

Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados¹

An approximation to Community and Spanish legislation on unaccompanied minors

M^a Teresa Alcolado Chico²

Profesora de Derecho internacional privado.
alcolado@icam.es

Anales de la Real Academia de Doctores de España. Volumen 3, número 2 (2018) pp. 151-177.

RESUMEN	ABSTRACT
<p>Los menores de edad, generalmente adolescentes y niños, abandonan sus países de origen en busca de las “ventajas” de los países llamados desarrollados, en su mayoría la salida se lleva a cabo sin recursos y obviando, o desconociendo, la normativa vigente en esos Estados sobre extranjería y sin existir unas disposiciones generales en este sentido dentro de la Unión Europea; la falta de cobertura administrativa y social convierte a este núcleo de población en extremadamente vulnerable, donde la mayor parte de las veces las reacciones estatales provienen más de la necesidad de regular el flujo de personas que realmente de respetar los derechos fundamentales de los niños, creándose una situación de vacío legal ante la falta de legislación comunitaria al respecto y las diferentes políticas dentro de la Unión Europea.</p> <p>La desprotección y el desamparo son una base jurídica para llegar a analizar la figura</p>	<p>Usually the under-aged, especially teenagers and children, abandon their home countries in pursuit of the “advantages” from the countries which are considered to be developed. To the majority of them, their departure is carried out without resources and by ignoring or disregarding the existing legislation in those States regarding foreigners (aliens law). It should be mentioned that there aren’t legal provisions in this sense inside the European Union, the lack of administrative and social coverage makes this population centre extremely vulnerable in which most of the times the reactions from these States come more often from the need to regulate the flows of people instead of truly respecting children’s fundamental rights. In that way, a legal vacuum is created by the lack of the Community legislation about this situation and due to the existence of different policies inside the European Union.</p>

¹ El presente trabajo responde, en sus líneas generales, a la ponencia que la autora presentó al IV Congreso de Derecho Internacional Privado celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid (15-16 de noviembre de 2018).

² Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Premio Real Academia de Doctores de España de Ciencias Jurídicas y Económicas, año 2016. Profesora de Derecho internacional privado en los Colegios Cardenal Cisneros y de Estudios Financieros CUNEF. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

<p>del menor no acompañado, donde las políticas internas de inmigración no deben ser los principios rectores de los Estados miembros y, en todo caso, de la Unión Europea, sino que la protección y la salvaguarda de peligros potenciales son las premisas sobre las que debe pivotar el beneficio de los MENA.</p> <p>Es necesario investigar a lo largo de la jurisprudencia española, la situación de los menores no acompañados, a fin de poder establecer una línea consolidada en cuanto a la documentación pertinente para determinar la filiación de un menor extranjero cuando la referida documentación no se corresponde con la realidad física de la persona, las pruebas sobre la minoría de edad, en cuanto a su invasividad, los posibles efectos traumatizantes y la doctrina consolidada respetando el interés superior del menor.</p> <p>Teniendo en consideración que en el año 2016, aproximadamente unos 64.000 menores no acompañados solicitaron protección en la Unión Europea, es evidente que no puede descuidarse el estudio del asilo y refugio de MENAS dentro del marco legal Derecho de la Unión Europea, a fin de examinar la situación jurídica y sus posibles mejoras. Igualmente resulta de gran interés el análisis de la situación actual de los MENAS en España, lo que solamente podrá efectuarse desde el marco jurídico vigente, y el acceso a la mayoría de edad de cara a la incorporación al mercado laboral, cuando, lógicamente, no se haya producido el retorno del menor a su país de origen.</p>	<p>The lack of protection and helplessness are the legal basis to get to analyse the unaccompanied minor, in which the internal policies of immigration should not be the guiding principles of the Member States and, in all case, of the European Union, but rather the protection and the safeguarding of potential threats which are the premises under which the benefits of MNA should be built upon.</p> <p>It is necessary to investigate the Spanish jurisprudence, the situation of the unaccompanied minors in order to create a solid and well-established line as far as relevant documentation to determine the filiation of a foreign minor when the aforementioned documentation doesn't match the physical reality of the person, the age limit testing, the potential traumatic effects and the consolidated doctrine in the best interests of the minor.</p> <p>Considering that in the year of 2006 approximately 64000 unaccompanied minors applied for the European Union's protection, it is clear that the study of asylum should not be neglected as well as the MNA refuge inside the EU's legal framework so as to examine the legal situation and possible improvements. Likewise, it is of great interest to analyse the current situation of the MNA in Spain, something that could only be done from the existing legal framework and the access to the majority of these minors to the labour market in the situation in which they, obviously, haven't returned to their home country.</p>
<p>Palabras clave: Menores extranjeros no acompañados, interés superior del menor, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</p>	<p>Keywords: Unaccompanied child migrants, best interest of minor, European Court of Human Rights.</p>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. NORMAS BÁSICAS INTERNACIONALES; III. SITUACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA; IV. LEGISLACIÓN COMUNITARIA; *a)* PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS (2010-2014); *b)* REGLAMENTO 604/2013, DE 26 DE ENERO DE 2013, EL SISTEMA DE DUBLÍN; *c)* ACUERDO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y TURQUÍA; V. LA PRESENCIA DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA; *a)* DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; *b)* DETERMINACIÓN DE LA EDAD Y BÚSQUEDA DE FAMILIARES DE ORIGEN; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".

Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia,
30 de septiembre de 1990.

I. INTRODUCCIÓN

Europa es, sobre todo su norte geográfico, un destino clave, casi como tierra de promisión, para personas, víctimas de guerra, hambre y de la gran inquietud que asola todo Oriente próximo y medio; entre estos grupos, en extrema vulneración se encuentran los menores, y particularmente aquellos que se movilizan solos, sin familia o persona que les compense en su capacidad; este colectivo son los llamados MENA, y de ellos, posiblemente los más vulnerables los son niños o niñas que pueden ser objeto el tráfico de seres humanos, carentes de documentos, con un estatus legal bastante incierto, que, sin ningún tipo de control por parte de las autoridades caen en las redes de las organizaciones criminales que, entre otras actividades delictivas, se encargan de los transportes, vía terrestre o marítima que entran en la Unión Europea.

Una de las últimas diásporas que se han producido tienen su origen en Siria³, o Afganistán; no podemos olvidar aquellas imágenes en televisión de septiembre de 2015, que nos mostraban la realidad de un niño ahogado en una playa turca⁴; desde el año 2014, más de seiscientos cuarenta menores, niñas y niños se han ahogado en el Mediterráneo en un intento de llegar a las costas europeas⁵. El caso es, que cuando consiguen arribar a las costas europeas de Grecia o Italia, comienzan de nuevo las dificultades para conseguir la necesaria protección bajo el manto del asilo u otra figura de amparo. La Comisión Europea intenta cubrir las

³ "Desde marzo de 2013, la cifra de niños y niñas afectados por la crisis se ha duplicado, desde 2,3 millones a más de 5,5 millones. La cantidad de niños y niñas desplazados en el interior de Siria ha aumentado en más del triple, de 920.000 a casi tres millones, el número de niños y niñas refugiados ha aumentado en más del cuádruple, de 260.000 a más de 1,2 millones, de estos niños y niñas 420.000 son menores de cinco años", informe de UNICEF, "En estado de sitio, tres años de conflictos devastadores para la infancia siria", marzo de 2014.

⁴ Así, Aylan Kurdi, la historia del niño cuya muerte ha retratado el drama de los refugiados en el Diario 20 MINUTOS 03.09.2015 - 13:50H. En: <https://www.20minutos.es/noticia/2547335/0/aylan-kurdi-historia-vida/nino-siria/foto-ahogado/#xtor=AD-15&xts=467263>

⁵ "al menos 640 niños migrantes han muerto en el Mediterráneo desde 2014, según alertó Save the Children, que recordaba el tercer aniversario de la muerte Aylan Kurdi, el niño sirio de tres años cuyo cuerpo fue hallado en la costa de Turquía, una imagen que dio la vuelta al mundo. Desde entonces, tal como señalan los datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la cifra de niños y niñas ahogados cuando trataban de llegar a las costas europeas no ha dejado de aumentar y podría ser mayor, ya que muchas de las desapariciones que se producen no están certificadas ni documentadas.", en infoLibre del 31 de agosto de 2018, Migrantes en el Mediterráneo, Europa Press.

necesidades básicas de estas personas, lo que afecta de manera considerable los recursos de algunos Estados miembros; y es precisamente este flujo incontrolado y difícilmente asumible lo que ha provocado controles temporales en los límites entre Estados miembros, cercenando la idea de una Europa sin fronteras internas donde las personas pueden viajar libremente y asentarse, modificando la realidad y el espíritu del espacio Schengen.

En un intento de paliar la situación de los migrantes en Europa, la Comisión presentó como medida especial, los llamados “hotspots”⁶, como centros de tránsito, registro e identificación para los desplazados, siendo una de las realidades de estos lugares que la Oficina Europea de la Policía, ha informado de la pérdida de alrededor de diez mil menores no acompañados, que se cree podrían haber caído en las redes de las diferentes organizaciones criminales que operan alrededor de estos campos⁷. Este colectivo, se encuentra en una grave situación de vulnerabilidad, inmerso en la pobreza, generalmente en situaciones de conflicto; niños entre otros, migrantes y refugiados, que, según fuentes de UNICEF, *“en todo el mundo, casi cincuenta millones de niños han migrado atravesando las fronteras o han sido desplazados por la fuerza, y los niños constituyen ahora la mitad de todos los refugiados”*⁸

Turquía mantiene en su territorio, actualmente, al mayor número de refugiados derivados de la crisis de oriente, en relación a sus patrios, Líbano sustenta un refugiado por cada cinco, sin embargo, el Reino Unido se sitúa con un refugiado por cada quinientas treinta personas y uno por cada mil doscientos en los Estados Unidos; en España, hay una persona por cada siete mil setecientos treinta y nueve individuos⁹, esta idea choca frontalmente con países de acogida, con un nivel de ingresos extremadamente bajos o exiguos, sirviendo de ejemplo la República Democrática del Congo, Etiopía y Pakistán, cuyos territorios albergan la mayor concentración de expatriados.

Es, en este panorama general, donde pivota la legislación de la Unión Europea como conjunto, y la de Estados como España, Grecia o Italia, como territorios de acogida de inicio ya que funcionan como primer lugar de contacto de los

⁶ “Punto caliente de biodiversidad”, este anglicismo muy utilizado en la actualidad para definir a los centros de gestión de inmigrantes en Grecia y Turquía. En la actualidad Grecia cuenta con cinco centros repartidos en las islas de Lesbos, Chios, Samos, Leros y Kos.

⁷ “Al menos 10.000 niños refugiados e inmigrantes podrían haber desaparecido tras llegar a Europa”, afirmó a la prensa a finales de enero Brian Donald de Europol. La situación ha suscitado el temor de que caigan en manos de organizaciones delictivas (...) Europol publicó en febrero de 2016 un informe sobre el tráfico ilícito de migrantes, en este, se afirma que más del 90 por ciento de los migrantes que viajan a Europa recurre a pasadores ilegales y organizaciones delictivas, <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20160419STO23927/10-000-ninos-refugiados-y-migrantes-desaparecidos>, consultado el 10 de octubre de 2018.

⁸ Desarraigados: La crisis creciente de los niños refugiados y migrantes, Unicef (septiembre de 2016), pp. 3 y 6

⁹ *Global trends Forced Displacement in 2015*, ACNUR, Ginebra, 2016

refugiados con Europa y otros Estados como Alemania, Dinamarca, Luxemburgo o Bélgica, entre otros, que son los preferidos por los refugiados como lugares de asentamiento final y donde pretenden reorganizar sus vidas¹⁰.

II. NORMAS BÁSICAS INTERNACIONALES

La normativa parte del concepto del interés superior del menor¹¹, como derecho que le asiste a reencontrarse con su entorno familiar en el país de origen¹², un derecho subjetivo y por tanto difícil de aplicar, cuyo propósito es proteger al menor que no tiene capacidad para poder dirigir su vida con absoluta autonomía; el principio, actúa como conexión entre la legislación internacional y la interna de los Estados, obligados por los Convenios suscritos con independencia del ámbito que estos cubran; toda norma que sea de aplicación a un menor debe interpretarse siempre a la luz de esta premisa y no atendiendo a otros intereses estatales que se pudieran plantear en una situación de migración incontrolada. No existe una definición concreta para este principio, ni en realidad, criterios generales, pues no hay norma alguna que lo describa de manera taxativa, sino el derecho a preservar el entorno en el que éste deba desarrollarse, que permita su evolución plena como persona, preparándole para la vida de adulto en un contexto seguro; no podemos olvidar que cada menor es único, con unas necesidades determinadas y distintas al resto, en función del grado de madurez¹³, circunstancias que le acompañen o los peligros a los que pudiera estar sometido, La preocupación de las distintas instituciones, es creciente, ya que toda la problemática que se desarrolla en torno al menor no acompañado, en unas situaciones como las

¹⁰ Un total de 6.506 refugiados menores de edad no acompañados, gran parte de ellos llegados a Alemania con el flujo migratorio masivo de finales de 2015, constan como desaparecidos, según datos de la Oficina Federal de Investigación Criminal (BKA) que publica hoy el diario *"Rheinische Post"*. La mayoría de menores no acompañados desaparecidos a fecha de 1 de julio de 2017, son adolescentes de entre 14 y 17 años, a los que se suman 945 de hasta 13 años y 59 mayores de 18. Según estos datos, la cifra de refugiados menores no acompañados se ha reducido en un año casi un 28 %.

¹¹ Convención de los Derechos del niño, Observación general nº 14(2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, ya en el artículo 3.1, dice: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

¹² Son, Estados que se hayan sumidos en guerras, enfrentamientos étnicos o religiosos, con un ambiente social totalmente inestable con escaso desarrollo económico, sin estructuras básicas a nivel de educación, salud, administración, lo que hace, la mayor parte de las veces imposible encontrar a esos familiares o devolver al menor a un entorno que se podría calificar de abandono, al haber dejado de funcionar la práctica de las instituciones o por la propia migración de la familia, en el mejor de los casos.

¹³ Es importante destacar el derecho que tiene el menor a ser oído, o mejor dicho escuchado, en todos los temas que le afecten; incluso en los procedimientos judiciales, o administrativos sin tener en cuenta su edad o desarrollo, hay muchos países que tienen perpetuado este derecho como en Francia, Bélgica, Luxemburgo, las Mauricio o Egipto, en España, los menores pueden ser llamados a una vista pero con ciertas limitaciones.

que vive la sociedad en la actualidad, deben ser siempre un motivo de empatía, procurando beneficiar a este colectivo por encima de los intereses patrios frente a un posible fraude de ley, aplicando un orden público atenuado si fuere necesario. Los riesgos de ignorar este principio no superan las situaciones que pueden generar su inobservancia.

La Declaración de los Derechos del Niño no se detiene expresamente en los menores extranjeros no acompañados, sin embargo de forma genérica si se decanta en el sentido de la protección debida a los menores en general¹⁴, este es uno de los primeros instrumentos internacionales que se pronuncian por el interés superior del menor, además del principio de no discriminación, derecho a la vida, al desarrollo, a ser escuchado y a personarse en los procedimientos que se pudieran suscitar por causa de circunstancias propias o sobrevenidas.

La Carta Europea de los Derechos el Niño, de 1992, no hace referencia alguna a los menores no acompañados¹⁵, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, enmendada en el año 2007, que entró en vigor de la mano del Tratado de Lisboa, recoge los Derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, siendo el interés superior del menor, de nuevo, el más importante, reconociendo en el mismo sentido la importancia de la reagrupación familiar en origen, que es una constante en toda la normativa.

¹⁴ Artículo 2 1. “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, Se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad. NO DISCRIMINACIÓN Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”. Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF Comité Español.

¹⁵ D.O.C.E. nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

III. SITUACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Las medidas de integración a nivel humanitario, deben ser prioritarias dado el grupo de riesgo al que pertenecen y el alto grado de vulnerabilidad. Las normas de la Unión Europea no se decantan por las situaciones en las que los menores no son repatriados, permitiendo que sean las distintas legislaciones nacionales de los Estados miembros los que se encarguen de la regularización en sus territorios de los migrantes, concediendo o no, permisos de residencia por motivos humanitarios en relación con las políticas de integración nacionales u otras figuras jurídicas; pero se hace cada vez más evidente la necesidad de crear un marco comunitario sólido y concreto, para los menores no acompañados que no pueden ser repatriados, debiendo ser reasentados en los territorios de estos Estados, buscando una solución permanente o cuando menos duradera que les proporcione estabilidad y proyección de futuro. Los países socios, deben incrementar sus políticas de realojamiento, pero la realidad es que ante la magnitud de afluencia, los medios internos se tornan muy escasos, y lentos, la Unión Europea no tiene acordado un sistema de aprovisionamiento entre Estados miembros, que facilite los medios, en este sentido de los países de recepción de extranjeros, (pensando siempre en irregulares en estado de necesidad y no de emigrantes económicos, que no son objeto de este estudio), ya que, por ejemplo Estados como Grecia, son muy vulnerables y mermados económicamente e incluso al borde de salir del sistema Euro a fin de resolver sus graves problemas de inflación¹⁶ a este panorama económico catastrófico se añade el deber de encargarse de un nicho de población sobrevenida, desde, sobre todo, el cierre de la ruta balcánica que dejó en su territorio a más de sesenta mil emigrantes sin destino, con otra cultura, distinta lengua, con unas necesidades vitales completamente diferentes a los de sus propios nacionales. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos es el órgano jurisdiccional vital a la hora de concretar los parámetros del interés superior del menor y dilucidar sobre la protección adecuada de los derechos de los MENA, en relación con las condiciones en las que un menor no acompañado puede quedar detenido a causa de la irregularidad de su situación administrativa. La sentencia más importante fue la dictada en el caso Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica, de 12 de octubre de 2006, donde el alto Tribunal subrayó que del artículo 3 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, deriva la obligación “positiva” de los Estados de procurar los cuidados y la protección que estos menores necesiten como si de un nacional se tratara. Con posterioridad se resuelve el caso

¹⁶ Lastrando una deuda valorada en el 178% del PIB, cada nonato griego en la actualidad, simplemente por el hecho de ser griego *debe* la cantidad de 30.000 euros para cubrir estas necesidades, .SANCHEZ VALLEJO, M^a A., “El bucle infinito de la austeridad que ha zarandeado Grecia durante ocho años”, en el diario “El País”, de 22 de junio de 2018.

Rahimi contra Grecia, de 5 de abril de 2011, que es de una gran importancia. Se trata de la primera vez que la Corte ha considerado que dejar sin protección o en desamparo a un menor una vez que, dictada la orden de expulsión, éste abandona el centro de internamiento, representa una violación del art. 3 de la Corte Europea de los Derechos Humanos. Ese precepto reza de la siguiente manera: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*¹⁷”. Este Tribunal cuenta con el reconocimiento del resto de las instituciones, siendo sus decisiones vinculantes por lo que se confirma paladín de los principios en los que se sustenta la protección del menor no acompañado como se desprende de la lectura de sus distintas sentencias¹⁸.

IV. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Toda la normativa actual aplicable en los Estados miembros se basa en el Derecho de la Unión Europea; es por ello, que su conocimiento es indispensable para entender las políticas internas, el problema es que no existe un instrumento legislativo único sino una dispersión, emanada de derecho originario y derivado; el objetivo es la protección, en el sentido más extenso, de los menores no acompañados aunque los frentes son amplios; por un lado, la inmigración ilegal, el tráfico de menores, su desaparición y las figuras jurídicas del asilo y la protección internacional. La política de la Unión Europea trabaja para conseguir la solución de los problemas con medidas protectoras de la infancia, educación y la financiación de esos proyectos en origen y así limitar la inmigración ilegal, ofreciendo

¹⁷ LÓPEZ ULLA, J.M., “*Detención de menores extranjeros no acompañados en Europa: la necesidad de garantizar efectivamente los derechos ya reconocidos*”, en Revista Interdisciplinar, Brasilia, año XXII, nº 42, enero- junio 2014.

¹⁸ Nsona c. Holanda, sentencia de 26 de junio y 26 de octubre de 1996. Admite la legalidad del rechazo en frontera y el retorno de los menores a su país siempre que el menor esté atendido y no haya riesgo para su integridad. Bronda c. Italia, sentencia de 9 de junio de 1998. Está justificada la separación del menor de su familia de origen. E. P. c. Italia, sentencia de 16 de noviembre de 1999. Samy c. Holanda, sentencia de 18 de junio de 2002: Antes de iniciar un procedimiento de alejamiento de menores las autoridades deben asegurarse de la posibilidad de ejecutar la medida y evitar privaciones provisionales de libertad. D. c. Reino Unido y BB. c. Francia, sentencia de 7 de octubre de 1998. En expulsiones de menores delincuentes hay que valorar que no puedan ser objeto de persecución, violación de derechos o malos tratos en su país. Benjamin Gnahoré c. Francia, sentencia de 19 de septiembre de 2000. Boultif c. Suiza, septiembre de 2001. Sen c. Holanda, 21 de diciembre de 2001. Tuquabo-Tekle and others c. Holanda, 1 de diciembre de 2005. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, sentencia de 12 de octubre de 2006. La expulsión de una menor de edad supuso un trato inhumano y degradante por no haberse considerado la situación real que se iba a encontrar a su regreso. Maslov c. Austria, sentencia de 23 de junio de 2008. Joven delincuente de origen búlgaro que reside en Austria y es expulsado por la comisión de varios delitos. § 58 y 82 (The Court considers that where offences committed by a minor underlie an exclusion order regard must be had to the best interests of the child... It underlined that the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant were likely to encounter in the country to which the applicant was to be expelled, was a criterion to be taken into account when assessing whether an expulsion measure was necessary in a democratic society). Saadi c. Italia, sentencia de 28 de febrero de 2008. No se debe devolver a nadie a su país de origen si se le expone a un riesgo de maltrato.

soluciones en esos Estados. Los principios de los que se deriva este acervo, están marcados por la Convención de los Derechos del Niño, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que son los parámetros que deben respetar los Estados a la hora de legislar sobre esta materia.

a) Plan de acción de la Unión Europea sobre los menores no acompañados (2010-2014)

La Unión Europea tiene la obligación de crear y mantener un marco legal uniforme de actuación para los MENA, de un lado existen medidas de control para canalizar, controlar y frenar los flujos migratorios plasmadas en el TFUE, en los artículos 67 (antiguo artículo 61 TCE y antiguo artículo 29 TUE)¹⁹ y Artículo 77 (antiguo artículo 62 TCE)²⁰; ya en 2009, el Programa de Estocolmo se hacía eco de los

¹⁹ “1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. 2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países”.

²⁰ “1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/75 ES b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. 2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a: a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período; d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; e) la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores. 3. Si resulta necesaria una acción de la Unión para facilitar el ejercicio del derecho, establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 20, y a menos que los Tratados hayan previsto poderes de actuación a tal efecto, el Consejo podrá establecer, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. 4. El presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros respecto de la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional. Artículo 78 (antiguos artículos 63, puntos 1 y 2, y 64, apartado 2, TCE) 1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes. 2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya: a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; C 83/76 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010 ES c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal. 3. Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo. Artículo 79 (antiguo artículo 63, puntos 3 y 4, TCE) 1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países

problemas de este colectivo y sobre la necesidad de crear un marco único para canalizar este reto,²¹ la idea del plan es crear las bases de actuación para viabilizar el fenómeno de los MENA, de manera eficaz, tratando a cada niño de manera individual, según sus concretas necesidades y cooperando con terceros países para resolver conforme a precisar la solución más beneficiosa para este; en el mismo sentido, el intento de evitar la inmigración infantil en origen con la inversión en programas educadores regionales, aunque es importante destacar que el programa no es vinculante y desde ese punto de vista quizá poco efectivo, dado que los Estados pueden decidir sin mayores planteamientos según sus derechos internos ya que los miembros de la Unión Europea observan diferentes planteamientos sobre este colectivo; la solidaridad y cooperación con diferentes ONGs, salvaguardar el interés superior del menor, respetar los derechos establecidos en la Carta de los Derechos de la Unión Europea son las bases sobre las que se estructura el plan de acción cuyos objetivos son prevenir, proteger y buscar de soluciones a largo plazo (acogimiento o retorno). La falta de datos sobre estos menores (sobre todo, administrativos) es uno de los impedimentos más graves, dado que al registro le resulta difícil obtener resultados en cuanto a referencias de

que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas. 2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal; d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños. 3. La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros. 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/77 ES 4. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 5. El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Artículo 80 Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio”.

²¹ Bruselas, 2 de diciembre de 2009, 17024/2009, “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano Una Europa de la responsabilidad, la solidaridad y colaboración en los ámbitos de la migración y el asilo: Un objetivo político clave para la Unión Europea sigue siendo el desarrollo de una política de migración europea previsible y global, basada en la solidaridad y la responsabilidad. Debe acometerse la aplicación efectiva de todos los instrumentos jurídicos correspondientes, y deben emplearse al máximo las agencias y oficinas correspondientes que actúan en este ámbito. La migración bien gestionada puede ser beneficiosa para todos los interesados. El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo proporciona una base clara para la evolución futura en este ámbito. Europa necesitará una política que responda a las prioridades y necesidades de los Estados miembros y permita a los inmigrantes desarrollar plenamente su potencial. Las personas que necesiten protección deben tener acceso garantizado a procedimientos de asilo, seguros y eficaces desde el punto de vista jurídico. Además, para mantener unos sistemas creíbles y duraderos de inmigración y asilo en la UE, es necesario impedir, controlar y combatir la inmigración ilegal, pues la UE soporta una presión cada vez mayor de los flujos de inmigración ilegal, en particular los Estados miembros de sus fronteras exteriores, incluidas sus fronteras meridionales, según las conclusiones del Consejo Europeo de octubre de 2009”.

estos menores no acompañados tanto en los Estados de origen como en los de tránsito, por falta de sensibilización de las autoridades, por lo que muchas veces, son víctimas de la trata de seres humanos²², de otra parte, la Unión Europea le da gran importancia al apoyo económico en los países de origen, para que los menores lleguen a integrarse en su sociedad y evitar la salida incontrolada, desarrollando programas de protección para impedir los riesgos de la violencia y explotación de menores.

El plan contempla también que los menores no acompañados puedan solicitar asilo o la protección internacional²³, u otra figura estatal que les permita la integración en el Estado de acogida.

b) Reglamento 604/2013, de 26 de junio de 2013, el sistema de Dublín²⁴.

Se basa en la determinación del Estado miembro con capacidad para resolver sobre una solicitud de protección internacional presentado por un ciudadano de un tercer Estado o un apátrida. Sus pilares son la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

Los fundamentos de este Reglamento que actualmente está cuestionado por su ineficacia, es que éste, acuerda que el primer país al que ingrese el migrante es el que determinará sobre su petición de asilo, siendo que el solicitante no puede elegir libremente cual es el Estado miembro del que desea la protección sino que es el propio Reglamento el que lo controla, evitando un foro de conveniencia y de

²² Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

²³ Son dos las posibilidades de inserción que ofrece la Unión Europea, por un lado, el asilo de la Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, dedicando el artículo 19 a los MENA, en el siguiente tenor: “19.1 Los Estados miembros adoptarán lo más rápidamente posible las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante una tutela legal o, en su caso, la representación mediante una organización nacional encargada del cuidado y bienestar del menor, o bien otro tipo de representación adecuada. Se realizarán evaluaciones regulares por parte de las autoridades competentes. 6.2.2003 ES Diario Oficial de la Unión Europea L 31/23 2. Los menores no acompañados que presenten una solicitud de asilo, desde el momento en que sean admitidos en el territorio hasta el momento en que se les obligue a abandonar el Estado miembro de acogida en el que se haya presentado o se esté examinando la solicitud de asilo (...)”. Directiva 2005/85 CE, del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y el Reglamento CE nº 323/2003, por los que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. En cuanto a la protección internacional, la Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen las normas relativas a los requisitos para el reconocimiento e nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de la protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

²⁴ Por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de tercer país o un apátrida, DO L 180 de 29 de junio de 2013. P. 31.

ser la solicitud denegada ésta es reconocida por el resto de los Estados miembro, siendo este instrumento legal, el que distribuye las competencias de los distintos países, una vez que lo determina, la conducción se hace de manera directa a otro Estado sin intervención alguna de la voluntad del solicitante.

Como hemos dicho, la solicitud de protección debe ser hecha en el primer Estado de toma de contacto europeo, es decir, que la carga es para los Estados fronterizos y para el caso de plantearla en relación a otro Estado, el peticionario se arriesga a la devolución; en este caso, hay que destacar que las preferencias de los migrantes se encuentran en otros Estados que no en los fronterizos, los intereses vienen marcados, tanto por condicionantes sociales y personales como porque estos, son concededores de los distintos sistemas de asilo en los Estados, sabedores de las dificultades tanto económicas como personales en algunos, dentro de la Unión Europea en relación con otros del entorno.²⁵ Lo que provoca situación de verdadero desamparo, al existir una falta de acceso al procedimiento de asilo con la consiguiente expulsión a terceros Estados, donde los peticionarios se pueden ver sometidos a tratos degradantes e inhumanos, o ser víctimas de procesos de asilo sin las necesarias garantías procesales como materiales²⁶.

c) Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía.

El 18 de marzo de 2016, la Unión Europea y Turquía suscribieron un acuerdo para intentar frenar la inmigración ilegal, evitando que el flujo humano llegase a las costas europeas, entre las que destacan, por proximidad, las griegas, como importante frontera exterior de la Unión Europea, al principio se convirtió en un Estado de tránsito para las personas que buscaban el asilo o el refugio en otros países, constituía la primera toma de contacto, pero en la actualidad se ha transformado en destino final. Las nacionalidades de origen, para esta zona son Afganistán, Siria, Irak, Pakistán y Somalia; la mayor parte de los migrantes llegaban por vía marítima y posteriormente continuaban su marcha a través de los Balcanes hacia el norte; ese ascenso afectaba a Estados como Hungría²⁷ que llevó a cabo una restricción importante en el paso de extranjeros así como la construcción de una

²⁵ El 21 de octubre de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio a conocer la sentencia de su Gran Sala en el caso Sharifi y otros v. Italia y Grecia (solicitud núm. 16643/09). La sentencia subraya que los Estados miembros de la Unión Europea (UE) no pueden hacer caso omiso de sus obligaciones contraídas en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni eludirlas, al aplicar la legislación de la UE o acuerdos bilaterales destinados a devolver a solicitantes de asilo a otro país de la UE. En la misma línea Shioshvili y otros c. Rusia, nº 19356/07, 20 de diciembre de 2016 y Berdzenishvili y otros c. Rusia, nº 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 et 16706/07, 20 de diciembre de 2016.

²⁶ Vid sentencia del TEDH en el caso Sharifi. Sharifi y otros c. Italia y Grecia, nº 16643/09, 21 de octubre de 2014.

²⁷ Este Estado miembro aprobó una ley que castiga a las personas que ayuden a los migrantes con penas de prisión y grava a ONGs que reciban donativos siendo estos destinados a la migración con un 25% sobre sus ingresos y lo recaudado por este medio se destinará en su totalidad al reforzamiento de sus fronteras.

valla que la separase de otros Estados de paso como Croacia²⁸ o Serbia²⁹, o en el mismo sentido, el refuerzo de la frontera entre Turquía y Bulgaria, este país considerado como el más pobre de la Unión Europea, ha reforzado sus fronteras con un gasto de unos 122 millones de euros³⁰ lo que ha producido un colapso en el flujo de migrantes que se quedaron atrapados entre Estados, en tierra de nadie.

El acuerdo citado se basa en la consecución de los siguientes objetivos:

- a) Devolución a Turquía, de los migrantes en situación irregular, de solicitantes de asilo con una resolución negativa habiendo sido ingresados en los consiguientes centros cerrados.
- b) Por cada persona que se reintegre a Turquía, se admite otra para su reasentamiento en Europa, cuya petición haya sido gestionada en este Estado procedente de Siria, y por último, la Unión Europea, se comprometía a entregar a Turquía la cantidad de tres billones de euros para la gestión *in situ* de los migrantes.

Los efectos producidos por el Acuerdo son tan adversos que se provocan la utilización de otras vías marítimas más peligrosas como llegada a Europa, en un intento de eludir las costas griegas, practicando rutas más arriesgadas para arribar a costas italianas o españolas. El mantenimiento de estas personas en Turquía, sin las garantías necesarias, según afirman las ONGs desplazadas en la zona y los propios migrantes; la conversión de los centros de acogida de abiertos a cerrados, donde un gran número de desplazados estancados en Grecia esperan resolver su situación³¹, siendo muy lentos los procesos de realojo o reubicación debido a las políticas internas de los Estados. Con el Acuerdo, la legislación Helena en relación a estas peticiones se ha modificado, y solo se pueden reasentar desde Grecia a otros Estados miembros a los nacionales de países que tengan una tasa de reconocimiento de refugiados del setenta y cinco por ciento y que hubieran entrado en el país antes del 18 de marzo de 2016; son procedimientos extensos en el tiempo, que requieren proveerse de información en los países de origen del

²⁸ Más de 415.000 refugiados han pasado por Croacia, según el recuento de sus autoridades, desde que a mediados de setiembre se desviasen a este país la ruta balcánica de migrantes que aspiran a llegar a Europa Occidental y Escandinavia. La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) informó que Serbia solo deja entrar a sirios, iraquíes y afganos. Por su parte, las autoridades de Macedonia cerraron la frontera con Grecia y no dejan pasar a nadie, según la documentación de la oficina de Acnur en Grecia.

²⁹ En Serbia hay unos 3.000 inmigrantes y refugiados, de ellos unos 2.800 en los centros. A Serbia siguen llegando inmigrantes por la ruta de los Balcanes, un camino terrestre que va desde Turquía a las costas griegas o hacia Bulgaria, en el diario "La Vanguardia", de 6 de julio de 2018, "*Serbia, una nueva puerta de acceso a Europa para inmigrantes de Irán*".

³⁰ En el diario "El País", de 15 de octubre de 2018.

³¹ Los centros de acogida que, en un principio, eran abiertos se han convertido en centros cerrados, denominados Centros de Recepción e Identificación (RIC), donde no se permite la libertad deambulatoria al exterior, manteniendo retenidas a familias y menores no acompañados, en espera del acceso a la protección internacional y la reubicación.

solicitante que en la mayoría de los casos es inaccesible para los migrantes, tales como partidas de nacimiento, certificados matrimoniales, entre otros, entiendo debidamente legalizados lo que se convierten en un verdadero nudo gordiano para los solicitantes ante la falta de instituciones en origen y que por otro lado, mantienen fuera de posibilidades y sin solución alguna para los migrantes que arribaron a sus costas con posterioridad a ese 18 de marzo de 2016 y que siguen constantemente entrando en territorio Schengen, a través de las costas helenas..

Así mismo, la legislación griega se modificó al mes del Acuerdo con el objetivo de adaptarse a este, conformando un nuevo procedimiento de asilo en las islas occidentales griegas³². Esta situación general no les es ajena a los menores no acompañados,

V. LA PRESENCIA DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA

En 1990, España, ratifica la Convención de los Derechos del Niño, entrando en vigor a todos los efectos el 5 de enero de 1991³³, y el 1 de abril de 2015, el Convenio Europeo de los Derechos del Niño³⁴, lo que determinó para nuestro Estado nuevas orientaciones a nivel internacional e interno de los derechos del menor, lo que se tradujo en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero³⁵ con sus modificaciones como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, incidiendo en asuntos de Derechos fundamentales y libertades públicas y la Ley del mismo nombre que la anterior pero versada en la responsabilidad penal de los menores, siendo los principios rectores de ambas el interés superior del niño y en el ámbito de la pena, la primacía de la educación frente al castigo.

La especificación del concepto de MENA, se encuentra en el Reglamento de la Ley 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración

³² Ley 4375/2016, Greece: Law No. 4375 of 2016 on the organization and operation of the Asylum Service, the Appeals Authority, the Reception and Identification Service, the establishment of the General Secretariat for Reception, the transposition into Greek legislation of the provisions of Directive 2013/32/EC Publisher. publication 3 April 2016 <http://www.refworld.org/docid/573ad4cb4.html>. en CountryReportGreece. en: http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/reportdownload/aida_gr_2016update.pdf.

³³ B.O.E. nº 313 de 31 de diciembre de 1990.

³⁴ D.O.C.E. nº C 241, de 21 de septiembre de 1992, aprobada por el Parlamento Europeo, de 8 de julio de 1992, B.O.E. nº 45 de 21 de febrero de 2015.

³⁵ Sobre la protección jurídica del menor, B.O.E. nº 15, de 19 de enero de 1996, que modificó parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril³⁶, calificándolo, en rasgos generales, como una persona menor de dieciocho años, que ha llegado a nuestro territorio sin la compañía de una persona que le complete la capacidad. El siguiente paso es el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados, que determina a este colectivo como: *“A los efectos del presente Protocolo se entiende por Menor Extranjero No Acompañado (MNA) al extranjero menor de dieciocho años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación, de acuerdo con el artículo 189 REX”*. El Protocolo de actuación policial, nos refiere al caso los menores no acompañados y cuáles son los colectivos beneficiarios de esa protección especial³⁷.

El artículo 35.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social³⁸, versa sobre la posibilidad de llevar a cabo acuerdos bilaterales con diferentes Estados planteando una actuación recíproca entre España y otros Estados como Marruecos o Senegal³⁹ en el tratamiento de los MENA; el fundamento de ambos es la colaboración y la prevención en los países de

³⁶ Artículo 189 *“(…) extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”*.

³⁷ 8.2. Actuación con menores extranjeros no acompañados 8.2.1. Las actuaciones con menores extranjeros no acompañados se ajustarán a lo regulado en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014. 8.2.2. Se entiende por menor extranjero no acompañado (MENA) al extranjero menor de dieciocho años nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación. También se aplicarán las medidas de este apartado a: a. Los menores extranjeros que se encuentren en situación de riesgo por haber entrado de manera clandestina en territorio nacional o pretenda traspasar los puestos fronterizos españoles en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable del niño, no aporte documentación veraz o fiable del vínculo alegado, y se aprecie un peligro objetivo para la protección integral del menor. b. Menores extranjeros que se hallen en situación de patente desamparo o desprotección, significadamente por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos. c. Menores extranjeros que se hallen como polizones a bordo de un buque, nave o aeronave que se encuentre en un puerto o aeropuerto español.

³⁸ *“El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados”*.

³⁹ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores no acompañados, su protección y retorno concertado, firmado *“ad referendum”* en Rabat el 5 de diciembre de 2007, en vigor el 2 de octubre de 2012. B.O.E. nº. 70 de 22 de mayo de 2012, pp.22.750-22.753. Acuerdo entre la república de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, hecho *“ad referendum”* en Dakar el 5 de diciembre de 2006, en vigor el 1 de julio de 2008, B.O.E. nº 173, de 18 de julio de 2008, pp. 31.413-31.415.

origen; los Acuerdos Marco de Cooperación concertados por el Gobierno español con Gambia, Guinea y Cabo Verde, se sitúan en el marco de la política desarrollada actualmente por la Unión Europea con terceros países. No son Acuerdos bilaterales de readmisión, como son los celebrados con Marruecos, Argelia, Guinea Bissau y Mauritania, sino verdaderos instrumentos internacionales que parten de la consideración de la gestión de la inmigración como una responsabilidad que debe ser compartida entre los países de origen, tránsito y destino⁴⁰. En nuestro país desaparecen, por diversos motivos una cantidad importante de menores, por violencia o maltrato, pero a esto, se le añade la desaparición de los menores no acompañados, este es un nuevo desafío, que según los datos de la Fiscalía y del Ministerio del Interior el año 2015, alcanzaban el numeral de 6.414 menores. Para resolver estos casos, se sigue necesitando la cooperación internacional, ya que a través de estas ayudas se han conseguido resolver un 61,5 % de los casos presentados⁴¹.

a) Doctrina de la Fiscalía General del Estado

La Fiscalía General del Estado no se ha manifestado en muchas ocasiones en relación a la protección y derechos fundamentales de los menores, en general, sin embargo si ha desarrollado un amplio campo para el tratamiento de la responsabilidad penal. Se pueden enumerar los siguientes instrumentos: *“Circular 3/1984, sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores; Instrucción 3/1988, sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales; Instrucción 6/1990, sobre menores ingresados en los centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas; Instrucción 2/1993, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito; Consulta 8/1997, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar; Consulta 2/1998, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas; Circular 1/2001, sobre incidencia de la nueva Ley de 1805 Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (apartado VII.5); Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería (apartado IV); Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L. O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Instrucción 3/2003,*

⁴⁰ El derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 5 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos.

⁴¹ En <http://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-espana-busca-2749-menores-desaparecidos-201805251222444.html>, Europa press.

sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo (expresamente derogada por la Instrucción 6/2004); Circular 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (apartado IV); Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados; Instrucción 3/2005, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación (apartado IX); Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores; Instrucción 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores. La Ley 24/2007, de 9 de octubre reformó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, creando, entre otras, la figura del Fiscal de Sala Coordinador de Menores (art. 20.3) al que atribuye competencias tanto en reforma como en protección de menores. Uno de los frutos de este impulso ha sido el avance en la elaboración de criterios organizativos y doctrinales: pueden así citarse la Circular 1/2008, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre; Instrucción n.º 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores; la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre 1806 protección de los menores víctimas y testigos; y la Instrucción 1/2009, sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores. El principio básico que informa la doctrina de la Fiscalía General del Estado consiste en que la especial vulnerabilidad en que se encuentran los menores determina la necesidad de dispensarles una singular protección jurídica y administrativa. Desde este entendimiento, las Entidades Públicas de Protección de Menores, deben adoptar y arbitrar todas las medidas y mecanismos protectores necesarios. La Constitución Española, en su artículo 39, hace beneficiario al menor de la protección que se le otorga en el orden internacional y obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos. En esta búsqueda de la máxima protección para los más vulnerables, la función del Fiscal como superior vigilante de las Entidades Públicas ha de ser impulsada, desde la caracterización de los menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad progresiva para protagonizar su propia vida, para tomar parte en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, y para participar en la toma de decisiones que les afecten, desde la perspectiva de que el menor ha pasado de ser objeto de protección a ser sujeto de derechos, siendo la protección uno de los derechos que le amparan. Las actuaciones del Ministerio Fiscal deben estar guiadas por el superior interés del menor, orientado a la consecución del desarrollo armónico, pleno y equilibrado del mismo, así como a la adquisición de su autonomía personal y su integración familiar y social”⁴².

⁴² HUELAMO BUENDÍA, J., Fiscal delegado de Extranjería y de menores de la Fiscalía Provincial de Toledo,

b) Determinación de la edad y búsqueda de familiares en los países de origen.

La edad de los MENA suscita muchas controversias tanto a nivel de legislación europea como en las propias de los Estados miembros, en la utilización de técnicas invasivas frente al principio de proporcionalidad, el interés superior del menor y la protección de datos a la que tienen derecho los menores de edad no acompañados, siendo la EURODAC, una base de datos europea creada en la recopilación de huellas dactilares para identificar a los solicitantes de asilo y a los migrantes irregulares⁴³.

En España, el Tribunal Supremo⁴⁴ ha determinado que no se puede someter a los menores provistos de pasaporte a las pruebas de determinación de la edad, que se encuentren en situación irregular en nuestro Estado, todo ello, siguiendo el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de lo Civil de Julio de 2014⁴⁵, Esta resolución deviene de dos procedimientos en los que a pesar de que los menores estaban provistos de pasaporte donde constaba las fechas de nacimiento, estos fueron determinados como mayores de edad y por tanto desprovistos de la protección dirigida a los MENA, y en base a ello el Pleno en materia Civil determinó que *“el emigrante cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido”* y por tanto cualquier verificación en el sentido de la viabilidad del documento debe ajustarse al principio de proporcionalidad y al interés superior del menor, determinando que las técnicas médicas de averiguación, especialmente las de carácter invasivas no se deben aplicar de manera indiscriminada para la determinación de la edad, resolviendo así las

“Menores no acompañados, doble perspectiva jurídica: extranjería y protección de menores” septiembre de 2017. Madrid.

⁴³ EURODAC, comenzó a funcionar en el año 2003, (15 de enero) proporcionando las huellas dactilares recogidas a los mayores de 14 años, transmitiendo la información a la unidad central de la Comisión europea y cruzándola con otras bases de datos, funcionando a nivel de la Unión europea y con Noruega, Islandia y Suiza, que se han unido al programa, la idea principal es conocer dónde fue la primera toma de contacto con Europa y así determinar el país donde el migrante puede solicitar asilo. Creada con la cobertura del Reglamento 603/2013, de 26 de junio de 2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

⁴⁴ Sentencia 452/2014, de 24 de septiembre de 2014, recurso 280/2013, *“el problema, que ha sido resuelto de forma contradictoria en las Audiencias provinciales, radica en el valor de la documentación que portan los menores cuando dicha documentación contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad física de la persona, es decir, cuando existe una aparente discrepancia entre la edad del menor que figura en el documento y la complexión física del o de la joven(...) el pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular,(...)como tal, vale o no vale, con o sin visado, conforme a los Convenios internacionales (...)”*

⁴⁵ Tribunal Supremo, Pleno Civil de 23 de septiembre de 2018 y de 24 de septiembre de 2014.

contradicciones existentes entre las distintas Audiencias Provinciales⁴⁶ en relación al artículo 35 de nuestra Ley de Extranjería⁴⁷.

⁴⁶ La S.T.S. de 23 de septiembre de 2014 resuelve una casación por vulnerar el art. 35.3 de la LOEx, que ha sido interpretado de forma contradictoria en las Audiencias provinciales. En ese sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2013 (n.º.237/2013) no reconoce el valor del pasaporte y el certificado de nacimiento de una menor y, por ello, concluye que las pruebas de determinación de la edad y el resultado de estas es conforme a Derecho. En cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 18 de diciembre 2007, afirma que, en relación a *“la legalización o apostilla o demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, No podemos obviar que el documento de referencia es un pasaporte, y que, tal y como hemos señalado anteriormente, su finalidad es facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el suyo propio, es decir, es un documento con una validez internacional, por ello dicho documento, para que sea válido en España no precisa, en principio, de legalización o apostilla (...)”*.

⁴⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Artículo 35. *“Menores no acompañados. 1. El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos. 2. Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos. 3. 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. 4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle. 5. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos. 6. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente. 7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor. 8. La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo. 9. Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad. 10. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado. 11. La Administración*

Y por último, el Protocolo de Actuación Policial con menores en aplicación de la Instrucción nº. 1/207 de la Secretaria de Estado de Seguridad mantienen en el artículo 4.14.2. que: *“En los supuestos en que no esté establecida la identidad del menor se adoptarán las medidas necesarias para su identificación, comprobando la autenticidad de la documentación que pueda portar, y buscando posibles referencias sobre el mismo que pudieran existir en registros específicos o en instituciones, nacionales o extranjeras, encargadas de su protección. Tratándose de menores extranjeros indocumentados se consultará si están inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (MENA), regulado en el artículo 215 del 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”,* nos parece importante destacar en este punto, la mención en la Instrucción en el sentido de la desaparición de menores no acompañados⁴⁸, en consecuencia con la Instrucción 1/2009, sobre la actuación policial ante estos hechos, es un problema candente y primordial que la legislación europea y las de los Estados miembros, tomen conciencia de la problemática e intenten atajar por todos los medios disponibles esta lacra provocada, entre otros, por las distintas organizaciones criminales que se están enriqueciendo a la sombra de esta terrible diáspora.

En relación a la búsqueda de los familiares⁴⁹, la Administración debe solicitar un informe de las circunstancias en particular de cada menor mediante la

General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados. Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los mismos. Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor. A tales efectos, deberá dirigirse al juzgado competente que proceda en función del lugar en que vaya a residir el menor, adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela. El régimen de la tutela será el previsto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, serán aplicables a los menores extranjeros no acompañados las restantes previsiones sobre protección de menores recogidas en el Código Civil y en la legislación vigente en la materia. 12. Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración”.

⁴⁸ *“9.1. Actuación específica en caso de desaparición de menores 9.1.1. La recepción de la denuncia por desaparición de un menor y la práctica de las primeras gestiones para su localización se efectuarán inmediatamente después del conocimiento de los hechos, ya que las primeras horas pueden ser fundamentales, tanto para la integridad del menor, como para la investigación y averiguación de las circunstancias del caso. 9.1.2. Conforme a lo previsto en la Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad 1/2009, “sobre actuación policial ante la desaparición de menores de edad y otras desapariciones de alto riesgo”, se activarán los procedimientos de comunicación oportunos con otras Unidades o Cuerpos policiales, y se trasladarán los datos disponibles a las patrullas de servicio que se considere necesario, a las que se informará sobre las gestiones o precauciones aconsejadas en caso de localización o hallazgo. 9.1.3. Asimismo, la denuncia por desaparición se comunicará inmediatamente”.*

⁴⁹ *“la política sobre menores extranjeros no acompañados debe estar orientada al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país, como solución duradera y siempre que ello constituya el interés superior del menor”.* Apartado 5 de la exposición de motivos de la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación

colaboración de las autoridades diplomáticas de los países de origen, con carácter previo a una hipotética repatriación, o el mantenimiento en España bajo los auspicios del organismo tutor correspondiente, (determinado por cada Comunidad Autónoma), siempre respetando el interés superior del menor, y escuchando a este, facilitando la reagrupación familiar o la posibilidad de ponerle bajo la protección de servicios homónimos en origen.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. La Unión Europea se encuentra desbordada en relación a la afluencia masiva de todo tipo de migrantes que buscan una nueva vida en el Viejo continente; el viaje que emprenden es peligroso, lidiando con las mafias que hacen su agosto alrededor de los desplazados, llegando a Estados frontera con poca capacidad de absorción y con graves problemas económicos como Grecia, o con ideologías tan diferentes y poco empáticas en este sentido, como las políticas restrictivas de Hungría o Serbia, lo que provoca que miles de migrantes se queden esperando en las fronteras, en tierra de nadie, al ser inviable cruzar Estados en busca de su “*Dorado*” ubicado en los países del norte de Europa. La situación es todavía más preocupante para aquellos menores que han salido de sus Estados de origen, sin conocimientos, empujados por una situación de desamparo, apoyados en la distancia por sus padres, ya que sus familias no se pueden hacer cargo de ellos, bien por necesidades técnicas o materiales, lo que les lleva a embarcarse en una aventura que muchas veces acaba, sino con sus vidas si con sus ilusiones.

SEGUNDA. El interés superior del menor es el principio rector en el que se deben reflejar todas las legislaciones tanto internacionales como nacionales, sin olvidar que son los padres del menor los que deben velar porque este principio se desarrolle dentro de la familia; pero si la situación sobrepasa este núcleo; como hemos observado en los procesos de migraciones actuales; son las autoridades estatales correspondientes las que tienen que tomar el relevo. Este principio se caracteriza por su flexibilidad y depende de las necesidades individuales del colectivo y del grado de vulnerabilidad, en el que los MENA, ya que se enfrentan a los problemas reales sin nadie que les complete la capacidad y por tanto son víctimas propicias para las redes de delincuencia internacional lo que en muchos casos revierte en el amplio número de desapariciones en toda Europa.

TERCERA. En España, no existe un tratamiento jurídico único en relación a la minoría de edad, pero a través de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección

del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. B.O.E. nº.251, de 16 de octubre de 2014.

Jurídica del Menor, éste es participe de muchos actos que producen consecuencias jurídicas; el derecho a ser escuchado sin atender a su edad u otros condicionamientos, en cualquier procedimiento que se pudiera suscitar en nuestro ordenamiento. Factor importante es la determinación de la madurez, que será valorada por equipos formados teniendo en cuenta todos los aspectos que pudieran ser determinantes de su entorno, a los efectos de toma de decisiones y declaraciones pertinentes a cada caso particular.

CUARTA. Es necesario que las legislaciones de la Unión Europea se aúnen creando protocolos de obligado cumplimiento que no permitan las diferencias de tratamiento de migrantes, en este caso, tratándose de población altamente vulnerable como los MENA, siendo los primeros a los que se les debe dar la solución de un entorno seguro, donde poder desarrollarse sin tener que soportar procedimientos largos y farragosos, evitando, por todos los medios que se produzcan desapariciones provocadas por el vacío legal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

a) ARTÍCULOS.

DIAZ MORRÁS, J., *“Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”*, en Revista electrónica de la Universidad de la Rioja (REDUR), nº. 10, diciembre de 2012.

HUELAMO BUENDÍA, J., Fiscal delegado de Extranjería y de menores de la Fiscalía Provincial de Toledo, *“menores no acompañados, doble perspectiva jurídica: extranjería y protección de menores”* septiembre de 2017. Madrid.

DE PALMA DEL TESO, A., GONZÁLEZ GARCÍA, A., *“La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”*, en Revista jurídica de Catalunya, nº 3, 2015.

LÁZARO GONZÁLEZ, I., *“Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados”*, en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería n.º 37, 2014.

LÓPEZ ULLA, J.M., *“Detención de menores extranjeros no acompañados en Europa: la necesidad de garantizar efectivamente los derechos ya reconocidos”*, en Revista Interdisciplinar, Brasilia, año XXII, nº 42, enero- junio 2014.

SANCHEZ VALLEJO, M^a A., *“El bucle infinito de la austeridad que ha zarandeado Grecia durante ocho años”*, en diario “El País”, de 22 de junio de 2018.

b) TEXTOS LEGALES COMUNITARIOS.

b.1.) Convenios

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, vigente desde el 12 de junio de 1985.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE nº. 83 de 30 de marzo de 2010.

Convenio Europeo de Derechos Humanos. RESOLUCIÓN de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

b.2) Reglamentos

399/2016, de 23 de marzo de 2016, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, Código de fronteras Schengen, D.O.U.E. nº 77.

2016/1624, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo.

516/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración.

604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de Junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

1560/2003 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

b.3) Directivas

2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de Junio de 2.013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, que, salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca –que no participan en la adopción de la Directiva ni quedan vinculados por la misma.

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

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

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

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

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

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

2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

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

Revisión de las Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño (2017) Que ningún niño quede excluido (Consejo de Asuntos Exteriores, 6 de marzo de 2017).

b.4) Decisiones

2008/22/CE, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2007 , que establece las normas de aplicación de la Decisión nº 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios , en lo que respecta a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo.

574/2007/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007 relativa al Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios»

575/2007/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios».

b.5) Recomendaciones

2016/2256 de la Comisión de 8 de diciembre de 2016 dirigida a los Estados miembros relativa a la reanudación de los traslados a Grecia en virtud del Reglamento UE núm. 604/2013 el Parlamento Europeo y del Consejo.

b.6) Resoluciones

2012/2263 del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE.

97/ C 221/03, Del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros.

b.7) Comunicaciones

De la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, protección de los menores migrantes COM (2017) 211 final. Bruselas 12 de abril de 2017.

De la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al comité de las Regiones, una Agenda Europea de migración. Bruselas 13 de mayo de 2015, COM (2015) 240 final.

De la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014) SEC (2010)534.

c) DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES.

Informe relativo al Acuerdo Unión Europea-Turquía, adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los Derechos de las personas migrantes y refugiadas, de CEAR, (comisión española de ayuda al refugiado).

Global trends Forced Displacement in 2015, ACNUR, Ginebra, 2016.

Desarraigados: La crisis creciente de los niños refugiados y migrantes, UNICEF, septiembre de 2016.

Plan estratégico de UNICEF para 2014-2017, Realización de los derechos de todos los niños, especialmente los más desfavorecidos, Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, de 11 de Julio de 2013.

d) FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL

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.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (B.O.E. nº 10, de 12 de Enero de 2000)

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. (B.O.E. nº 103, de 30 de abril de 2011).

Ley 12/2009, de 30 de octubre sobre la regulación del derecho de asilo y la protección subsidiaria, (B.O.E. nº 263, de 31 de octubre de 2009).

Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de

la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (B.O.E. nº. 52, de 2 de marzo).

Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (B.O.E. nº. 256, de 25 de octubre).

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. (B.O.E. nº.251, de 16 de octubre de 2014).

Protocolo de Actuación de los menores extranjeros no acompañados de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Orense.

Protocolo de Actuación Policial con menores en aplicación de la Instrucción nº. 1/2012 de la Secretaria de Estado de Seguridad.