunal Supremo, que señala: 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

---

<sup>27</sup> Vid. Comunicación 38/2017, de 24 de noviembre de 2020, *B.G. c. España* (CRC/C/85/D/38/2017). En ella, el Comité estima que una certificación de nacimiento con foto, cuyos datos son rellenados a mano, no es documento válido para acreditar la identidad de una persona. Ahora bien, el Comité recuerda que la carga de la prueba no recae, en exclusiva, sobre el extranjero indocumentado porque, con frecuencia, el Estado parte es quien tiene fácil acceso a la información probatoria. Por tanto, le recomienda a España que, si duda sobre la validez de tal documento, debe dirigirse a las autoridades consulares de Argelia para comprobar la identidad del autor (párr. 10.2).

En el mismo sentido se pronuncian el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 28/2017, de 27 de octubre de 2020, *M.B. c. España*, párr. 9.2 (CRC/C/85/D/28/2017); el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 40/2018, de 2 de noviembre 2020, *S.M.A. c. España*, párr. 7.2 (CRC/C/85/D/40/2018) y el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 26/2017, de 2 de noviembre de 2020, *S.M.B c. España*, párr. 9.2 (CRC/C/85/D/26/2017).

complementarias de determinación de su edad<sup>28</sup>. Por tanto, en el marco que aquí se ha descrito, no es necesaria la legalización o apostilla ni que exista un Tratado o Convenio internacional entre España y el Estado que emita tales documentos<sup>29</sup>.

De lo anterior puede desprenderse que la persona que, en el momento de acceder al territorio español, tenga un pasaporte o documento equivalente de identidad, legalmente expedido en el país de origen y no invalidado por ningún organismo competente, no podrá ser sometido en España a las pruebas médicas de determinación de la edad<sup>30</sup>.

Sin embargo, la realidad es distinta. La Memoria anual de la Fiscalía General del Estado (2019) expone que, hasta ahora, se incoaban expedientes de determinación de la edad y se practicaban pruebas en todo caso, con independencia de que se dudara, o no, sobre la minoría de edad de los extranjeros. En el mismo sentido se pronuncia uno de los Informes de *Save the Children* al evidenciar que, en ocasiones, los adolescentes llegan a España con pasaporte válido, pero éste no es tenido en cuenta por parte de las autoridades españolas, lo que puede comportar consecuencias sobrecogedoras. Sirva como ejemplo, la no posibilidad de acceder al sistema español de protección de la infancia en los ámbitos relativos a la educación, sanidad o representación legal, lo que a su vez podría suponer que estos jóvenes vivan en la clandestinidad, dependiendo de la mendicidad, la prostitución o la delincuencia<sup>31</sup>.

Esta situación es contraria a lo dispuesto en la normativa española de extranjería, a la posición adoptada por el Tribunal Supremo y a lo establecido en la reciente y modificada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que defiende el principio *en caso de duda, pro minoría* (art. 12.4 *ab initio* LOPJM).

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor señala que, si la mayoría de edad no puede ser establecida con seguridad, se presume que el extranjero es un niño hasta que la autoridad competente demuestre que los documentos en los que consta su edad no son

---

<sup>28</sup> A título de ejemplo, cabe citar, entre otras, la STS núm. 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014/4689), STS núm. 452/2014, de 24 de septiembre (RJ 2014/4839), STS núm. 11/2015, de 16 de enero (RJ 2015/121), STS núm. 318/2015, de 22 de mayo (RJ 2015/2260), STS núm. 319/2015, de 23 de mayo (RJ 2015/2040), STS núm. 386/2015, de 18 de junio (RJ 2015/2764), STS núm. 411/2015, de 3 de julio (RJ 2015/2561), STS núm. 507/2015, de 22 de septiembre (RJA 2015/4356), STS núm. 720/2016, de 1 de diciembre (RJ 2016/5673).

<sup>29</sup> *Vid.* STS núm. 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014/4689) y STS núm. 452/2014, de 24 de septiembre (RJ 2014/4839).

<sup>30</sup> La Memoria anual de la Fiscalía General del Estado (2019) advierte que algunas Fiscalías territoriales sólo consideran auténticos algunos documentos de identidad. Valgan como ejemplo, las Fiscalías de Bizkaia y la de Las Palmas. La Fiscalía de Bizkaia estima fiables los pasaportes, pero no las partidas de nacimiento o pasaportes basados en las mismas, porque no resulta posible determinar si el portador del documento es el titular del mismo. La Fiscalía de Las Palmas también considera auténticos los pasaportes, pero no las cartas de identidad, a menos que contengan datos biométricos, que permitan identificar a su portador con quien dice ser su titular.

<sup>31</sup> Informe *Save the Children* España “Infancias invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España”, junio 2016, p. 18. Se puede acceder al documento en el siguiente enlace (Consultado 20 noviembre 2020): <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>

válidos<sup>32</sup>. Se trata de una presunción *iuris tantum* reforzada, respecto de la que sólo cabe prueba en contrario si concurren, cumulativamente, dos requisitos<sup>33</sup>: eliminación de cualquier duda razonable sobre la mayoría de edad, después de una valoración de todos los elementos probatorios existentes y motivación suficiente del decreto que declara la mayoría de edad, excluyendo cualquier atisbo de arbitrariedad.

Ambos requisitos también deben concurrir en el momento en el que se examine la documentación presentada por el extranjero, lo que obliga al Ministerio Fiscal a realizar un juicio de proporcionalidad antes de decidir si practica o no las pruebas médicas de determinación de la edad (*vid.* art. 12.4 LOPJM). Este hecho nos obliga a dar un paso más para reflexionar sobre si el proceso de determinación de la edad de un extranjero indocumentado que se lleva a cabo en nuestro país superaría, o no, dicho juicio de proporcionalidad.

## **B) PRUEBAS MÉDICAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD Y JUICIO DE PROPORCIONALIDAD: EN BUSCA DEL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

El Ministerio Fiscal, mediante acuerdo, autorizará la realización de pruebas médicas a los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, las cuales se regirán por el principio de celeridad y el de respeto a la dignidad de la persona, siendo exigible el previo consentimiento del afectado y un control médico-sanitario especializado (arts. 35.3 LOEX, 190.1 *in fine* RLOEX y Capítulo V, Apdo. Quinto (párr. 1) Protocolo Marco).

En concreto, la Ley Orgánica de Extranjería se refiere expresamente a que las autoridades competentes para practicar estas pruebas médicas serán las “instituciones sanitarias oportunas”, las cuales pueden concretarse en especialistas y médicos forenses que trabajan en instituciones sanitarias de naturaleza pública, dependientes de los Servicios de Salud de cada Comunidad Autónoma (*vid.* art. 35.3 LOEX). Por tanto, no existe un único sistema – estatal y centralizado – de práctica de pruebas médicas de determinación de la edad. Es una cuestión que queda en manos de cada Comunidad Autónoma, lo que, como ya se ha indicado, no está bien visto por parte del Comité de los Derechos del Niño.

En principio, con carácter general y a menos que los facultativos médicos tengan una opinión distinta, se recurre a técnicas de determinación oseométrica de la edad (Capítulo

---

<sup>32</sup> STS núm. 307/2020, 16 de junio 2020 (RJ 2020/2198). En ella, el Tribunal Supremo afirma: “(...) las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expedieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores (...)”.

<sup>33</sup> Nota Interna núm. 2/2018, de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad: <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2018/05/NOTA-INTERNA-NUM-2-SEGUIMIENTO-MENAS.pdf>

V, Apdo. Quinto (párr. 5 Protocolo Marco)<sup>34</sup>. Valga como ejemplo, el análisis radiológico del carpo izquierdo de la muñeca – *Greulich-Pyle* – el examen de la dentición a través de una ortopantomografía – *TW-2* – o una radiografía de la clavícula, las cuales podrán ser acumulativas en caso de sucesivas dudas.

Ahora bien, estas pruebas médicas pueden no determinar con exactitud cuál es la edad del extranjero indocumentado porque presentan, con frecuencia, un margen de error de aproximadamente dos años<sup>35</sup>. Ello se debe, entre otros factores, a que esta metodología médica consiste en comparar los resultados con los estándares del Atlas de *Greulich y Pyle*, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa. Por tanto, no toma en consideración las características étnicas, sociales, culturales, nutricionales o medioambientales, que pueden incidir notablemente en el desarrollo y la madurez física y psíquica de la persona, tal y como ha advertido el Tribunal Supremo<sup>36</sup>.

Ante esta situación, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que no se utilice el examen oseométrico como método único de determinación de la edad cronológica de una persona joven que manifiesta ser menor de edad, siendo oportuna la adopción de medidas alternativas distintas<sup>37</sup>. Valgan como ejemplos, la solicitud de prueba documental al país emisor o una evaluación global del niño, realizada por profesionales especializados, que no sólo valore su aspecto físico, sino también su maduración psicológica, atendiendo a criterios científicos, de seguridad e imparcialidad y que culmine con una entrevista, en un idioma que el menor pueda comprender<sup>38</sup>.

Sin embargo, la normativa española aplicable en materia de extranjería no se ajusta a la recomendación del Comité porque otorga un peso significativo al análisis radiológico, previendo que, si de las pruebas médicas se desprende una horquilla de años, el extranjero

---

<sup>34</sup> 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 señala que el Ministerio Fiscal debe velar por que la decisión sobre la práctica de las pruebas médicas se adopte tras la consulta de los datos que se encuentren en el Registro de MENA, con el objetivo de que no se practiquen las mismas pruebas en más de una ocasión.

<sup>35</sup> PRADA BELVER, F. A.; ABADAL VILLAYANDRE, J. M.; HUESCA MELÓN, J. M.; GARCÍA PÉREZ, J., “Determinación de la edad ósea en menores extranjeros no acompañados mediante métodos de imagen”, *Revista española de pediatría: clínica e investigación*, n.º 69, 2013, pp. 114-119.

<sup>36</sup> STS (Sala de lo Contencioso Administrativo), Sección 3ª, de 17 de junio de 2013 (RJ 2013/5078); Comunicación núm. 40/2018, de 2 noviembre 2020, *S.M.A. c. España*, párr. 7.10 (CRC/C/85/D/40/2018) y Comunicación núm. 26/2017, de 2 noviembre 2020, *S.M.B c. España*, párr. 9.11 (CRC/C/85/D/26/2017).

<sup>37</sup> ALONSO GARCÍA, N; CARRIZO AGUADO, D., “La dialéctica entre la legalidad y humanidad en la protección de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 82, 2019, pp. 381-395, esp. p. 392.

<sup>38</sup> Observación General N° 6 sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005), párr. 31. *Vid.* Comunicación núm. 28/2017, de 27 octubre 2020, *M.B. c. España*, párr. 9.9 (CRC/C/85/D/28/2017); Comunicación núm. 40/2018, de 2 noviembre 2020, *S.M.A. c. España*, párr. 7.11 (CRC/C/85/D/40/2018) y Comunicación núm. 26/2017, de 2 noviembre 2020, *S.M.B c. España*, párr. 9.9 (CRC/C/85/D/26/2017).

es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años (art. 190.4 RLOEX)<sup>39</sup>. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas médicas de determinación de la edad no desempeñan un papel complementario, tal y como pide el Comité.

A ello hay que añadir que el interesado debe prestar consentimiento ante el facultativo médico, después de que éste le haya informado sobre el tipo, las características y los riesgos de las pruebas a las que va a ser sometido. Ante esta situación, cabe reflexionar sobre qué consecuencias comporta la negativa a prestar dicho consentimiento.

El Tribunal Constitucional español sitúa el punto de partida en la existencia de un derecho fundamental a la integridad física que protege la inviolabilidad de la persona, no únicamente en aquellos casos en los que existe un riesgo o un daño para la salud, sino también en los que tenga lugar cualquier tipo de intervención corporal en los que su titular no preste el consentimiento (art. 15 Constitución Española)<sup>40</sup>.

En particular, el Protocolo establece que, en caso de negativa, el Ministerio Fiscal recibirá al interesado para tomarle declaración y, atendiendo a todos los datos que obren en su expediente, podrá determinar que se trata de un mayor de edad (Capítulo V, Apdo. Quinto (párr. 2) Protocolo Marco). Por tanto, el hecho de que el extranjero se niegue a someterse a las pruebas de determinación de la edad constituye un poderoso indicio de que es mayor de edad. Sin embargo, dicha negativa no es un factor decisivo: el Ministerio Fiscal tomará la decisión atendiendo a las circunstancias del concreto asunto<sup>41</sup>.

En consecuencia, de lo anterior puede desprenderse que la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad en extranjeros cuya minoría de edad no puede establecerse con seguridad no supera el juicio de proporcionalidad, lo que, a su vez, puede incidir negativamente en el respeto de los Derechos Humanos, tal y como recomienda el Comité. Ello puede encontrar justificación en que la práctica de tales pruebas no es adecuada para alcanzar el objetivo propuesto. Se trata de pruebas escasamente fiables, en las que existe un margen de error significativo, según se puso de manifiesto con anterioridad.

En consecuencia, de la realización de dichas pruebas médicas no derivan más beneficios para el interés general que perjuicios para el interés superior del menor, cuya preservación y garantía es obligada por parte de los poderes públicos. Ante este hecho, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2019) ha puesto de relieve que la Unidad de Extranjería ha mantenido contacto con distintos organismos interinstitucionales, con la finalidad de

---

<sup>39</sup> Véase asimismo la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>40</sup> Véase en este sentido la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados y, entre otras, las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 207/1996, de 16 de diciembre (RA 1789-1996); STC 120/1990, de 27 de junio (RA 443-1990); STC 137/1990, de 19 de julio (RA 397-1990); STC 215/1994, de 14 de julio (RA 1415-1992) o STC 35/1996, de 11 de marzo (RA 2955-1992).

<sup>41</sup> SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., “Protección de los menores extranjeros no acompañados y su situación tras el acceso a la mayoría de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2012, pp. 173-210, esp. pp. 183-184.

igualar los sistemas de determinación de edad en las diferentes zonas de España, con el objetivo de cumplir la recomendación que el Comité hizo en este sentido a nuestro país.

En otro orden de cosas, pero relacionado con lo anterior, el extranjero indocumentado puede solicitar la revisión del decreto emitido por el Ministerio Fiscal en el que consta su mayoría de edad<sup>42</sup>. En particular, la jurisdicción civil será competente para conocer de la impugnación de esta decisión administrativa, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil. Valgan como ejemplos, la solicitud de un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad o el análisis de la decisión de la Comunidad Autónoma por la que se le denegó la tutela al peticionario.

A diferencia de ello, la jurisdicción contencioso-administrativa sólo será competente para conocer del recurso de una decisión administrativa, encuadrable en el Derecho de Extranjería, tal y como sería el recurso contra una orden de devolución<sup>43</sup>. De esta afirmación puede desprenderse que, en el marco que aquí se ha descrito, el recurso contencioso-administrativo es subsidiario porque debe interponerse antes un recurso administrativo de alzada, que no suspende la devolución del extranjero indocumentado al país de origen<sup>44</sup>.

Ante esta situación, el Comité de los Derechos del Niño advierte que, en este contexto, las vías de recurso que regula nuestro ordenamiento jurídico son inefectivas porque no posibilitan la reparación de los daños ocasionados y, además, su resolución se dilata excesivamente en el tiempo<sup>45</sup>. Esta observación es importante porque la fijación de la edad del extranjero no acompañado condiciona su futuro.

Por un lado, si se determina la mayor de edad del extranjero indocumentado, la normativa española de extranjería considera que esta persona es un inmigrante irregular. Por tanto, la Administración del Estado podrá sancionarlo con la expulsión del territorio nacional (arts. 57 y 58 LOEX)<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Vid. Nota Interna núm. 2/2018, de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad. En ella, se citan expresamente, en este sentido: ATC núm. 151/2003 y ATC núm. 172/2003, ambos de 9 de septiembre de 2013 (RA 2980-2003 y 4801-2002, respectivamente).

<sup>43</sup> STS núm. 680/2020, de 5 de junio de 2020 (RJ 2020/1448).

<sup>44</sup> STEDH núm. 51564/99, de 5 de febrero de 2002, as. *Conka c. Bélgica*; STEDH (Gran Sala) núm. 27765/09, de 23 de febrero de 2012, as. *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; STEDH (Gran Sala) núm. 22689/07, de 18 de diciembre de 2012, as. *De Souza Ribeiro c. Francia*. En ellas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que los Estados parte tienen que garantizar, en la práctica, el derecho a tener acceso a un recurso efectivo que permita al recurrente hacer valer su demanda, aun cuando la orden de expulsión esté en curso.

<sup>45</sup> Vid. Comunicación 38/2017, de 24 noviembre 2020, *B.G. c. España*, párr. 10.3 (CRC/C/85/D/38/2017) y Comunicación núm. 28/2017, de 27 octubre 2020, *M.B. c. España*, párr. 9.3 (CRC/C/85/D/28/2017).

<sup>46</sup> TASSINARI, F., "La identificación de los MENAS y el tutor voluntario en Italia: ¿Un modelo a asumir por la UE?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 11, 2019, pp. 545-570, esp. p. 550. No obstante, a pesar de ello, en ocasiones, un menor de edad se declara, falsamente, mayor de edad, con el objetivo de poder acceder al mundo laboral. La autora cita, a título de ejemplo, la STEDH de 5 de febrero de 2015,

En consecuencia, la realidad a la que se enfrentan los menores extranjeros no acompañados y los nacionales españoles al cumplir dieciocho años es la cara y la cruz de una misma moneda. Ello se debe a que, en la actualidad, en el ordenamiento jurídico español no existe un protocolo único que regule la transición del menor extranjero no acompañado a la edad adulta, tal y como recomienda el Comité.

La Ley Orgánica de Protección del Menor establece que las Entidades Públicas están obligadas a ofertar programas de preparación para la vida independiente, dirigidos a jóvenes que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de alcanzar la mayoría de edad (arts. 11.4 y 22 bis LOPJM). Ahora bien, cada servicio de protección de menores se rige por lo dispuesto en las normas de la Comunidad Autónoma en la que se encuentra, lo que marca, una vez más, un insuficiente y desigual nivel de protección de estos niños.

Por otro lado, en el supuesto de que el extranjero no acompañado ostente la menor edad, el decreto del Ministerio Fiscal se notificará a la Entidad Pública de protección de menores, con el objetivo de que ésta asuma la acogida inmediata del niño (*vid.* Capítulo V, Apdo. Sexto (párr. 3) Protocolo Marco). Ello se debe a que no cabe hacer distinciones entre éste y otros menores de edad<sup>47</sup>.

La normativa internacional, europea y nacional evidencia que no se puede diferenciar entre menores nacionales o extranjeros ni regulares o irregulares<sup>48</sup>. Sirva como ejemplo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que señala, expresamente, que los menores extranjeros no acompañados que se hallen en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria, servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los niños que ostenten la nacionalidad española (art. 10.3 LOPJM).

## **2. La opinión del menor extranjero no acompañado en los procedimientos judiciales y administrativos que le afectan**

El Comité está preocupado por la escasa e incluso nula importancia que las autoridades españolas otorgan, en ocasiones, a la opinión de los menores extranjeros no acompañados en los procedimientos judiciales y administrativos que les afectan. Ante este hecho, recomienda armonizar las disposiciones del Código Civil y de la Convención de los Derechos del Niño, para que ambas normas se pronuncien en el mismo sentido.

En primer lugar, cabe señalar que el articulado del Código Civil no ha sido modificado para adecuar sus disposiciones a las de la Convención. Sin embargo, sí lo ha sido la Ley

---

*AME v. The Netherlands*, en el que un niño somalí se declaró, en primer lugar, falsamente adulto en Italia y menor de edad, posteriormente, en los Países Bajos.

<sup>47</sup> STEDH de 12 de octubre de 2006, as. *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*: del artículo 3 del CEDH deriva la obligación positiva de los Estados de procurar los cuidados y la protección que estos menores necesitan, como si de un nacional se tratara.

<sup>48</sup> FLORES GONZÁLEZ, B., “La protección de los menores inmigrantes no acompañados en España”, *Revista de Derecho Civil*, n.º 5, 2018, pp. 321-362, esp. p. 328.

Orgánica de Protección Jurídica del Menor a través de la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Desde su entrada en vigor, el punto de partida se sitúa en reconocer el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 9.1 *ab initio* LOPJM).

En este sentido, España garantiza a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernan, teniéndose ésta debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Para ello, se le da al niño la oportunidad de ser escuchado, directamente o través de un representante apropiado, tal y como recoge la Convención de los Derechos del Niño (art. 12 CDN).

En segundo lugar, de conformidad con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, la madurez del niño se evaluará por personal especializado, que tomará en consideración su desarrollo evolutivo y su capacidad para comprender, atendiendo a las especificidades que tengan lugar en cada supuesto. En particular, se estima que el menor tiene madurez suficiente, en todo caso, cuando tenga doce años cumplidos (art. 9.2 LOPJM).

El niño podrá expresar su libre y verdadera opinión por sí mismo o a través de la persona que designe para que lo represente, siempre que éste no tenga intereses contrapuestos a los suyos, tal y como exige la Convención. Sirvan como ejemplo, intérpretes, tutores, representantes legales o personas que, por cualesquiera motivos, tengan especial confianza con él (*vid.* art. 9.1 y 9.2 LOPJM).

En este contexto, cabe plantear si los menores extranjeros no acompañados encajan en el marco que aquí se ha descrito. La normativa española de extranjería establece que, en el procedimiento donde se decide sobre su repatriación o su permanencia en nuestro país, finalizado el período de alegaciones y de práctica de la prueba, se debe dar audiencia al Ministerio Fiscal, al tutor, al defensor judicial – si lo hubiere – y al menor, siempre que tenga juicio suficiente para manifestar lo que considere oportuno (art. 194.1 RLOEX). Esta actitud sintoniza perfectamente con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Ahora bien, si el menor extranjero no acompañado tiene menos de dieciséis años, será siempre representado por la Entidad pública que se ocupe de su protección, salvo que se acredite que tiene juicio suficiente (art. 193 RLOEX)<sup>49</sup>. Por tanto, la edad fáctica de doce años a la que hace referencia la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor para

---

<sup>49</sup> STC núm. 22/2008, de 31 de enero de 2008 (RA 10216-2006). En ella, advierte el Tribunal Constitucional que un menor, con madurez y facultades de entendimiento desarrolladas que es capaz de formarse un juicio justo de las consecuencias de su repatriación, ostenta la capacidad procesal suficiente para la defensa de sus derechos e intereses sin necesidad de que le asista la Entidad Pública que lo tutela.

determinar que un niño tiene madurez suficiente no opera respecto de los menores extranjeros no acompañados.

Ello trae como consecuencia que, en la mayoría de los supuestos, la Entidad pública abogue por la repatriación del menor, aun cuando esta decisión no redunde siempre en beneficio de su interés superior<sup>50</sup>. Existe un claro conflicto de intereses entre ambos, en la medida en que la Entidad pública es consciente de que tiene serias dificultades para acoger, de manera adecuada, tan elevado número de menores extranjeros no acompañados<sup>51</sup>.

Ante esta situación, la Ley Orgánica de Extranjería señala que si el menor se pronuncia en un sentido contrario a quien ostenta su tutela o representación, cabe la suspensión del procedimiento de repatriación hasta la fecha en la que se le nombre un defensor judicial (art. 35.6 LOEX).

No obstante, ese nombramiento es una medida ineficiente porque se efectúa tardíamente. El Comité de los Derechos del Niño recomienda que el menor extranjero no acompañado sea asesorado y asistido por un letrado independiente desde el momento en el que acontezca una actuación que ataque su esfera personal<sup>52</sup>, circunscribiendo esa fecha a “tan pronto como sea posible, a su llegada”<sup>53</sup>. De esta manera, se le informaría de las pruebas de las que dispone para hacer valer sus intereses, de los recursos que puede plantear y de las garantías que deben cumplirse en el proceso judicial<sup>54</sup>.

Por el contrario, la realidad es, una vez más, distinta. España, en el marco que aquí se ha descrito, provoca una injusticia sustancial: incumple, sistemáticamente, la asignación en tiempo y forma de un representante cualificado que ayude a los menores extranjeros no acompañados durante todo el procedimiento<sup>55</sup>. En la mayoría de los casos, al menor extranjero no acompañado lo que se le asigna es un abogado, en la fecha en la que se le notifica la resolución administrativa de la Entidad pública en la que se aprueba su repatriación.

---

<sup>50</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, G., “La situación de los menores no acompañados en España. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la reforma (de 2009) de la Ley de Inmigración” en *La situation juridique des enfants migrants non accompagnés*, Publication du Groupe de Recherche Migration Internationale et Droit, 2014, pp. 35-58, esp. p. 42.

<sup>51</sup> Informe Human Rights Watch (2008) <https://www.hrw.org/reports/2008/spain1008/spain1008spweb.pdf>

<sup>52</sup> En una línea de pensamiento similar se expresan las STC núm. 183 y 184, de 22 de diciembre de 2008 (RA 3319/2001 y RA 3321/2007, respectivamente) en las que el Tribunal Constitucional declaró que se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de dos menores marroquíes cuya tutela y procedimiento de repatriación fue efectuado por idéntico ente público.

<sup>53</sup> Comunicación núm. 21/2017, de 2 de junio de 2017, *A.D. c. España*, párr. 10.14 (CRC/C/83/D/21/2017); Comunicación núm. 28/2017, de 27 octubre 2020, *M.B. c. España*, párr. 9.12 (CRC/C/85/D/28/2017); Comunicación núm. 26/2017, de 2 noviembre 2020, *S.M.B c. España*, párr. 9.13 (CRC/C/85/D/26/2017) y Comunicación núm. 40/2018, de 2 noviembre 2020, *S.M.A. c. España*, párr. 7.12 (CRC/C/85/D/40/2018).

<sup>54</sup> Observación General N° 6 sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005), párr. 21.

<sup>55</sup> Cabe citar, a título de ejemplo, Comunicación núm. 16/2017, de 15 de mayo de 2017, *A.L. c. España*, párr. 12.8 (CRC/C/81/D/16/2017) y Comunicación núm. 22/2017, de 12 de junio de 2017, *J.A.B. c. España*, párr. 9 y 10 (CRC/C/81/D/22/2017).

Por tanto, niño y letrado disponen de pocos días para crear un clima de confianza que permita garantizar unos adecuados mecanismos de defensa y dar cobertura al cumplimiento de sus derechos<sup>56</sup>. En particular, esa falta de adecuada representación para estas personas durante el proceso de determinación de la edad trae como consecuencia una vulneración del principio del interés superior del menor, de su tutela judicial efectiva y de su derecho fundamental a ser escuchado, violando así lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (*vid.* arts. 3 y 12 CDN).

A lo anterior hay que añadir que el Defensor del Pueblo advierte que, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Convención y, asimismo, a la recomendación del Comité, el derecho del niño a expresar su libre opinión exige dar un paso más: la autoridad competente tiene que motivar la decisión por la que opta por apartarse de lo manifestado por el menor<sup>57</sup>.

En este caso, España sí adecúa su comportamiento a la advertencia que realiza el Defensor del Pueblo respetando lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño y la recomendación del Comité. En efecto, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor afirma que no sólo en los casos en los que se deniegue la comparecencia o audiencia del menor – directamente o por medio de persona que lo represente –, sino también en los que ésta se conceda, la resolución será motivada, atendiendo al respeto del principio del interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al niño y, si procede, a su representante. En concreto, dicha resolución debe contener las razones que apartan a la autoridad competente de la opinión del niño, una valoración de la misma y una indicación explícita de los recursos que caben contra tal decisión (art. 9.3 LOPJM).

### **3. La decisión sobre la repatriación del menor extranjero no acompañado o sobre su permanencia en España a la luz del principio del interés superior del menor**

Los menores extranjeros no acompañados presentan, fundamentalmente, tres características, según nuestra legislación: son menores de 18 años – no emancipados –, inmigrantes y desamparados. Esta triple condición hace que estos niños se encuentren en una zona de intersección legal entre la normativa de extranjería y la de protección jurídica de la infancia y la adolescencia<sup>58</sup>. No obstante, el fenómeno de los menores extranjeros no acompañados debe estar presidido por el principio del interés superior del niño porque

---

<sup>56</sup> MOLINA DOMÍNGUEZ, M., “El derecho a la asistencia letrada en menores extranjeros no acompañados”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.º 5, 2013, pp. 60-67, esp. p. 60.

<sup>57</sup> Defensor del Pueblo. Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, 2014, p. 3. Disponible en (consultado el 1 de marzo de 2021): <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

<sup>58</sup> VELASCO RETAMOSAS, J.M., “La protección de menores extranjeros en la Unión Europea: situación actual y desafíos de futuro” en VELASCO RETAMOSAS, J.M. (DIR.) *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 85-113, esp. pp. 88-90.

es el valor de referencia de toda la normativa aplicable en esta materia, siendo obligatorio para todas las personas garantizar su satisfacción integral<sup>59</sup>.

Por tanto, el interés superior del niño es prioritario respecto del interés de los padres o tutores, del interés de la sociedad y del interés del Estado. Ahora bien, este principio se fundamenta sobre la existencia de un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción requiere una evaluación individual, caso por caso, que tome en consideración todos los factores relacionados con la específica situación<sup>60</sup>.

Desde este postulado, el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño establece que debe darse preferencia al desarrollo del menor en el seno de su familia o en un ambiente en el que las tradiciones y valores culturales propios tengan una presencia importante. En este sentido se pronuncian también la normativa española de extranjería y la Ley Orgánica de Protección del Menor, al señalar que, determinada la minoría de edad del extranjero indocumentado no acompañado, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre su retorno al país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España (art. 35.5 LOEx). Para ello, en principio, se procurará la búsqueda de los miembros de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente (art. 19.bis.5 LOPJM).

Por tanto, los tres instrumentos legales identifican el concepto “interés superior del niño” con la repatriación del menor extranjero no acompañado a su país de origen para ser reagrupado con su familia o con sus representantes legales<sup>61</sup>. Asimismo, cabe su puesta a disposición ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela (art. 35.3 *in fine* LOEx).

Ahora bien, la devolución de estos niños a su Estado de origen no siempre es apropiada. Sirvan como ejemplo, los casos en los que el menor se vea obligado a regresar a países en los que existe un ambiente social de violencia constante o a Estados empobrecidos, en los que la propia familia anima al niño a emigrar para que pueda alcanzar mejores condiciones de vida futuras<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> STJUE de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, as. C-244/06, FD. 39. En ella, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea destaca la importancia de proteger los Derechos del Niño en el ámbito de la inmigración.

<sup>60</sup> ORTIZ VIDAL, M.D., “Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor” en GARCÍA GARNICA, M.C Y MARCHAL ESCALONA, N. (COORDS.) *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 397-418, esp. p. 403.

<sup>61</sup> LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A., “La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 21, 2013, pp. 157-180. La autora señala que la familia del niño que se encuentra en el país de origen es, en definitiva, con la que el menor extranjero no acompañado ha de estar y la que tiene la obligación de hacer frente a sus necesidades.

<sup>62</sup> En esta línea de pensamiento se expresó la STEDH núm. 13178/03, de 12 de octubre de 2006, as. *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*. En ella, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que la reagrupación familiar no es una solución compatible con el interés superior del menor en el supuesto de que los miembros de la familia inciten u obliguen al menor a emigrar.

Ante este hecho, la Observación General n.º 6 del Comité de los Derechos del Niño señala expresamente que, la repatriación del menor extranjero no acompañado a su Estado de origen es conforme con el principio de su interés superior si ese país dispone de mecanismos suficientes para poder garantizar su seguridad personal y atender sus necesidades individuales<sup>63</sup>.

En consecuencia, antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese país deben cerciorarse de que el niño será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno, con la finalidad de evitar que el menor sea entregado a un destino incierto<sup>64</sup>.

En el supuesto de que las autoridades españolas no puedan asegurar dicha situación o ante la concurrencia de otros intereses, tales como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto de los derechos fundamentales del niño, excepcionalmente, cabe admitir la permanencia del menor extranjero no acompañado en nuestro país<sup>65</sup>.

En particular, la Observación General n.º 6 del Comité de los Derechos del Niño establece que la integración del menor extranjero no acompañado en el Estado miembro de acogida responde al principio de su interés superior, si ésta se fundamenta en un régimen jurídico basado en dos criterios: la concesión del permiso de residencia y que el niño reciba el mismo trato que sus nacionales, con independencia de los motivos por los que adquiriera la condición de menor extranjero no acompañado.

En relación con el primer criterio, el Comité de los Derechos del Niño muestra su preocupación por el hecho de que las autoridades españolas incumplen la obligación de proporcionar, a los menores extranjeros no acompañados, la autorización de residencia, en tiempo y forma.

En principio, la Entidad Pública de protección de menores debe dictar, en el plazo máximo de tres meses, una resolución administrativa por la que se declare que el niño se encuentra en situación de desamparo y, por este motivo, se debe asumir, por ministerio de ley, su tutela (Capítulo VII, Apdo. primero, párr. 2 in fine Protocolo MENA).

---

En el mismo sentido se pronuncia el Informe *Human Rights Watch* (2008). Disponible en (consultado el 1 de marzo de 2021): <https://www.hrw.org/reports/2008/spain1008/spain1008spweb.pdf>  
Afirma que, en algunas Comunidades Autónomas, tal y como es el caso de Andalucía, se producen repatriaciones que no se ajustan al interés superior de los menores extranjeros no acompañados porque no han sido escuchados o debidamente representados en el procedimiento.

<sup>63</sup> Observación General N° 6 sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005), párr. 27, 84 y 86.

<sup>64</sup> Artículo 10.2 de la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, establece para con los menores extranjeros no acompañados (*DOUE* L 348/98, de 24 de diciembre de 2008).

En relación con la interpretación de este precepto, pueden verse las Conclusiones del Abogado General Sr. Priit Pikamäe, presentadas el 2 de julio de 2020, respecto del asunto C-441/19, *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*.

<sup>65</sup> Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

Únicamente a partir de esa fecha, la Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia en la que el menor tenga su domicilio podrá tramitar el expediente por el que se otorga la autorización de residencia, en el plazo máximo de nueve meses, a contar desde la fecha en la que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección (arts. 35.7 LOEX, 196.1 RLOEX y Capítulo VI, Apdo. Tercero, párr. 3 Protocolo Marco).

Sin embargo, la realidad es, una vez más, distinta. El Defensor del Pueblo ha denunciado, en varias ocasiones, que es frecuente que el servicio de protección de menores solicite la autorización de residencia del niño pasados los tres meses que exige la ley y que la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente también se retrase en su concesión<sup>66</sup>.

Este incumplimiento de plazos podría dar lugar a que menores extranjeros no acompañados permanecieran en España hasta los dieciocho años sin haber obtenido el permiso de residencia, lo que les abocaría a una situación irregular, que podría comportar su expulsión del territorio nacional (arts. 57 y 58 LOEX)<sup>67</sup>. Ello podría evitarse si el extranjero no acompañado, durante su minoría de edad, hubiera adquirido la nacionalidad española.

El Comité de los Derechos del Niño no se ha pronunciado sobre la adquisición de la nacionalidad del país de recepción por parte de los menores abandonados. Sin embargo, resulta necesario traerlo a colación porque nuestro ordenamiento jurídico ofrece esta posibilidad<sup>68</sup>. En efecto, el Código Civil establece que la persona que haya estado sujeta legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de una institución española, durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud, puede adquirir la nacionalidad española por residencia, siendo suficiente un año de residencia legal en nuestro país, continuada e inmediatamente anterior a la petición (art. 22.2.c) CC).

Por consiguiente, el menor extranjero no acompañado que esté o haya estado sometido a un régimen de protección regulado por el ordenamiento jurídico español puede beneficiarse de un régimen especial de adquisición de la nacionalidad española. Para ello, basta con que su representante legal aporte un certificado del centro de acogida en el que haya estado inscrito (art. 6.6 RD 1004/2015).

---

<sup>66</sup> Defensor del Pueblo. Informe anual 2016 y debate a las Cortes Generales, p. 46 y 49: [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe\\_anual\\_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf)

<sup>67</sup> STJUE de 8 de octubre de 2020, *Mo*, as. C-568/19. En ella, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que a los extranjeros que se encuentren en situación irregular en España, esto es, sin permiso de estancia o residencia, se les puede imponer una sanción de multa, no siendo obligatorio optar, en todo caso, por una sanción de expulsión.

<sup>68</sup> Un profundo estudio sobre la adquisición de la nacionalidad española por parte de los menores extranjeros no acompañados puede encontrarse en MOYA ESCUDERO, M., “Adquisición de la nacionalidad española por los menores no acompañados” en GARCÍA GARNICA, M.C Y MARCHAL ESCALONA, N. (COORDS.) *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 357-380.

En consecuencia, no es necesario que acredite buena conducta cívica ni suficiente grado de integración en la sociedad española, en los términos previstos en el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia (art. 22.4 CC). Por tanto, el menor extranjero no acompañado no tendría que superar el examen que confirma que habla, escribe y comprende, correctamente, el idioma español ni aquella de demuestra que tiene sobrado conocimiento de los valores constitucionales, históricos y socioculturales de nuestra sociedad (art. 6.1 RD 1004/2015)<sup>69</sup>.

No obstante, el número de extranjeros no acompañados que, durante su minoría de edad, adquiere la nacionalidad española por residencia es exiguo. Este hecho podría deberse, entre otros factores, a que cuando los interesados son menores de catorce años, la solicitud de atribución de la nacionalidad española tiene que realizarla la Entidad Pública encargada de su protección, tal y como se ha indicado. Ello pone de manifiesto, una vez más, el conflicto de intereses que existe entre el niño abandonado y la Administración Pública española<sup>70</sup>. Asimismo, será necesario aportar una autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del menor, previo informe favorable del Ministerio Fiscal (art. 21.3 CC y art. 4.3 RD 1004/2015).

Ante esta situación, los extranjeros no acompañados se fugan de los centros antes de cumplir la mayoría de edad, con el objetivo de evitar ser deportados<sup>71</sup>. Por este motivo, resultaría recomendable que al menor extranjero no acompañado se le nombrara un tutor lo antes posible, con la finalidad de que sus intereses y los de la Entidad Pública no entren en colisión<sup>72</sup>.

A lo anterior hay que añadir que la Ley Orgánica de Extranjería prevé que la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para ejecutar una ulterior repatriación del menor extranjero no acompañado, cuando ello favorezca su interés superior. De esta forma, la declaración de desamparo del niño y la asunción *ex lege* de su tutela por la Entidad Pública competente no darán por concluido su periplo en nuestro país. Mientras permanezca en España, continuarán las investigaciones por parte de la Administración central y de la autonómica correspondiente para localizar a su familia y llevar a cabo su retorno, a efectos de reagrupación familiar (art. 35.8 LOEx).

---

<sup>69</sup> Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia (*BOE* núm. 267, de 7 de noviembre de 2015).

<sup>70</sup> VINAIXA MIQUEL, M., “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, 2019, pp. 571-602, esp. p. 599.

<sup>71</sup> STEDH núm. 8687/08, de 5 de abril de 2011, as. *Rahimi c. Grecia*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que dejar sin protección o en desamparo a un menor, una vez que abandona el centro de internamiento, constituye un trato inhumano o degradante (art. 3 CEDH).

<sup>72</sup> En esta línea de pensamiento se pronuncia la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Protección de los menores migrantes* (Bruselas, 12 de abril de 2017. COM (2017) 211 final). Ésta señala que existe una urgente necesidad de desarrollar e intercambiar buenas prácticas y orientaciones entre los tutores y las autoridades de tutela en los Estados miembros, siendo imprescindible la creación de una red europea de tutela”.

Respecto del segundo criterio, el Comité de los Derechos del Niño expresa su preocupación sobre el trato desigual que los menores extranjeros no acompañados podrían soportar en España, atendiendo a la falta de concordancia que existe entre la normativa estatal y la autonómica. Valga como ejemplo que unas garantizan un mejor proceso de protección, menor dilación en la tramitación de la autorización de residencia y mayor oferta de recursos educativos y laborales, mientras que otras incorporan al menor a un sistema de protección provisional de guarda de hecho, sin declarar su situación de desamparo, lo que les excluye de la posibilidad de ser tutelados<sup>73</sup>.

No obstante, en nuestro país, la Administración Pública debe velar por aquellos colectivos que se consideran especialmente vulnerables, tal y como son los menores extranjeros no acompañados. Para ello, se marca como objetivo lograr su plena integración en la sociedad española, permitiendo su acceso a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los niños españoles (art. 10.3 *ab initio* LOPJM).

Además, la Entidad Pública que asuma la tutela del menor debe elaborar un plan individualizado de protección, que permita cubrir las necesidades y los puntos vulnerables específicos de cada niño, con el objetivo de favorecer su integración temprana en la sociedad, garantizando el libre desarrollo de su personalidad (art. 19.bis.1 LOPJM).

Ahora bien, si ese niño ostenta la cualidad de menor extranjero no acompañado, dicho plan individualizado se encaminará a procurar la búsqueda de su familia de origen y el restablecimiento de la convivencia familiar, en los términos descritos con anterioridad (*vid.* art. 19.bis.5 LOPJM). Tal especificación, circunscrita a la categoría de menores extranjeros no acompañados podría comportar un tratamiento diferenciado entre niños, siendo este hecho contrario a la recomendación del Comité.

## V. CONCLUSIONES

El actual sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia y la mala *praxis* por parte de nuestra Administración Pública no permite cumplir con las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado a nuestro país. El punto partida puede encontrarse en la configuración institucional de España, que ha traído como consecuencia la existencia de un marco jurídico caótico, presidido por la falta de concordancia entre la normativa estatal y la normativa autonómica.

Esta discordancia incide, directamente, sobre la inversión que nuestro país realiza en políticas de protección de la infancia y la adolescencia. La reciente Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, a diferencia de las anteriores, sí se adecuaba, al menos parcialmente, a las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado a nuestro país. Ello se debe a que España ha creado un entorno favorable para

---

<sup>73</sup> Defensor del Pueblo. Informe anual 2016 y debate a las Cortes Generales, p. 46 (Consultado el 1 de marzo de 2021): [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe\\_anual\\_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf)

el seguimiento y la supervisión de los gastos e inversiones que nuestro país realiza en políticas de protección de la infancia y la adolescencia, a la luz de dos hechos: la exigencia de incorporar, al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, el informe del impacto en la infancia y la adolescencia y la creación de un programa económico específico e independiente en este ámbito, que es “231 G – Atención a la infancia y a las familias”.

Por tanto, en la actualidad, resulta posible conocer, con exactitud, cuánto dinero gasta nuestro país en esta causa. Ahora bien, España debe aumentar esa cuantía monetaria que asigna a las políticas de protección de la infancia y de la adolescencia, tal y como recomienda el Comité.

En el marco de los menores extranjeros no acompañados, nuestro país, en el día de hoy, tampoco ha ejecutado las propuestas realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, respecto de la elaboración de un protocolo uniforme sobre determinación de la edad, el derecho del menor a ser oído en los procesos administrativos y judiciales que le afecten y el respeto del principio del interés superior del niño en relación con su repatriación o su permanencia en nuestro país.

En primer lugar, en el ordenamiento jurídico español, la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad no presenta un carácter uniforme y complementario, tal y como recomienda el Comité. Se trata de una cuestión que queda en manos de las Comunidades Autónomas y todas ellas le otorgan un peso significativo, aun cuando su realización ni es fiable, ni supera el juicio de proporcionalidad, lo que a su vez incide negativamente en el respeto de los Derechos Humanos.

Ante esta situación, se propone la creación de un único protocolo de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados, aplicable en todo el territorio español, que no necesite ser completado con los protocolos territoriales de cada Comunidad Autónoma. Su redacción podría fundamentarse en que la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad debe operar como método complementario, sólo en el caso de que, tras la solicitud de la prueba documental al país emisor o de una evaluación global del niño, existan dudas sobre su minoría de edad.

En este contexto, se sugiere asimismo la elaboración de un protocolo único que regule la transición del menor extranjero no acompañado a la edad adulta y, en el caso de que se declare su mayoría de edad, que disponga de la opción de presentar un recurso efectivo, que le permita obtener una reparación por el daño causado y que su resolución no se dilate, excesivamente, en el tiempo.

En segundo lugar, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor garantiza al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernan, sin discriminación, teniéndose ésta debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez, tal y como se regula en la Convención de los Derechos del Niño. Para ello, se le da al menor la oportunidad de ser escuchado, directamente o través de un representante.

Ahora bien, si este niño ostenta la cualidad de menor extranjero no acompañado y tiene menos de dieciséis años, será siempre representado por la Entidad pública que se ocupe de su protección, salvo que se acredite que tiene juicio suficiente (*vid.* art. 193 RLOEX). Ello trae como consecuencia que, en la mayoría de los supuestos, la Entidad pública abogue por la repatriación del menor, aun cuando esta decisión no redunde siempre en beneficio de su interés superior.

Por esta razón, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que el menor extranjero no acompañado sea asesorado por un tutor y asistido por un letrado independiente tan pronto como sea posible, a su llegada. Sin embargo, en España, el nombramiento de un representante cualificado que ayude a estos niños durante todo el proceso se produce siempre tardíamente, lo que comporta una vulneración del principio del interés superior del menor, de su tutela judicial efectiva y de su derecho fundamental a ser escuchado, violando así lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (*vid.* arts. 3 y 12 CDN).

Ante este hecho, se propone que la normativa española de extranjería y nuestro sistema de protección de la infancia y la adolescencia se adecúen a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño (art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Ello encuentra justificación en que las obligaciones que derivan de la Convención, circunscritas a los menores extranjeros no acompañados, se extienden a todos los poderes del Estado, lo que comporta una doble consecuencia: por un lado, los Estados parte deben abstenerse de adoptar medidas que infrinjan los derechos del niño y, por otro lado, tienen que adoptar aquéllas que garanticen el disfrute de sus derechos, sin discriminación.

En tercer lugar, el sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia y la normativa española de extranjería establecen, al igual que la Convención de los Derechos del Niño, que la repatriación del menor extranjero no acompañado a su país de origen – para ser reagrupado con su familia, sus representantes legales o puesto a disposición de los servicios de protección de menores –, respeta el principio de su interés superior si España tiene la certeza de que el Estado de origen del niño dispone de mecanismos suficientes para garantizar su seguridad personal y para atender sus necesidades individuales.

Excepcionalmente, en el supuesto de que las autoridades españolas no puedan asegurar dicha situación, se prevé la permanencia del menor extranjero no acompañado en nuestro país. La Observación General n.º 6 del Comité de los Derechos del Niño establece que la integración del menor extranjero no acompañado en el Estado miembro de acogida responde al principio de su interés superior, si ésta se fundamenta en un régimen jurídico basado en dos criterios: la concesión del permiso de residencia y que el niño reciba el mismo trato que sus nacionales, con independencia de los motivos por los que adquiriera la condición de menor extranjero no acompañado.

En relación con el primer criterio, las autoridades españolas incumplen sistemáticamente la obligación de proporcionar, a los menores extranjeros no acompañados, la autorización

*Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia*

de residencia, en tiempo y forma. Este hecho da lugar, con frecuencia, a que estos niños permanezcan en nuestro país hasta los dieciocho años sin haber obtenido el permiso de residencia, lo que les abocará a la fuga de los centros de protección de menores y a una situación irregular. Por este motivo, se sugiere que la Administración Pública española abandone esta mala práctica y ajuste su comportamiento a lo establecido en la Ley.

Respecto del segundo criterio, el sistema español de protección de la infancia y la adolescencia no distingue entre menores nacionales o extranjeros ni regulares o irregulares, en sintonía con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño. Por tanto, permite el acceso de los menores extranjeros no acompañados a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los niños españoles (vid. art. 10.3 *ab initio* LOPJM).

En definitiva, si España desea cumplir todas las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado, debe abandonar el ejercicio de determinadas prácticas que resultan contrarias a la Ley y promover la creación de un nuevo sistema de protección de la infancia y la adolescencia, en el que el menor extranjero no acompañado deje de ser un personaje invisible porque su presencia en nuestro país es ya una realidad.