

# unir

UNIVERSIDAD  
INTERNACIONAL  
DE LA RIOJA

**Universidad Internacional de La Rioja**

**Máster en el ejercicio de la abogacía**

---

## **LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA**

*Régimen jurídico aplicable en la UE, transposición y respeto por los Estados Miembros*

---

Trabajo fin de máster presentado por:	Maud THIRY
Titulación:	Master en el Ejercicio Profesional de la Abogacia
Área jurídica:	Derecho internacional público
Director/a:	José Luis Llaquet

Madrid

14 de diciembre de 2017

Maud THIRY

---

**INDICE**

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....</b>	<b>3</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>4</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>1. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>8</b>
<b>1.1. Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: una categoría creciente de personas en situación de desamparo .....</b>	<b>8</b>
<b>1.2. Acercamiento a los motivos migratorios de los menores extranjeros no acompañados</b>	<b>11</b>
<b>2. LAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES A LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1. La influencia directa del derecho internacional y del derecho del Consejo de Europa en materia de derechos del niño.....</b>	<b>14</b>
2.1.1. La Convención sobre los Derechos del Niño: el interés superior del menor como principio director .....	14
2.1.2. El derecho del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	17
<b>2.2. La fragmentación de las disposiciones del derecho de la Unión Europea relativas a los menores no acompañados .....</b>	<b>18</b>
2.2.1. La primacía del interés superior del niño en derecho de la Unión Europea .....	18
2.2.2. El establecimiento de medidas especiales de asistencia a los menores extranjeros no acompañados .....	20
2.2.3. Los límites legales a la detención de los menores extranjeros no acompañados.....	21
<b>2.3. La elaboración actos no vinculantes integralmente dedicados a la protección de los menores no acompañados .....</b>	<b>22</b>
2.3.1. Los textos legislativos específicos adoptados en el ámbito del derecho de la Unión Europea	23
2.3.2. Los textos específicos adoptados en el ámbito del derecho del Consejo de Europa .....	27
<b>3. ANÁLISIS PRÁCTICO DEL CUMPLIMIENTO POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE SUS OBLIGACIONES LEGALES: ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA Y FRANCIA.....</b>	<b>30</b>
<b>3.1. La problemática presunción de mayoría de edad hacia los menores extranjeros no acompañados.....</b>	<b>30</b>
<b>3.2. La negligencia de la situación de desamparo del menor: entre prioridad de retorno y rechazo por los servicios de protección .....</b>	<b>34</b>
<b>3.3. El recurso ordinario a la detención de los menores extranjeros no acompañados en perjuicio del interés superior del niño .....</b>	<b>36</b>
<b>4. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>40</b>
<b>4.1. La prevalencia de la condición de menor sobre la de inmigrante: la supremacía del interés superior del menor en cada decisión .....</b>	<b>41</b>
<b>4.2. El refuerzo de la cooperación transfronteriza entre los Estados miembros y los países terceros en garantía de una protección efectiva .....</b>	<b>43</b>

---

<b>4.3. La persistencia en los esfuerzos encaminados a garantizar una acogida adecuada y una atención prioritaria a los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea .....</b>	<b>44</b>
4.3.1. Los principios de prioridad y urgencia en el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados .....	44
4.3.2. Las obligaciones inherentes a la acogida de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea .....	45
4.3.3. La consolidación de los límites de la detención de los menores extranjeros no acompañados .....	46
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>49</b>

---

**LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS**

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para el Refugiado
FRONTEX	Frontières Exterieures (Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea)
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería
MENA	Menor Extranjero No Acompañado
UE	Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la protección jurídica de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea. El tratamiento legal de esta categoría de migrantes, en constante aumento durante los últimos años, constituye un desafío relevante dada su doble condición. En efecto, por una parte, se trata de migrantes y por lo tanto, están sometidos a las normas vigentes en materia de inmigración, pero por otra parte, y sobre todo, son personas particularmente vulnerables por su minoría de edad y su aislamiento. Por ese motivo, el régimen jurídico aplicable tiene que diferenciarse de las disposiciones generales aplicables en materia de inmigración, y tener en cuenta la normativa internacional protectora de los derechos de los niños. Esta última ha consagrado como principio director el interés superior del niño, que tiene que prevalecer en cualquier decisión que implique menores de edad, independientemente de su estatuto jurídico. En la problemática de los menores extranjeros no acompañados, dicho principio significa que la condición de menor prevalece sobre la de inmigrante. Por lo tanto, adoptando como enfoque la especial vulnerabilidad de los menores, el presente trabajo estudia la protección legal especial que se les otorga, así como su aplicación práctica por las autoridades estatales competentes.

**PALABRAS CLAVES:** Menores extranjeros no acompañados, niños, Unión Europea, vulnerabilidad, protección.

---

**ABSTRACT**

The present study aims to discuss the legal protection of unaccompanied undocumented immigrant children in the European Union. This group of immigrants has been constantly growing in the past years, and its legal treatment continues to be a relevant challenge given their double condition as undocumented immigrants — therefore subject to the immigration law — and also, above all, as extremely vulnerable and isolated persons. Thus, the legal framework for this group must be different from the common immigration framework, and must take into consideration the international protective regulations. These regulations have established the best interest of the child as a basic principle, which must guide any decision regarding minors — independently of their legal status. Considering the complexity of unaccompanied immigrant minors, this principle means that the condition of minor prevails over the condition of immigrant. Therefore, with the special vulnerability of these minors as a focus, the present paper studies their legal protection and its practical application by competent state authorities.

**KEY WORDS:** Unaccompanied alien children, minors, European Union, vulnerability, protection.

## INTRODUCCIÓN

*“Nosotros Guineanos, Somalíes, Nigerianos, Pakistaníes, Sirios, Afganos, Tunecinos, Egipcios, del centro de acogida SAMIE, hoy queremos decir nuestra verdad (...). Cuando llegamos a Francia, no conocíamos a nadie. Dejamos nuestro País para conseguir una vida mejor en Europa (...). Queremos denunciar el sistema que empleáis hacia los menores extranjeros: nos mantenéis encerrados durante 3, 4, 5, 6, 7, 8 meses sin decirnos nada, como si fuéramos animales (...). Hoy queremos denunciar vuestras actuaciones (...) Aunque tengamos documentos de identidad válidos, empleáis otros métodos para echarnos: la prueba ósea. El menor ni siquiera tiene acceso a los resultados de dicha prueba (...) Hemos dirigido este texto a más personas, a asociaciones, porque queremos que nuestra situación se sepa.”<sup>1</sup>*

Extracto de la carta de los menores del centro de acogida de Bellevue dirigida a la encargada regional de los menores extranjeros no acompañados, enero de 2017

Cada año son más numerosos los menores extranjeros no acompañados<sup>2</sup> (en adelante, los MENA) que cruzan las fronteras en búsqueda de un futuro mejor. Dejan atrás la pobreza, la violencia, los conflictos, e intentan alcanzar países famosos por ser garantes de la libertad, de los derechos fundamentales y en los cuales esperan vivir en mejores condiciones. Desafortunadamente, como los firmantes de la carta arriba mencionada, muchos MENA tienen que enfrentarse al rechazo de las autoridades de este país que para ellos representaba tanta ilusión. Se encuentran en este caso desamparados, sin defensa, víctimas de su minoría de edad y de la falta de representación.

Los MENA en la Unión Europea (en adelante, la UE) forman una categoría de inmigrantes que presenta una extrema vulnerabilidad, debida ante todo a su minoría de edad, pero también

---

<sup>1</sup><http://www.bondyblog.fr/201701160800/la-mort-du-jeune-malien-denko-sissoko-libere-la-parole-des-mineurs-etrangers-sur-leurs-conditions-de-vie/#.WhyH9LSdVPO>, consultado el 25 de noviembre de 2017.

<sup>2</sup> La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar siguiendo la resolución de 1997 en materia de menores extranjeros no acompañados, define de la manera siguiente: “son menores no acompañados los menores de dieciocho años, nacionales de terceros países o apátridas, que llegan al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable. No obstante también lo son aquellos menores a los que se deje solos tras su entrada en los Estados miembros.”

---

a su aislamiento y a su situación a menudo irregular. Es precisamente la doble condición del MENA, a la vez inmigrante y niño, que plantea problemas a la hora de aplicarles un régimen jurídico adecuado a su situación.

Esta categoría constituye un desafío importante para los países de acogida, que no pueden aprehenderlos como inmigrantes adultos. Es indudable que la condición de minoría de dichos individuos es determinante en la protección otorgada por los Estados. Esto es lo que pretende averiguar el presente trabajo, analizando la protección otorgada a los MENA en la UE y en los Estados miembros para determinar si es adecuada y adaptada a su condición de menor.

El presente trabajo se ha llevado a cabo adoptando un enfoque tridimensional (cuantitativo, comparativo, cualitativo). El método cuantitativo se ha utilizado de forma preliminar, con el fin de subrayar la importancia de la situación de los MENA en la UE basándose en informes oficiales y objetivos. El método cualitativo se ha utilizado a lo largo del trabajo para comprobar el alcance de la protección otorgada a los MENA, partiendo siempre de la suposición según la cual los MENA son individuos vulnerables que necesitan especial protección. Finalmente, el método comparativo ha sido de cierta relevancia a la hora de analizar las actuaciones de las autoridades en distintos Estados miembros, especialmente España y Francia.

La primera parte de este trabajo se dedica a la exposición de la situación actual de los MENA en la UE con el fin de dar visibilidad sobre el alcance del problema y justificar la necesidad de dar una respuesta jurídica adaptada a esa situación **(1)**. La segunda parte estudia las disposiciones legales aplicables a nivel de la UE a los MENA y comprueba si tienen particularmente en cuenta la vulnerabilidad de dichas personas **(2)**. Parece indispensable para contestar a la pregunta central del presente trabajo analizar la aplicación práctica por las autoridades, dentro de los Estados miembros, de las disposiciones legales previamente estudiadas en materia de MENA. A tal efecto se hará especial referencia a España y Francia **(3)**. Finalmente, se intenta sacar de todo lo anterior conclusiones y perspectivas de futuro en relación con la protección jurídica de los MENA en la UE **(4)**.

# 1. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

## 1.1. Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: una categoría creciente de personas en situación de desamparo

Frecuentemente hay que mirar Estado por Estado para darse cuenta de número de MENA en la UE. Por ejemplo, aunque los datos no son precisos, en 2012 estaban presentes en España 4.000 MENA<sup>3</sup>. En Francia, 9.000 MENA estaban presentes en el territorio en 2013<sup>4</sup>. A finales de diciembre, eran 13.008, repartidos entre las distintas regiones francesas<sup>5</sup>. Además, cada año se registrarían unos 500 niños solos en las zonas de tránsito de las fronteras francesas<sup>6</sup>. En lo que concierne Italia, en 2009 se estimaban a 4.791 los MENA que habían entrado en Italia sin solicitar asilo ni ser considerado víctima de trata de personas.<sup>7</sup> En Grecia, el número de MENA registrado por la ACNUR en 2009 era de 6.000, pero esta estimación es imprecisa dado la falta de coordinación centralizada a nivel nacional.<sup>8</sup>

El informe de la Comisión Europea del 28 de septiembre de 2012 confirma la necesidad de mirar Estado por Estado, en la medida en que indica que la recogida de datos precisos sobre el número de MENA en el ámbito de la UE<sup>9</sup> presenta muchas dificultades.

No obstante, un reciente comunicado de prensa de la Comisión Europea<sup>10</sup> hizo un estudio y estimó a cerca de 90.000 el número de MENA entre los solicitantes de asilo en 2015. El comunicado se basa en un gráfico presentado por Eurostat, la Oficina de Estadística de la Unión Europea:

---

<sup>3</sup> Delegación de ACNUR en España con la colaboración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Menores No Acompañados y la Protección del Asilo*, 2012.

<sup>4</sup> DIRECTION DE LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE (DPJJ), *Les mineurs étrangers isolés. La situation en France, données générales*, avril 2013.

<sup>5</sup> FRANCE TERRE D'ASILE, « L'accueil et la prise en charge des mineurs isolés étrangers en France », L'essentiel, Octobre 2017.

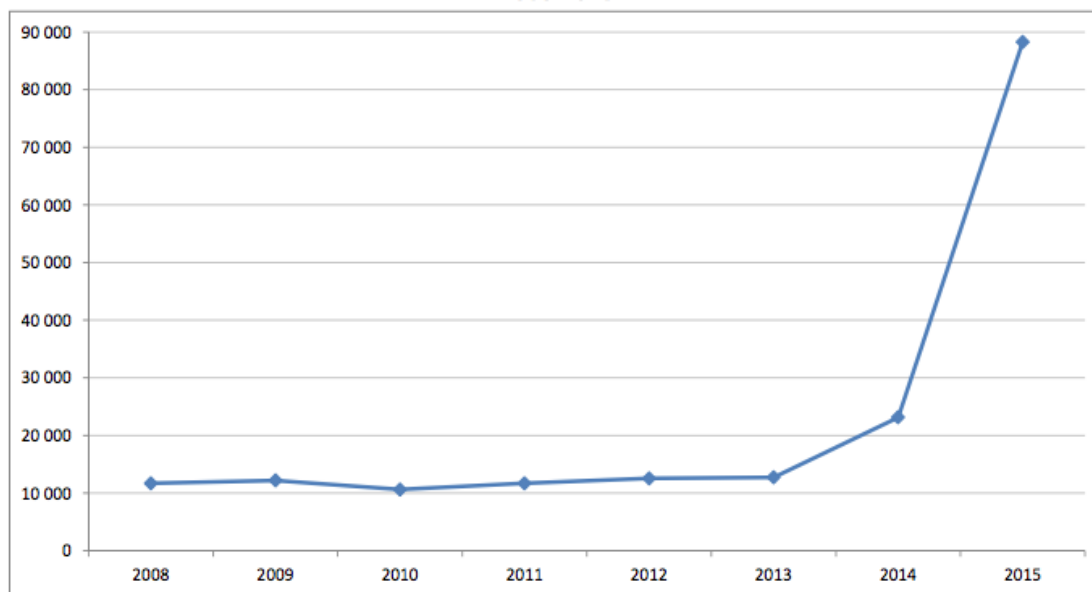
<sup>6</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, "Francia: menores no acompañados son detenidos en las fronteras", 8 de abril de 2014: <http://www.hrw.org/fr/news/2014/04/08/france-les-mineurs-non-accompagnes-se-retrouvent-bloques-aux-frontieres>;

<sup>7</sup> DELBOS L. (coordinador), BENASSI E., CARLIER M., DONATO M., GALLARDO A., MARTIN P., PALMIERI N., POULOU M., *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union Européenne, étude comparative et perspectives d'harmonisation*, Rapport final, décembre 2010, Paris (Francia), que utiliza los datos proporcionados por el Comitato per i Minori Stranieri.

<sup>8</sup> ACNUR, *Observations on Greece as a country of asylum*, December 2009, p. 12.

<sup>9</sup> COMISIÓN EUROPEA, Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados, adoptado en Bruselas el 28 de septiembre de 2012, COM(2012) 554 final, conclusiones, p. 4.

<sup>10</sup> <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7244687/3-02052016-AP-FR.pdf/270f3b41-2f43-48c1-ba6d-c465cd7f5c0c>, Europa Press, 2 de mayo de 2016: consultado el 12 de octubre de 2017.

**Demandeurs d'asile considérés mineurs non accompagnés dans les États membres\* de l'UE, 2008-2015**

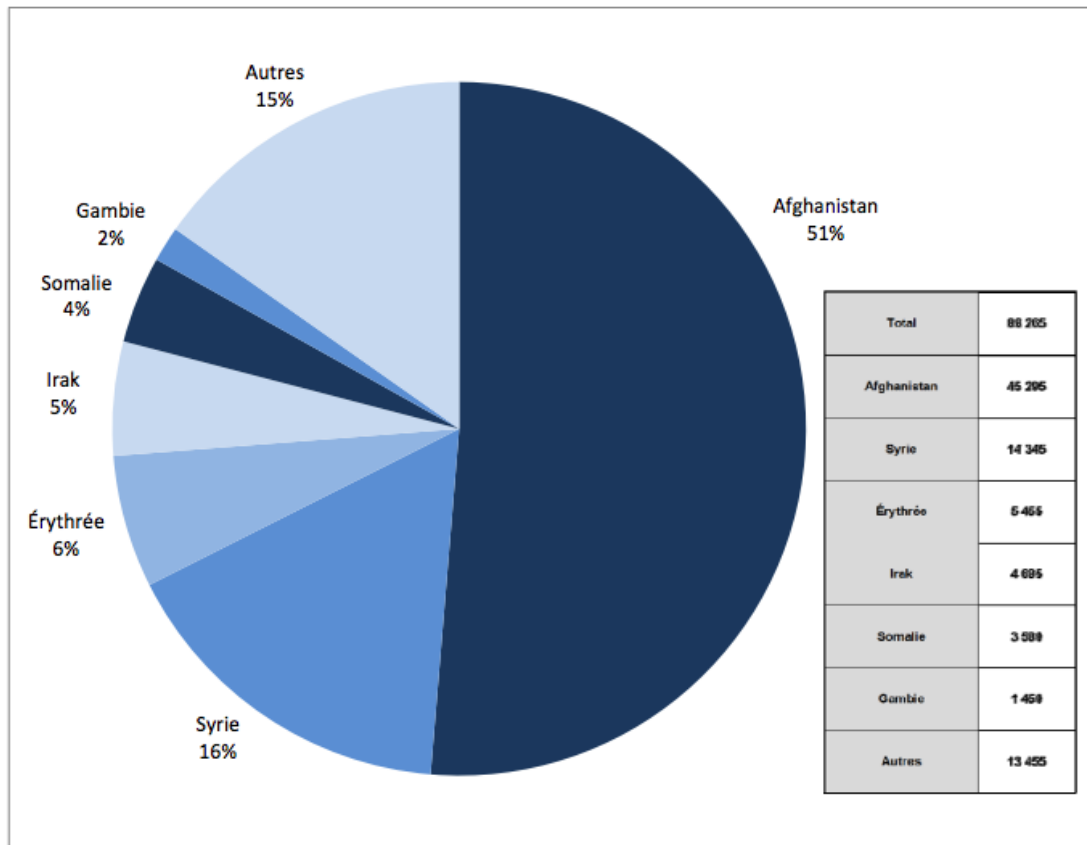
\* hors Croatie sur la période 2008-2011.

Este aumento exponencial en poco más de cinco años da cuenta de la gravedad de la situación y de la urgencia de una respuesta legal eficaz y adaptada.

Otro gráfico elaborado por Eurostat merece la debida atención en tanto que permite determinar los países de origen de los MENA que presentaron una solicitud de asilo en 2015<sup>11</sup>:

<sup>11</sup> *Ibid.*

**Demandeurs d'asile considérés mineurs non accompagnés dans l'UE, par pays de nationalité, 2015**



Este gráfico da cuenta de que más de la mitad de los MENA que solicitaron asilo en 2015 venían de Afganistán, y el 16% venía de Siria, es decir, de los países donde hay la proporción más importante de conflictos armados.

De manera general, los datos proporcionados por Eurostat en materia de MENA se limitan a los MENA que presentaron una solicitud de asilo, dado que es esta solicitud la que permite registrarlos en un País de la UE. Por tanto, se puede afirmar que el número total de MENA en la UE actualmente es mucho más alto que 90.000.

Detrás de esas cifras existen menores concretos que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad<sup>12</sup> y particularmente expuestos a muchos peligros tales como la explotación y el tráfico de seres humanos, la violencia y los abusos de cualquier índole, tanto en las rutas migratorias como después de su llegada a un País de la UE<sup>13</sup>. Un ejemplo típico de dichos peligros era la situación de los MENA en la *Jungla de Calais* en el norte de Francia, en 2015 y 2016. Se desprende de informes de varias organizaciones de protección de derechos

<sup>12</sup> COMISION EUROPEA, «Protección de los menores migrantes», *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo*, abril de 2017.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p.2

humanos que el número de menores en este grande campamento de refugiados superaba los 2.000<sup>14</sup>. Por ser menores y sin recursos económicos, tenían que hacer frente, solos, a todo tipo de riesgos (robos, violencias sexuales, trata de seres humanos, etc.). Dado que su objetivo último era entrar en Reino Unido para reunirse con familiares, aceptaban ponerse en peligro para alcanzarlo.

La consecuencia de dicha situación de desamparo es inevitable: en enero de 2016, la agencia EUROPOL indicaba que 10.000 MENA habían desaparecido tras llegar a la UE en los 20 meses precedentes dicha declaración<sup>15</sup>.

El número de MENA en la UE durante los últimos años ha ido creciendo de manera impresionante. Ante esta situación factual, parece legítimo intentar deslindar los motivos que incitan los MENA a inmigrar en la UE.

## **1.2. Acercamiento a los motivos migratorios de los menores extranjeros no acompañados**

La protección de los MENA no puede abordarse sin referirse a las causas profundas que conducen tantos menores a dejar su país de origen y a viajar – a menudo de manera peligrosa – hacia la UE<sup>16</sup>.

En ese sentido, varias motivaciones, como el aumento de los conflictos armados, los desplazamientos forzados, las desigualdades en los niveles de vida, la ausencia de oportunidades económicas, la falta de acceso a los servicios básicos de vida o el deseo de reunirse con su familia, pueden animar a los MENA a viajar hacia la UE<sup>17</sup>. Lo sorprendente es que a veces, los menores ni siquiera saben por qué están en Europa. En realidad, en estos casos fueron los padres los que mandaron a sus niños al continente europeo con esperanzas de proporcionarles un futuro mejor. En muchas ocasiones, los menores piden asilo, dado que, como veremos, mediante esta solicitud se les otorga más garantías. En general los menores

---

<sup>14</sup> <http://www.infomie.net/spip.php?breve1658&lang=fr>, consultado el 15 de noviembre de 2017; <http://www.medecinsdumonde.org/fr/actualites/mineurs-isoles/2016/11/18/enfants-en-danger>, consultado el 15 de noviembre de 2017; <http://www.medecinsdumonde.org/fr/actualites/calais/2016/02/10/les-mineurs-non-accompagnes-en-danger>, consultado el 15 de noviembre de 2017

<sup>15</sup> <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/society/20160419STO23927/10-000-enfants-refugies-et-migrants-non-accompagnes-portes-disparus-en-europe>, consultado el 15 de noviembre de 2017

<sup>16</sup> COMISION EUROPEA, «Protección de los menores migrantes», *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo*, abril de 2017, p.4.

<sup>17</sup> *Ibid.*

formulan dicha solicitud porque se sienten amenazados en su país de origen y están buscando una protección efectiva que solo puede otorgarse por otro Estado.<sup>18</sup>

En cuanto a la violencia, esta es muy presente en ciertos países como Afganistán e Irak, como se ha visto *supra*, y no hay que olvidar las consecuencias de la Primavera Árabe de 2011; desde estos acontecimientos, los individuos huyen ciertos países del Magreb, donde los conflictos armados siguen siendo muy importantes, lo que hace inestable la vida en dichos países.

El aumento de los conflictos armados en Siria explica también directamente la proporción cada vez más grande de MENA que se refugian en un Estado de la UE. En ese sentido, la Comisión Europea, en una comunicación publicada en 2017, afirma que la mitad de los afectados de la crisis siria son menores<sup>19</sup>.

En otros casos, los MENA persiguen reunirse con familiares que ya están en un Estado de la UE. También, puede que estos niños hayan dejado a su país de origen porque este no le proporcionaba futuro económico. En efecto, la ausencia en países pobres de África de perspectivas no solo económicas, sino también universitarias y profesionales pueden hacer que un menor se vaya para buscar mejores oportunidades en el extranjero.

En el caso de España, llegan ilegalmente menores originarios mayoritariamente del Magreb o de África Sub-Sahara (Senegal, Mali, Guinea, Bissau, Ghana, Camerón, Gambia, Mauritania). La mayoría estos niños dice que busca en España mejores condiciones de vida para asegurarse un futuro estable, lo que es imposible en su país de origen por la ausencia de oportunidades profesionales y escolares<sup>20</sup>. En varios casos, no quieren asegurarse un futuro solamente a ellos, sino que también quieren trabajar para enviar dinero a su familia quedada allí y viviendo en condiciones precarias. La voluntad de estos menores de emigrar también se motiva por otras razones como la posibilidad de aprender y progresar.

---

<sup>18</sup> ACNUR, <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/los-menores-no-acompanados-y-la-proteccion-del-asilo/>; EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Unaccompanied Minors - an EU comparative Study*, 2009. Apartado 4 - Motivations and Circumstances for entering in the EU, p. 21. La solicitud de asilo puede apoyarse en muchas causas como guerras, conflictos civiles, crisis, violencia, tortura, pobreza, catástrofes naturales, persecuciones políticas por razones étnicas, raciales o religiosas...

<sup>19</sup> COMISION EUROPEA, «Protección de los menores migrantes», *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo*, abril de 2017.

<sup>20</sup> EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Unaccompanied Minors - an EU comparative Study*, 2009, p. 24-26.

Otros factores, derivados de obligaciones sociales y culturales del país de origen pueden intensificar la sensación de marginación experimentada por dichos menores, y su deseo de conocer otra vida<sup>21</sup>. Parece útil ilustrar estos datos por el testimonio de un menor de edad tangerino, llamado Mohamed, que con 13 años y después de haber perdido a sus dos padres en un accidente de tráfico, había llegado a España de manera ilegal por el estrecho de Gibraltar, con esperanzas de encontrar algo mejor. Mohamed afirma que “*Sí, sin duda, tras conocer como es España volvería después de que pasaran tres días*”. Otros dos jóvenes dieron la misma respuesta<sup>22</sup>.

Resulta de este análisis de la situación actual de los MENA en la UE que la violencia, la reagrupación familiar y la búsqueda de mejores condiciones económicas son las principales razones que hacen que una proporción cada vez más importante de menores dejan su país de origen para alcanzar un Estado de la UE. Una vez en la UE, estos miles de menores necesitan una protección jurídica rápida, concreta y respetuosa de sus derechos. Ante todo, se trata de menores que se ven abandonados a su suerte y que, por su minoría de edad y su aislamiento, se encuentran en una situación de vulnerabilidad que no puede desatenderse.

---

<sup>21</sup> VOLPICELLI, S., *L'attitude des jeunes au Maroc à l'égard de la migration: entre modernité et tradition*, décembre 2010, Organization Internationale pour les Migrations, pp. 25, 47.

<sup>22</sup> CABRERA MEDINA, J.C., *Acercamiento al Menor Inmigrante Marroquí*, Agosto de 2005, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía (España), pp. 55, 95-97.

---

## 2. LAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES A LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

La categoría de los MENA dentro de la UE no viene regulada como tal por un estatuto jurídico, hay que consultar varios textos de rango normativo distinto para deslindar la protección jurídica otorgada.

Al tratarse de personas especialmente vulnerables debido a su minoría de edad, cabe tener presente que la preocupación jurídica central es que prevalezca su condición de minoría sobre la de inmigrante. En ese sentido, es importante estudiar, en una primera parte, las normas en materia de Derechos del Niño en derecho internacional y en derecho del Consejo de Europa (2.1).

En una segunda parte se destacarán las disposiciones aplicables a los MENA recogidas en distintos textos legales de la UE principalmente dedicados a la inmigración (2.2).

Finalmente, se verá que, ante esta fragmentación de disposiciones, algunas iniciativas legislativas elaboraron textos sin fuerza obligatoria pero integralmente dedicados a la situación de los menores no acompañados (2.3).

### 2.1. La influencia directa del derecho internacional y del derecho del Consejo de Europa en materia de derechos del niño

#### 2.1.1. *La Convención sobre los Derechos del Niño: el interés superior del menor como principio director*

**Observaciones preliminares.** - La protección internacional de los niños se materializó en 1924 con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño adoptada por la Sociedad de las Naciones. Fue el primer texto que reconoció y afirmó la existencia de derechos específicos para los niños<sup>23</sup>. 35 años después, los 78 Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño, que valoró la necesidad de protección especial del niño y la importancia de que tenga más garantías que los mayores de edad.<sup>24</sup> Este texto dio lugar a muchos más en el ámbito internacional, en particular a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en adelante, la Convención). Es el texto que reviste

---

<sup>23</sup> El artículo 2 de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 prevé la acogida y el socorro del “niño huérfano y abandonado”.

<sup>24</sup> Considerando 3 del Preámbulo y Principios 1, 6 y 10 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

mayor importancia en la comunidad internacional en materia de protección de los niños. A día de hoy, 193 Estados han ratificado la Convención, obligándose legalmente a tenerla vigente en su ordenamiento jurídico interno. Este texto establece principios universales mínimos de protección de los niños, entre los cuales destacan unos que tienen especial trascendencia en la situación de un MENA. Dichos principios con especial trascendencia en el presente trabajo se pueden clasificar en cuatro ejes. El primer eje establece la especial vulnerabilidad y la necesidad de protección de los menores **(a)**. El segundo recoge las disposiciones legales que otorgan el derecho a la reagrupación familiar, un derecho relevante en el caso de los MENA dado que, muchas veces, inmigran por este motivo **(b)**. El tercer eje se dedica a la prohibición de discriminación de los menores **(c)** y el cuarto determina los límites a las sanciones penales impuestas a los menores, con especial referencia a la detención **(d)**.

### **a) La especial vulnerabilidad de los menores**

El preámbulo de la Convención subraya por un lado el deseo de proporcionar a cada niño la protección debida y un nivel de vida idóneo para su evolución, y denuncia por otro lado que una parte importante de niños en el mundo vive en condiciones difíciles. Tratándose de niños, sufren una especial vulnerabilidad y necesitan por lo tanto una protección específica y universal<sup>25</sup>.

Además, se recoge el principio del interés superior del niño, que es un principio clave a la hora de legislar sobre la situación de los niños inmigrantes. Significa que, para cualquier decisión o actuación de las autoridades estatales en relación con niños, se respetará primero, y en todo caso, este interés.

Asimismo, se establece que los niños que están privados de su medio familiar necesitan que esta falta de custodia se sustituya por la del Estado en el que se encuentren, que se hace responsable de su protección<sup>26</sup>. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, recuerda también la necesidad de protección de los niños, insistiendo en que dicha protección, además de darse por su familia, tiene que asegurarse también por la sociedad y el Estado.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafos 4, 11 y 13.

<sup>26</sup> Art. 3.1 y 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>27</sup> Art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### **b) El derecho a la reagrupación familiar**

El preámbulo de la Convención da a la familia un papel central, subrayando el hecho de que el niño necesita crecer en un ámbito familiar estable para su buen desarrollo.<sup>28</sup> Entonces, frente a un MENA presente en uno de los Estados partes a la Convención sin sus padres o representantes legales, las autoridades de dicho Estado tienen que tener especial cuidado. En efecto, dado que el menor está sin su familia, ya sufre una desprotección importante. Por ello, las autoridades, aparte de promover el reencuentro del menor con su familia en condiciones seguras, tienen que garantizar los derechos que quedan al menor para que no se encuentre en situación de desprotección total. Concretamente, los Estados Partes garantizan el derecho a la reagrupación familiar, es decir que, en caso de que un niño solicite entrar o salir de un Estado Parte a efectos de la reagrupación familiar, dicha solicitud tendrá que atenderse positivamente por las autoridades estatales, siempre que dicha reagrupación no sea desfavorable para el menor.<sup>29</sup>

### **c) La prohibición de discriminación**

La Convención sienta el principio de no discriminación y no distinción entre los niños. Esto significa que, cuál sea el origen nacional, étnico o social del niño, éste será tratado de manera igual, con el mismo respeto y cuidado<sup>30</sup>. Esta prohibición de discriminación se recoge también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los Estados Partes a dicho Pacto se comprometen en asegurar dicha protección especial a cualquier niño, incluso a los niños inmigrantes irregulares no acompañados<sup>31</sup>. Un niño, que sea nacional del Estado o no, inmigrante regular o irregular, tiene que beneficiarse de la misma protección, que tiene que ser más beneficiosa que la que se otorga a los mayores de edad.

### **d) Los límites a la privación de libertad y las garantías contra la violación de la dignidad**

Lo primero que cabe indicar, aunque parezca evidente, es que la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación para los menores de 18 años<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> §§5, 6 y 7 del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>29</sup> Art. 10.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>30</sup> Art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>31</sup> Art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>32</sup> Art. 37.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a la detención de menores, la Convención no la prohíbe, sino que intenta imponer límites a su utilización: **(i)** la detención no se puede imponer ilegal o arbitrariamente; **(ii)** tiene que utilizarse en último recurso y para el menos tiempo posible. En caso de que proceda la detención de un menor de edad, esta tendrá que realizarse con máximo cuidado. En efecto, según lo exige la Convención, los niños tendrán que estar separados de los adultos detenidos y podrán conservar relaciones con su familia. **(iii)** Finalmente, los niños que se encuentren detenidos tendrán derecho a asistencia letrada y a cualquier otro tipo de asistencia que necesiten<sup>33</sup>. En todo caso, se prohíbe toda forma de tortura o tratamiento inhumano o degradante<sup>34</sup>.

El tema de la detención de menores tiene especial relevancia en el presente trabajo. En efecto, cuando un niño inmigra de manera irregular en un país, y que además no está acompañado por sus padres o representantes legales, la actuación de las autoridades de dicho país frente a esta situación de ilegalidad puede llevar a que decidan detenerlo, como lo harían con cualquier inmigrante irregular. No obstante, como hemos visto, dicha actuación no sería adecuada habida cuenta de las exigencias especiales que hay que respetar en materia de detención de menores.

### ***2.1.2. El derecho del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos***

Sin entrar en el desarrollo del derecho del Consejo de Europa, cabe indicar que los Estados miembros de la UE son también partes del Consejo de Europa. En consecuencia, el derecho desarrollado en dicho ámbito tiene incidencia directa en dichos Estados.

A tal efecto, varias fuentes pueden aplicarse a los MENA: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De igual modo, como veremos (**cf. *Infra*: 2.3.2.**), varios actos legislativos no vinculantes exclusivamente dedicados a los MENA fueron adoptados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y merecen particular atención.

---

<sup>33</sup> Art. 37.b), c) y d) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>34</sup> Art. 37.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

---

## **2.2. La fragmentación de las disposiciones del derecho de la Unión Europea relativas a los menores no acompañados**

**Observaciones preliminares.** - Además de las obligaciones legales internacionales y del Consejo de Europa que acaban de enunciarse, las autoridades estatales dentro de la UE tienen obligaciones adicionales derivadas directamente de textos legislativos comunitarios.

No obstante, no existe, en el marco del derecho de la UE, textos dedicados integralmente a los MENA, sino solamente disposiciones integradas en distintos textos que regulan la inmigración en general. Dichos textos son la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar ; la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular ; la Directiva 2011/36/UE 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 la Directiva 2013/33/UE de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

A estos textos que regulan la inmigración se añaden algunas disposiciones aplicables en materia de derechos del niño: la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Carta Europea de los Derechos del Niño.

Para dar mayor relevancia al tratamiento jurídico que se impone a los MENA en virtud de los textos mencionados, procede insistir en tres aspectos comunes a los textos mencionados. Se estudiará en una primera parte las disposiciones que consideran el interés del menor como una preocupación primordial (2.2.1.), en una segunda parte las disposiciones que otorgan a los menores no acompañados medidas especiales de asistencia (2.2.2.) y finalmente las disposiciones relativas a la posible detención de los MENA (2.2.3.).

### ***2.2.1. La primacía del interés superior del niño en derecho de la Unión Europea***

La necesidad de protección especial de los MENA se materializa sobre todo por el principio del interés superior del niño. Este principio se recoge, primero, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE jurídicamente vinculante desde 2009, que prevé que los niños deben

gozar de una protección y de cuidados necesarios para su bienestar<sup>35</sup>. Por otra parte, cabe citar la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992 que, además de pedir que los Estados miembros en la época ratifiquen la Convención sobre los Derechos del Niño, recoge unos principios fundamentales que hacen efectiva dicha protección especial<sup>36</sup>.

Según la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo, el interés superior del niño implica que tienen que valorarse y respetarse siempre cuatro factores: la reagrupación familiar, el bienestar y desarrollo social del menor, la seguridad y protección del menor, y el respeto de la opinión del menor<sup>37</sup>.

La reagrupación familiar se materializa por la prioridad de la búsqueda de miembros de la familia del menor no acompañado. Cuando un MENA presenta una solicitud de protección internacional, éste tendrá que integrarse en su familia, o subsidiariamente en una familia de acogida u otras estructuras especializadas para menores.<sup>38</sup> Asimismo, cuando un MENA tiene el estatuto de refugiado, podrán reunirse con él, en el Estado miembro donde se encuentre, sus ascendientes o su tutor u otro representante legal<sup>39</sup>. Sin embargo, las disposiciones precitadas se aplican a los menores con el estatuto de refugiado o que solicitan protección internacional. Para los otros, la finalidad de la reagrupación familiar no es que sus familiares vengan al Estado de llegada del menor, sino que el menor se reúna con sus familiares en el Estado de origen.

En cuanto al objetivo de seguridad y protección del menor no acompañado, cabe resaltar que, en el contexto actual, los niños no acompañados están en una situación de especial vulnerabilidad dado que son víctimas fáciles de las redes ilegales de inmigración. Por ello, el Derecho de la UE incita a los Estados miembros a otorgar mayor protección al MENA<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>36</sup> Particularmente, el artículo 6 de la Carta Europea de los Derechos del Niño recoge el principio de no discriminación en función, entre otros, de la nacionalidad del menor.

<sup>37</sup> Art. 23.2 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L 180 de 29.06.2013).

<sup>38</sup> Art. 24 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L 180 de 29.06.2013).

<sup>39</sup> Art. 10.3 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el Derecho a la Reagrupación Familiar, (DOUE L 251 de 3.10.2003).

<sup>40</sup> Considerando (8) de la 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 (DOUE L 101 de 15.04.2011).

Finalmente, cuando un menor no está autorizado a quedarse en el Estado de llegada, la devolución a su país de origen tiene que respetar ciertos mínimos. Las autoridades de los Estados miembros tendrán que tener en cuenta, en todo caso, el interés superior del niño y la vida familiar, es decir que una vez llegado a su país de origen, tendrán que asegurarse que el menor se encuentre bajo la protección de un miembro de su familia u otro representante legal<sup>41</sup>.

### ***2.2.2. El establecimiento de medidas especiales de asistencia a los menores extranjeros no acompañados***

A la llegada de un menor extranjero no acompañado, las autoridades de los Estados miembros tienen que preocuparse e investigar primero para conocer la identidad y el origen del menor así como las razones de su desamparo.

Para garantizar la protección especial del menor, se impone la asistencia de éste por un tutor legal o una organización independiente. Esta asistencia tendrá que acordarse con la especial vulnerabilidad del menor, particularmente cuando ha sido víctima de trata de seres humanos<sup>42</sup> o cuando es solicitante de asilo. Veremos a continuación que esta persona es imprescindible a la hora de representarle en sus peticiones y actuaciones judiciales, o de defensa contra una eventual orden de repatriación. Esta persona tendrá que desempeñar sus obligaciones de acuerdo con el interés superior del menor.

Cabe indicar que la asistencia de los MENA se hace aún más efectiva cuando son solicitantes de asilo. En efecto, los que solicitan asilo tienen más garantías que los mayores de edad, dado que su solicitud tiene que tratarse con urgencia. Asimismo, durante el procedimiento de solicitud de asilo, y al no encontrarse la familia del menor, las autoridades deberán integrarle en una familia de acogida u otros centros especializados para la acogida de menores.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L 348 de 24.12.2008).

<sup>42</sup> Considerandos (22) y (23) y arts. 14.2, 15.2 y 16 de la 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 (DOUE L 101 de 15.04.2011); Art. 24 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L 180 de 29.06.2013).

<sup>43</sup> *Ibid.* (art. 24 de la Directiva 2013/33/UE)

Además, se tendrá que proporcionar al menor asistencia jurídica para garantizar sus intereses en los posibles procedimientos judiciales, particularmente cuando el niño haya sido víctima de trata de seres humanos<sup>44</sup>.

### ***2.2.3. Los límites legales a la detención de los menores extranjeros no acompañados***

En el Derecho de la UE, no se prohíbe la detención de los menores no acompañados, sino que se intenta limitar. En efecto, se autoriza siempre que se utilice como último recurso y que se permita al menor la posibilidad de participar en actividades de ocio, juegos y actividades recreativas. En todo caso, el interés superior del niño tiene que actuar como principio director en cualquier decisión de internamiento.<sup>45</sup>

No obstante, dado que se sigue permitiendo la detención para los menores de edad, abusos de este derecho por las autoridades pueden surgir. Por eso se van reforzando los límites a la detención de menores cuando éstos son solicitantes de asilo. En efecto, siendo el menor de edad una persona vulnerable, la medida de internamiento no sólo tiene que utilizarse como medida de último recurso, sino que, además, se exige que se acredite la imposibilidad de aplicar eficazmente otras medidas alternativas menos coercitivas. En suma, se exige que el internamiento se realice en circunstancias excepcionales, y que se ponga en libertad a los menores internados lo más rápidamente posible, integrándoles en un centro especializado para menores. De todas formas, cuando las autoridades deciden poner al MENA en un centro de internamiento, éste tendrá que ser alojado separadamente de los adultos.

Además, se prohíbe formalmente el internamiento de los MENA en centros penitenciarios. Por lo tanto, esta disposición da un tratamiento específico al menor no acompañado, fomentando la creación de centros adecuados y así respeta más el interés superior del niño. Esta diferencia de actuación hacia los menores es muy importante, dado que, en regla general, en materia de internamiento, cuando el Estado miembro no dispone de un centro de internamiento especializado, las autoridades de dicho Estado pueden integrar al inmigrante

---

<sup>44</sup> Considerando (19) y arts. 13.2, 14 y 16 de la 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 (DOUE L 101 de 15.04.2011).

<sup>45</sup> Art. 17 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L 348 de 24.12.2008).

irregular mayor de edad en un centro penitenciario<sup>46</sup>. No obstante, hay que señalar que se aplican estos límites adicionales siempre que el interesado presente una solicitud de protección internacional en el territorio<sup>47</sup>, lo que no es el caso de todos los MENA.

Finalmente, los límites a la detención de los menores no acompañados vienen reforzados por la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos<sup>48</sup>, que ha estimado en varias sentencias que la violación de las limitaciones a la hora de internar a un menor extranjero no acompañado puede llegar a ser también una violación de la prohibición de pena o trato inhumano o degradante<sup>49</sup>.

### **2.3.La elaboración actos no vinculantes integralmente dedicados a la protección de los menores no acompañados**

Resulta de lo anterior que a los MENA se les aplican dos tipos de textos de forma complementaria: los textos relativos a la protección de los menores, así como los textos relativos a la regulación de la inmigración. Ahora bien, también existen actos legislativos que han sido pensados para dedicarse exclusivamente a la regulación de todos los aspectos inherentes a los MENA. Dichos textos se encuentran tanto en el ámbito del derecho de la UE (2.3.1), como en el ámbito del derecho del Consejo de Europa (2.3.2.) y demuestran la actualización constante de su protección jurídica habida cuenta de la evolución de la situación migratoria.

No obstante, el – desafortunado – punto común de esos actos es su ausencia sistemática de fuerza vinculante para los Estados de la UE y del Consejo de Europa. Sin embargo, todos merecen la debida atención en tanto que se dedican integralmente a una problemática singular, actual y real.

---

<sup>46</sup> Arts. 10 y 11.2 y 11.3 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L 180 de 29.06.2013).

<sup>47</sup> Art. 3 - ámbito de aplicación de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L 180 de 29.06.2013).

<sup>48</sup> Entre otras se destacan las sentencias TEDH, n°13178/03, de 12 de octubre de 2006 (Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica), TEDH, n° 8687/08, de 5 de abril de 2011 (Caso Rahimi c. Grecia).

<sup>49</sup> El art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

### ***2.3.1. Los textos legislativos específicos adoptados en el ámbito del derecho de la Unión Europea***

1.- El primer texto adoptado dentro del derecho de la UE e integralmente dedicado a los MENA es la **Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOUE C 221 de 19.07.1997)**.

La antigüedad de este texto demuestra que la situación de los MENA dentro de la UE es preocupante desde ya por lo menos veinte años. La definición de MENA<sup>50</sup> recogida en este texto es la que guio los actos legislativos posteriores adoptados por la UE y por los Estados miembros así como la actuación de las autoridades nacionales.

Este texto, que se inspira directamente de la Convención sobre los Derechos del Niño y particularmente de los principios de interés superior del menor y de especial vulnerabilidad<sup>51</sup>, constituye la base de la protección jurídica de los MENA dentro de la UE. Su objetivo era establecer directrices para el trato de los MENA respecto a su acogida, permanencia y, en su caso, retorno, así como los trámites aplicables en caso de que fueran solicitantes de asilo<sup>52</sup>.

Respecto a la acogida y permanencia, establece garantías mínimas para todos los menores no acompañados, es decir, que sean solicitantes de asilo o no<sup>53</sup>. En ese sentido, los Estados miembros deberán proporcionarles una protección necesaria y cuidados básicos (en su caso, la atención médica debida), localizar a la mayor brevedad a sus familiares y recabar la información relevante relativa a su identidad, su edad y su situación. En todo caso, la determinación de la minoría de edad se hará de acuerdo con los documentos oficiales entregados por el menor, y sólo cuando no consten dichos documentos, se podrá proceder a una estimación de la edad, pero siempre objetivamente y con el consentimiento del menor o de su representante<sup>54</sup>. Asimismo, habrá que asignarles un tutor legal (organización nacional especializada u otro tipo de representación) que vele por que queden debidamente atendidas sus necesidades de conformidad con su especial vulnerabilidad, particularmente cuando hayan sido víctimas de trata de seres humanos. Finalmente, las autoridades tendrán que asegurarse

---

<sup>50</sup> Art. 1.1 de la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOUE C 221 de 19.07.1997): “*Menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos*”

<sup>51</sup> *Ibid.*, considerandos 4 a 12

<sup>52</sup> *Ibid.*, art. 1.3

<sup>53</sup> *Ibid.*, art. 3

<sup>54</sup> *Ibid.*, arts. 4.2, 4.3 y 4.4

de que tenga acceso a centros de educación general cuando se suponga que vaya a quedarse cierto tiempo<sup>55</sup>.

No obstante, las garantías dedicadas a todos los MENA se ven muy matizadas por el resto de las disposiciones, que establecen un tratamiento desigual en función de que el menor sea solicitante de asilo o no. En ese sentido, la Resolución autoriza expresamente a los Estados miembros a denegar la admisión en la frontera a MENA que no soliciten asilo e incluso les insta a adoptar las medidas necesarias para impedir su entrada<sup>56</sup>. Del mismo modo, dedica una parte importante de las disposiciones al tratamiento exclusivo de los MENA solicitantes de asilo<sup>57</sup>.

En relación con el retorno de los MENA a su país de origen, la Resolución establece las mismas medidas de protección, que sean o no solicitantes de asilo. Dicho retorno será posible siempre y cuando se reúnan en el país de retorno las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, teniendo en cuenta sus necesidades especiales, su edad y su nivel de autonomía<sup>58</sup>.

**2.-** El segundo texto integralmente dedicado a los MENA dentro de la UE fue adoptado más de 10 años después, cuando la situación de dichas personas ya había evolucionado: se trata de la **Resolución de Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea (P7\_TA(2013)0387, 2012/2263(INI))**.

Este texto parece estar más relacionado con la realidad de la situación de los MENA en aquella época dado que su primera consideración es constatar que cada año, millares de MENA llegan solos al territorio europeo o se encuentran solos después de su llegada<sup>59</sup>. Hace especial hincapié en el aumento de esta categoría de migrantes debido a razones diversas (guerras, violencia, violaciones de sus derechos fundamentales, reagrupación familiar, pobreza, hambre, tráfico), y en su situación de vulnerabilidad extrema para concluir que la protección de los MENA constituye una prioridad<sup>60</sup>. En ese sentido, condena las lagunas en materia de protección de menores no acompañados dentro de la UE y la fragmentación de las

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, arts. 3.1 a 3.7

<sup>56</sup> *Ibid.*, art. 2

<sup>57</sup> *Ibid.*, art. 4

<sup>58</sup> *Ibid.*, arts. 5.1 y 5.2

<sup>59</sup> Considerando A de la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea (P7\_TA(2013)0387, 2012/2263(INI)).

<sup>60</sup> *Ibid.*, considerandos (B), (F), (H)

disposiciones de la UE aplicables a los MENA<sup>61</sup> y recuerda el carácter esencial del principio del interés superior del niño, que debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en las actuaciones de los organismos públicos y privados para con los menores no acompañados<sup>62</sup>. Concluye de lo anterior que, en la práctica, las condiciones de acogida de dichas personas son a menudo deplorables y perjudican sus derechos fundamentales<sup>63</sup>.

La resolución solicita a la Comisión que elabore líneas estratégicas encaminadas hacia la adecuada protección del menor desde su llegada al territorio europeo y hasta que se encuentre una solución duradera para él y respetuosa de sus intereses, recordando que en todo caso, no se puede negar a ningún niño el acceso al territorio de la UE<sup>64</sup>. La búsqueda de dicha solución tiene que empezar por el análisis de las posibilidades de reagrupación familiar en el respeto del interés superior del menor<sup>65</sup>.

Insta por otra parte al respeto, por las autoridades de los Estados miembros, de la prohibición de detención de los menores y deplora por esos motivos que la directiva en materia de asilo no prohíba el empleo de dicha medida para los menores de edad<sup>66</sup>. Se pronuncia también sobre las técnicas utilizadas para determinar la edad de los niños en ciertos Estados miembros, tales como la prueba ósea o dental, que califica de intrusiva, traumatizante con un gran margen de error. En ese sentido pide expresamente a la Comisión que establezca normas comunes para la determinación de la edad justa y respetuosa de la integridad física y derechos fundamentales de los niños<sup>67</sup>. Subraya también la importancia de que los MENA estén alojados en centros especializados en la acogida de MENA y, en todo caso, separados de los adultos<sup>68</sup>.

Por otra parte, reitera, en la continuidad de la Resolución de 1997, la obligación de facilitar el acceso a la educación<sup>69</sup>, así como la obligación de nombrar a un tutor para cada MENA que lo acompañe, lo asista y lo represente en todos los procedimientos en el Estado miembro, así como.

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, recomendación 6

<sup>62</sup> *Ibid.*, recomendación 2

<sup>63</sup> *Ibid.*, recomendación 3 y línea estratégica 21

<sup>64</sup> *Ibid.*, líneas estratégicas 11 y 12

<sup>65</sup> *Ibid.*, línea estratégica 24

<sup>66</sup> *Ibid.*, línea estratégica 13

<sup>67</sup> *Ibid.*, línea estratégica 15

<sup>68</sup> *Ibid.*, línea estratégica 18

<sup>69</sup> *Ibid.*, líneas estratégicas 15 y 18

En cuanto al retorno de los MENA a su país de origen, se tiene que comprobar siempre que dicha medida sea segura y respetuosa de sus derechos. A tal efecto, se pide a la Comisión que prevea una cooperación estrecha y mecanismos de supervisión con los países de origen de los MENA en colaboración con las ONG. Si no se reúnen estas condiciones, si el interés superior del menor se ve perjudicado por dicho retorno, los Estados miembros tendrán que permitir que el niño se quede en su territorio<sup>70</sup>.

En conclusión, lo fundamental de este texto es que afirma desde el principio la primacía de la condición de menor sobre la de inmigrante, recordando que un MENA es, ante todo, un niño expuesto a un peligro potencial. En ese sentido deja claro que *“la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, debe ser el principio rector de los Estados miembros”*<sup>71</sup>. Así se aparta de la Recomendación de 1997 que seguía considerando a los MENA como inmigrantes más que niños.

**3.- Paralelamente a los trabajos parlamentarios, la Comisión Europea adoptó unas líneas directrices en el marco del Programa de Estocolmo dedicadas a la protección jurídica de los MENA: se trata del **Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014), comunicado al Parlamento Europeo y al Consejo del 6 de mayo de 2010, Bruselas, (COM(2010)213 final).****

Este Plan, desarrollado entre 2010 y 2014, tenía como objetivo la prevención de la migración insegura y la trata de seres humanos mediante la cooperación con los terceros países y la financiación de programas de sensibilización destinados a menores en situación de riesgo; así como la instauración de programas de protección de los MENA dentro de los terceros países mediante el apoyo a dichos países para que adopten programas específicos de asistencia<sup>72</sup>.

Por otra parte, la Comisión reconoce las lagunas legales importantes en la legislación de la UE aplicable a los MENA, que se encuentra muy fragmentada y que no proporciona los mismos niveles de protección en materia de acogida y asistencia a todos los MENA<sup>73</sup>. Por lo

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, línea estratégica 25

<sup>71</sup> *Ibid.*, recomendación 1

<sup>72</sup> Puntos 1 a 3 de la *Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo del Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*, 6 de mayo de 2010, Bruselas, COM(2010)213 final

<sup>73</sup> Los MENA solicitantes de asilo o víctimas de trata de seres humanos o a los otros gozan de más protección, por ejemplo en materia de derecho a un representante legal.

tanto, la Comisión afirma que la UE tiene que adoptar normas más exigentes de protección de los MENA y que asegurarse de la correcta aplicación de dicha legislación<sup>74</sup>.

En el **Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados, adoptado en Bruselas el 28 de septiembre de 2012**, la Comisión indica que, si bien se puede ver mejoras en la protección de los MENA, se requiere nuevos esfuerzos para garantizar una protección adecuada de forma permanente, dado ya está acreditado que *“la llegada de los menores no constituye un fenómeno temporal, sino una característica crónica de la inmigración a la UE.”*<sup>75</sup>

### ***2.3.2. Los textos específicos adoptados en el ámbito del derecho del Consejo de Europa***

El derecho del Consejo de Europa también se ha interesado desde los años 2010 a la necesidad de protección jurídica específica de los MENA. A tal efecto destacan tres textos legislativos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

**1.- El primer texto relevante en este ámbito es la Resolución 1810 (2011), de 15 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: problemas relacionados con la llegada, estancia y regreso de menores no acompañados en Europa.**

Esta resolución hace hincapié en la necesidad de preocuparse por la problemática de los MENA en Europa, que eran cerca de 100.000 en el momento de la resolución y se afirma que existe un deber específico de protección y asistencia hacia los MENA, cual sea su nacionalidad y su estatuto de inmigrante o de refugiado<sup>76</sup>. Ya avanzaba, como lo hizo el Parlamento Europeo dos años después, que la protección de los niños, y no el control de la inmigración, tiene que ser el principio rector de los Estados hacia los MENA. En tal sentido, los MENA tienen que ser tratados no como migrantes sino como niños de conformidad con el principio del interés superior del niño, y a ningún niño se le puede denegar el acceso al territorio, siendo el objetivo último la búsqueda de una solución duradera para él<sup>77</sup>. Comparte también la posición del Parlamento de la UE en cuanto a la asignación de un tutor, el acceso a

---

<sup>74</sup> Punto 4 de la *Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo del Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*, 6 de mayo de 2010, Bruselas, COM(2010)213 final

<sup>75</sup> Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados, adoptado en Bruselas el 28 de septiembre de 2012, COM(2012) 554 final, conclusiones

<sup>76</sup> Puntos 1 y 2 de la Resolución 1810 (2011), de 15 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: problemas relacionados con la llegada, estancia y regreso de menores no acompañados en Europa.

<sup>77</sup> *Ibid.*, puntos 5.1 a 5.3 y 5.15

la educación y a un alojamiento adecuado, la determinación de la edad y la detención, calificando esta última de medida intolerable<sup>78</sup>.

Finalmente, invita la UE a adoptar una serie de medidas encaminadas a la protección efectiva de los MENA, tales como la adopción de normas jurídicas que cubran las lagunas jurídicas existentes en la materia.<sup>79</sup>

**2.-** Pocos meses después se adoptó un texto en la continuidad del previamente estudiado: la **Recomendación 1985 (2011), de 7 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación.**

El título de esta recomendación da cuenta de la gravedad de la situación de los MENA en situación irregular en Europa. Señala que son personas vulnerables en tres niveles: como migrantes, como personas indocumentadas y como niños<sup>80</sup> y que por ello, necesitan una protección particular. Constata que dicha protección está obstaculizada muy a menudo por barreras administrativas, lingüísticas y judiciales así como por discriminación y falta de información. Determina por lo tanto cinco ámbitos de actuación para los Estados miembros del Consejo de Europa: el derecho a la educación, el derecho a la sanidad, el derecho a un alojamiento, la prohibición de la detención y la lucha contra la explotación laboral.

**3.-** Finalmente, se adoptó muy recientemente otra resolución dedicada a la problemática del estatuto jurídico de los MENA: la **Resolución 2136 (2016), de 13 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Armonizar la protección de los menores no acompañados en Europa.**

Afirma que cerca de 90.000 MENA solicitaron asilo en un país de la UE en 2015, por lo que se supone que, a día de hoy, todos los menores no acompañados dentro de la UE superan los 100.000. La crisis actual de migrantes ha generado más desafíos en materia de protección de niños, especialmente habida cuenta del cierre parcial de las fronteras dentro de Europa o del convenio con Turquía en materia de inmigración.

---

<sup>78</sup> *Ibid.*, puntos 5.5 a 5.13

<sup>79</sup> *Ibid.*, punto 6

<sup>80</sup> Punto 2 de la resolución 2136 (2016), de 13 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Armonizar la protección de los menores no acompañados en Europa.

Recuerda sus resoluciones previas en las que ya expresaba su preocupación por la protección jurídica de los MENA y reitera la importancia de considerar dichas personas ante todo como niños y no como migrantes<sup>81</sup> y por lo tanto de otorgarles una protección específica y adecuada a su condición de persona especialmente vulnerable<sup>82</sup>.

Ruega a los Estados miembros que desarrollen la cooperación internacional entre ellos y con los países de origen, que se aseguren de que los MENA se registren adecuadamente y que sean atendidos por personas especializadas, que les proporcionen un alojamiento seguro y adaptado así como el acceso a la educación y que no recurran a su detención por ser migrante<sup>83</sup>.

Sobre todo, insiste en la importancia de encontrar y aplicar soluciones duraderas para los MENA, y asegurarse de que no se les deneguen la entrada en un Estado miembro, de conformidad con las obligaciones en materia de derechos humanos<sup>84</sup>.

Por lo tanto, los principios aplicables a los MENA resultan de fuentes jurídicas diversas. Por una parte, el derecho internacional en materia de menores tiene fuerza vinculante en los Estados miembros de la UE, ya que ratificaron todos la Convención sobre los Derechos del Niño. De igual modo, las disposiciones legales en el ámbito del derecho del Consejo de Europa se aplican también directamente ya que se ratificaron por la UE.

Por otra parte, se aplica el “derecho propio” de la UE, mediante disposiciones dispersas aplicables a los MENA, que resultan principalmente de directivas en materia de inmigración. Ante esta fragmentación de disposiciones, hubo numerosas iniciativas legislativas encaminadas a instaurar principios comunes y dedicados integralmente a la protección de los MENA, tanto en el ámbito de la UE como del Consejo de Europa. A pesar de que dichas iniciativas no tengan fuerza vinculante, constituyen verdaderas fuentes de interpretación para las instituciones judiciales (CJUE, CEDH, Jurisdicciones nacionales) y administrativas.

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, punto 3

<sup>82</sup> *Ibid.* punto 5

<sup>83</sup> *Ibid.* puntos 8.1 a 8.2.3.

<sup>84</sup> *Ibid.* puntos 8.2.10 y 8.2.11.

### **3. ANÁLISIS PRÁCTICO DEL CUMPLIMIENTO POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE SUS OBLIGACIONES LEGALES: ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA Y FRANCIA**

El cumplimiento por los Estados miembros de sus obligaciones internacionales y europeas se concretiza mediante sistemas internos de protección. Particularmente, en Francia y en España se aplican protocolos enteramente dedicados a la protección y al régimen jurídico de los MENA<sup>85</sup>. Entre las disposiciones de estos protocolos se nota el deseo de respetar el interés superior del niño, mediante una protección efectiva, que se concretiza por el nombramiento de un tutor que asegure la representación del niño en los procedimientos judiciales y administrativos<sup>86</sup>, y por la acogida de dichos menores en un centro dedicado al cuidado y a la protección de los niños<sup>87</sup>. Esta parte analiza sobre todo las prácticas de los Estados miembros que plantean problemas respecto de las obligaciones internacionales y europeas ya vistas. El análisis se realiza mediante tres ejes problemáticos, partiendo primero de la presunción de mayoría de edad ejercida por las administraciones (3.1), señalando luego las prácticas que desatienden la situación de desamparo del menor (3.2), y acabando por la aplicación de la detención como medida ordinaria en perjuicio del derecho internacional y europeo (3.3).

#### **3.1. La problemática presunción de mayoría de edad hacia los menores extranjeros no acompañados**

La mayoría de los Estados miembros apuestan por una determinación de la edad del menor mediante el análisis de los documentos de identificación que ellos presentan, cumpliendo con las obligaciones europeas relativas a esta cuestión. Sólo cuando dichos documentos no permiten determinar la minoría del individuo, y que su edad no se puede determinar mediante otro medio, las autoridades tienen derecho a pedir una prueba médica<sup>88</sup>, que se caracteriza por

---

<sup>85</sup> En Francia, el protocolo se ha desarrollado por las “Circulaires” du 31 de mayo de 2013 y 1 de noviembre de 2016 y la Ley de 14 de mayo de 2016 relativa a la protección de menores y su normativa de desarrollo. En España, el protocolo se ha adoptado mediante la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaria, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, BOE-A-2014-10515, 16 de octubre de 2014.

<sup>86</sup> En Francia dicho tutor se llama administrador ad hoc y es de relevancia importante sobre todo para elegir un abogado que represente los intereses jurídicos del menor en un eventual procedimiento judicial.

<sup>87</sup> Particularmente, París está planeando la elaboración de centros de acogida de los menores extranjeros no acompañados, con el fin de proporcionarles la ayuda y la asistencia debida. A este efecto, PETIT, T., “Paris va créer des structures d’accueil pour les mineurs étrangers isolés”, Le Monde, 26 de enero de 2015: [http://www.lemonde.fr/immigration-et-diversite/article/2015/01/26/paris-va-creer-des-structures-d-accueil-pour-les-mineurs-etrangers-isoles\\_4563810\\_1654200.html](http://www.lemonde.fr/immigration-et-diversite/article/2015/01/26/paris-va-creer-des-structures-d-accueil-pour-les-mineurs-etrangers-isoles_4563810_1654200.html), consultados el 21.10.2017.

<sup>88</sup> Artículo 388 del código civil francés

un análisis de radiografías de los huesos y de los dientes. Para llevar a cabo esta prueba, es indispensable el consentimiento del menor o de su representante legal<sup>89</sup>. Las reservas en cuanto a esta prueba se explican por su falta de fiabilidad, dado que tienen un margen de error de dos años más arriba o abajo.<sup>90</sup> Por lo tanto, un menor que realmente tiene 16 años puede parecer tener 18 años con la prueba y por ello quedar excluido de la protección otorgada a los menores.

Ahora bien, el respeto de esta limitación es bastante escaso en los Estados miembros. En efecto, en España ha establecido una presunción de mayoría cuando el individuo se niega a prestar su consentimiento para realizar la prueba ósea<sup>91</sup>. Las autoridades responsables de los menores no acompañados practican casi sistemáticamente esta prueba, hasta tal punto que ya no se considera como la excepción, sino como la regla general, permitiéndose a pesar de que los menores cuenten con un documento de identidad<sup>92</sup>. En el caso de Francia, las autoridades deciden practicar dichas pruebas en los menores presentes en las zonas de tránsito, a veces antes de asignarles un administrador ad hoc, privándoles de la asistencia y protección debida.<sup>93</sup> Peor aún, es muy frecuente que dichas pruebas se practiquen más de una vez en el mismo menor, mientras que está prohibido legalmente<sup>94</sup>. En realidad, el recurso a dichas técnicas médicas resulta cada vez más fácil dado que las autoridades judiciales y administrativas de los Estados miembros descartan fácilmente los documentos oficiales de identidad que presentan los MENA, bien porque están sépticos en cuanto a la veracidad del documento o no consiguen establecer la regularidad del documento establecido en el extranjero, bien porque estiman que no está probado que el documento corresponda a la persona que lo presente<sup>95</sup>. Así, es fácil de convertir dichos menores en menores indocumentados para justificar la prueba ósea.

---

<sup>89</sup> La resolución española de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría., el art. 35.3 LOEX, el art. 388 del código civil francés y la circular francesa de 28 de junio de 2013 se pronuncian en este sentido.

<sup>90</sup> CAVA DE LLANO Y CARRIÓ, M. L. (Defensora del pueblo), *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, 2011.

<sup>91</sup> Apartado 5.2.C) de la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría.

<sup>92</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, 26 juin 2014, JORF n°0156, pp. 3-5; Sentencia 452/2014 del Tribunal Supremo (sala de lo civil), de 24 de septiembre de 2014.

<sup>93</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, "Francia: menores no acompañados son detenidos en las fronteras", 8 de abril de 2014: <http://www.hrw.org/fr/news/2014/04/08/france-les-mineurs-non-accompagnes-se-retrouvent-bloques-aux-frontieres>;

<sup>94</sup> Apartado quinto de la Resolución española de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría.; COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, 26 juin 2014, JORF n°0156, pp. 3-5.

<sup>95</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, 26 juin 2014, JORF n°0156; LILLO, M., "La Administración viola los derechos de los menores no acompañados", *El País*, 30 de abril de 2014:

Como consecuencia, los menores de edad se consideran frecuentemente y de forma errónea como mayores de edad. Implica que no pueden beneficiarse de los servicios de protección infantil y que se consideran como infractores de las leyes de extranjería de los Estados miembros que puede sufrir una decisión de expulsión en cualquier momento. No obstante, procede citar la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de septiembre de 2014, por la cual se estima el recurso de un menor extranjero no acompañado que había experimentado una prueba ósea mientras que poseía un pasaporte oficial emitido en su país de origen, que acreditaba su minoría de edad con fecha de nacimiento. Para justificar el recurso a la prueba ósea, la sentencia recurrida estimaba que “el pasaporte no tiene como función reflejar o documentar la fecha de nacimiento de una persona, sino que tiene la virtualidad de documentar a una persona como nacional de un determinado Estado”. La Audiencia Provincial revoca dicha sentencia, de mismo modo que el Tribunal Supremo. En efecto, tras reconocer la validez internacional de los pasaportes y dado que el que presentó el menor acreditaba su minoría, y que no se discutía la validez de dicho documento, no había por qué proceder a una prueba ósea. Por lo tanto, y de acuerdo con el principio según el cual el interés superior del menor tiene que superar cualquier otra consideración en las actuaciones de las administraciones públicas, el Tribunal Supremo ha prohibido el uso sistemático de la prueba ósea para todos los inmigrantes menores de edad no acompañados<sup>96</sup>.

Lamentablemente, la jurisprudencia francesa parece apostar por la solución opuesta: en presencia de MENA provistos de documentos de identidad de su país de origen acreditando su minoría de edad, la *Cour de cassation* (equivalente francés del Tribunal Supremo) ha ratificado en varias ocasiones decisiones de la administración que consideran al individuo como mayor de edad por el resultado de la prueba ósea practicada. A título de ejemplo se puede citar dos sentencias dictadas el 4 de enero de 2017<sup>97</sup>. En las dos decisiones, los migrantes reivindicaban su minoría de edad aportando documentos oficiales de su Estado de origen (un extracto de Estado civil en un caso, la copia integral del acta de nacimiento en el otro). En ambos casos, la fiscalía pidió la práctica de una prueba ósea, vulnerando las disposiciones legales que prohíben dicha prueba si existen documentos oficiales acreditando la minoría de edad. El resultado de las pruebas determinó que los individuos eran mayores de edad.

---

[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/30/actualidad/1398866540\\_193598.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/30/actualidad/1398866540_193598.html), consultado el 25 de octubre de 2017.

<sup>96</sup> Sentencia 452/2014 del Tribunal Supremo (sala de lo civil), de 24 de septiembre de 2014.

<sup>97</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2017, n° 15-18468 y 15-18469

Por lo tanto, existe una presunción de mayoría muy fuerte en Francia que se opone totalmente a los principios internacionales e internos en materia de derechos del niño. En el caso de España, dicha presunción se vuelve cada vez más débil, tal y como lo acreditan la sentencia previamente mencionada, así como una Recomendación dictada el 17 de julio de 2017 por el Defensor del Pueblo<sup>98</sup>: habida cuenta del aumento de refugiados en España esos últimos años, el Defensor del Pueblo ha ido hasta solicitar la aplicación de una presunción de minoría de edad para todos los solicitantes de asilo que dicen ser menores de edad. Dicta dicha recomendación en reacción a varias quejas presentadas por solicitantes de asilo que llegaron al aeropuerto de Madrid-Barajas manifestando ser menores de edad sin que las autoridades españolas (la Fiscalía) dieran credibilidad a dicha manifestación. En consecuencia, tuvieron que formar una solicitud de asilo como adultos, sin acceder a la protección reforzada en materia de menores. En base a las disposiciones del derecho de la UE en materia de MENA, y habida cuenta de las últimas cifras relativas a la inmigración de MENA publicadas por Eurostat, el Defensor del Pueblo recomendó que se impartieran instrucciones *“para que se aplique la presunción de minoría de edad en las solicitudes de protección internacional en aeropuertos, de personas cuya minoría de edad pueda resultar dudosa. La presunción de minoría de edad deberá mantenerse durante las entrevistas de protección internacional que se realicen en el aeropuerto”*. A pesar de que dicha recomendación tenga alcance limitado a los MENA que presenten una solicitud de asilo, es alentador constatar que, en España, la presunción de mayoría se está desvaneciendo en beneficio de una presunción de minoría.

El *Defenseur des Droits* en Francia ya ha condenado la presunción de mayoría<sup>99</sup> y ha reiterado hace poco el carácter subsidiario de la prueba ósea, indicando que *“la determinación de la edad por la prueba ósea, discutida habida cuenta de su poca fiabilidad, se puede practicar siempre y cuando el menor no disponga de documento válido o que dicho documento acredite una edad cuya realidad es dudosa”*<sup>100</sup>.

Por otra parte, en su informe anual sobre los derechos de los menores, reitera la importancia que exista una presunción de minoría hacia los MENA, que supondría que los menores fueran considerados primero como niños desprotegidos y sometidos por tanto a las disposiciones

---

<sup>98</sup> Defensor del Pueblo, Recomendación del 17 de julio de 2017, Queja n°17008492

<sup>99</sup> Décision du Défenseur des droits n° MDE-2013-200, de 14 de octubre de 2013, relative au jugement en assistance éducative prononçant la mainlevée de placement d'un jeune isolé étranger auprès des services du conseil général.

<sup>100</sup> Défenseur des Droits, Décision n°2017-158 du 3 mai 2017

aplicables en materia de derechos del niño. Deplora que en Francia no se respeta dicha presunción durante las etapas de evaluación y atención de los MENA. En efecto, señala haber constatado, en varias ocasiones, un desfase entre la calidad de minoría caracterizada, y la decisión final de los Servicios de la Infancia denegatoria y no motivada<sup>101</sup>.

### **3.2. La negligencia de la situación de desamparo del menor: entre prioridad de retorno y rechazo por los servicios de protección**

De manera general, los Estados miembros actúan con la prioridad de encontrar a familiares en el país de origen del menor y de garantizar la seguridad de su retorno de acuerdo con su interés superior, cuando éste no necesita protección internacional<sup>102</sup>. Esta política de retorno con garantías se asume de forma más o menos intensa en los Estados miembros. Actualmente, el derecho francés parece apostar por la permanencia del menor extranjero no acompañando en su territorio, pero resulta que en la práctica casi la mitad de los menores no acompañados son expulsados del territorio poco tiempo después de haber llegado, desconociéndose las garantías de retorno<sup>103</sup>. Otros Estados como España parecen favorecer que el menor sea repatriado, y eso, aunque no se encuentren a familiares allí, dado que según la ley interna basta que estén entregados a un organismo competente en el país de origen.<sup>104</sup> Por cierto, las disposiciones españolas permiten esta actuación siempre que se respete el interés superior del menor y que se cumplan determinadas condiciones, prestando particular atención por las razones que han hecho que haya huido de su país. No obstante, esta posibilidad de retorno puede implicar abusos por parte de las Administraciones públicas, que pueden decidir el retorno de éste desde que hayan encontrado a su familia sin preocuparse por los intereses del

---

<sup>101</sup> Défenseur des droits, Rapport Droits de l'Enfant en 2017, Au miroir de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, pp.36 a 39

<sup>102</sup> DELBOS L. (coordinador), BENASSI E., CARLIER M., DONATO M., GALLARDO A., MARTIN P., PALMIERI N., POULOU M., *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union Européenne, étude comparative et perspectives d'harmonisation*, Rapport final, décembre 2010, París (Francia). Estas garantías de retorno las aplican, entre otros, Francia, Italia, España, Suecia, y Reino Unido. Grecia no prevé ningún procedimiento especial para el retorno del menor. Por lo tanto, se le aplica el mismo régimen que los inmigrantes irregulares adultos: pueden ser expulsados de manera forzada sin mas garantías de retorno, lo que justifica que se detengan en centro para inmigrantes.

<sup>103</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, "Francia: menores no acompañados son detenidos en las fronteras", 8 de abril de 2014. Según la oficina del Défenseur des droits, del 30% al 40% de los menores no acompañados llegados al aeropuerto de Roissy Charles-de-Gaulle se han devuelto a su país de origen: <http://www.hrw.org/fr/news/2014/04/08/france-les-mineurs-non-accompagnes-se-retrouvent-bloques-aux-frontieres>;

<sup>104</sup> Art. 35.3 LOEX; Considerando quinto de la Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría.

niño y la vida que tendría allí.<sup>105</sup> Además, en la jurisprudencia existen muchos supuestos de negligencia por parte de la Administración, que a veces ni siquiera intentan localizar a la familia antes de repatriar al menor.<sup>106</sup>

Por otra parte, en Francia, los servicios de protección infantil suelen excluir a los menores de entre 16 y 18 años, considerándose que sólo los menores de 16 años pueden gozar de una protección efectiva mediante un alojamiento y una atención específica. De igual forma, se suele excluir de los servicios de protección a los menores titulares de documentos de identidad cuya validez es cuestionada. Asimismo, se constata una insuficiencia de los medios de alojamiento con respecto al número creciente de menores no acompañados que llegan a Francia. En concreto, muchos de ellos se ven obligados a esperar cada noche que se les atribuyan un alojamiento; siendo éstos insuficientes, parte de ellos tienen que dormir en la calle. Estas exclusiones son infundadas y perjudican el derecho fundamental del menor a una protección debida por parte de las autoridades<sup>107</sup>. No obstante, el Conseil d'Etat (Órgano de casación administrativo francés) admite desde hace poco los recursos contra dichas decisiones discriminatorias<sup>108</sup>.

Francia se ha visto obligada a reformar urgentemente las medidas en materia de acogida de menores no acompañados después del desmantelamiento del campamento de Calais, habida cuenta del número importante de MENA que vivía allí. Al tal efecto adoptó un texto legislativo el 1 de noviembre de 2016<sup>109</sup> destinado a la creación de centros temporales para la acogida y la atención de los MENA. Dichos centros pueden acoger a los MENA por una duración de hasta tres meses y tiene como misión repartirles entre los servicios comunes

---

<sup>105</sup> LÓPEZ AZCONA, A., *Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados*, febrero de 2008, Universidad de Zaragoza, Zaragoza (España), pp. 17-27; TRINIDAD NUÑEZ, P., “ Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados ”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y el 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, abril de 2009, coordinado por Emilio Gonzalez Bou, Natacha Gonzalez Viada, Francisco Aldecoa Luzzaraga (dir.), Joaquín Joan Forner i Delaygua (dir.), 1010, España, pp. 239-274.

<sup>106</sup> Entre otras, sentencia 296/06 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huesca, de 13 de octubre de 2006; sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid, de 1 de mayo de 2007; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 31 de julio de 2007.

<sup>107</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, 26 juin 2014, JORF n°0156, pp. 9-11; MUIZNIEKS N., Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Rapport suite à sa visite en France du 22 au 26 septembre 2014*, Strasbourg, 7 février 2015, pp. 19-23; Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>108</sup> Conseil d'État, 12 mars 2014, A. no 375956.

<sup>109</sup> Circulaire du 1er novembre 2016 de Monsieur le garde des sceaux, ministre de la justice, relative à la mise en œuvre exceptionnelle d'un dispositif national d'orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais, NOR : JUSD1631761C

dedicados a la protección de la infancia o autorizar su salida hacia Reino Unido. Lamentablemente, el alcance de dichas medidas excepcionales ha sido muy limitado y no ha dado ningún resultado satisfactorio en relación con la acogida de menores. De hecho, el *Defenseur des Droits* ha deplorado de nuevo hace poco las condiciones inhumanas de vida de los MENA en el norte de Francia<sup>110</sup>. En efecto, aunque haya desaparecido el campamento, sus habitantes – entre ellos, más de cien MENA – siguen en el mismo lugar, en situación de desamparo total. Ya que los servicios públicos ya no permiten ninguna construcción de “*puntos de instalación*”, los menores se ven forzados a dormir en el suelo, sufriendo las condiciones climáticas difíciles. Ya no tienen acceso al agua y su supervivencia depende de las iniciativas de las asociaciones de defensa de derechos humanos que actúan sin mandato del Estado. Peor aún, dicha situación se ve agravada por la actuación de las fuerzas de policía, que destruyen todo lo que encuentren en el antiguo campamento para impedir una nueva instalación y que utilizan gases lacrimógenos en los menores y sus pertenencias. En su informe, el *Defenseur des Droits* concluye sobre esta situación calificando la actuación de los poderes públicos de vulneración del derecho a la vivienda, del derecho a la integridad física y del derecho a vivir en condiciones decentes. Insta las autoridades públicas a que proporcionen un acceso perenne al agua, una repartición de la comida en condiciones dignas, así como la acogida y protección de menores en locales especializados.

### **3.3. El recurso ordinario a la detención de los menores extranjeros no acompañados en perjuicio del interés superior del niño**

En los Estados miembros se tiende a recurrir con demasiada facilidad a la detención de los MENA, desconociendo las restricciones de las disposiciones europeas e internacionales. Una vez llegados a Francia, los MENA se encuentran detenidos en un sitio establecido a proximidad de una frontera marítima o aeroportuaria llamado zona de tránsito, dónde se comprueba que cumplan con los requisitos para quedarse en el territorio, o si tienen que ser expulsados.

Es importante señalar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos atribuye a estas medidas el carácter de privativas de libertad asimilables a la detención<sup>111</sup>. A partir del 2006, dicho Tribunal ha sentado una regla según la cual la manera de detener a

---

<sup>110</sup> Défenseur des Droits, décision n°2017-206, de 21 de junio de 2017

<sup>111</sup> TEDH, n° 19776/92, de 25 de junio de 1996 (Caso Amuur c. Francia), §49; jurisprudencia seguida por el Tribunal de Casación francés con una Sentencia de 25 de marzo de 2009, n° 08-14125.

menores no acompañados puede constituir una pena o trato inhumano o degradante del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En concreto, cuando en un Estado miembro (en concreto Bélgica) se detiene a una niña extranjera no acompañada de cinco años junto con adultos en condiciones deplorables<sup>112</sup>, o cuando se interna a un menor (por las autoridades griegas) en condiciones “horribles y espantosas” sin ninguna medida asistencial<sup>113</sup>, el Tribunal estimó que, a la luz de los arts. 3.1 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se había infringido el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el primer caso, las autoridades habían hecho prevalecer la condición de inmigrante de la niña sobre su condición de menor, desconociendo totalmente su extrema vulnerabilidad. En el segundo, se le había comunicado al menor su detención a través de un idioma que no entendía, impidiéndole defenderse o emitir cualquier observación. Por otra parte, no tuvo derecho a tener ni un tutor ni un abogado, por lo cual todas las obligaciones del Derecho internacional y europeo en este sentido habían sido desconocidas por las autoridades griegas. En ambos casos, se había ordenado la expulsión de los niños sin más garantías, denotándose una gran falta de humanidad<sup>114</sup>.

Por su parte, Francia sigue deteniendo a menores no acompañados en las zonas de tránsito, recurriendo a un truco legal consistiendo en considerar que dichas zonas de tránsito no forman parte del territorio francés y que por lo tanto los niños no pueden beneficiarse de las garantías legales otorgadas a los menores que están “de derecho” en Francia.<sup>115</sup> Además, de conformidad con las obligaciones europeas, se ha construido en el Aeropuerto de Roissy Charles-de-Gaulle un espacio reservado al alojamiento de los menores no acompañados, pero su tamaño pequeño no permite alojar a todos los menores, que se encuentran entonces a menudo detenidos junto con adultos<sup>116</sup>. Como consecuencia, ciertos menores han sido víctimas de agresiones sexuales<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> STEDH, n° 13178/03, de 12 de octubre de 2006 (Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica).

<sup>113</sup> STEDH, n° 8687/08, de 5 de abril de 2011 (Caso Rahimi c. Grecia).

<sup>114</sup> STEDH, n° 13178/03, de 12 de octubre de 2006 (Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica), §§ 67-69; STEDH, n° 8687/08, de 5 de abril de 2011 (Caso Rahimi c. Grecia), §§ 92, 94, 95, 120-121; LÓPEZ ULLA, J.M., “La detención de menores no acompañados en el marco de la Unión Europea”, *El tiempo de los derechos* (HURI-AGE), ISSN: 1989-8797, n° 11, 2013, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid (España); LÓPEZ ULLA, J.M., “Alcance del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado - La obligación positiva de no dejarle en desamparo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 32, 2013, España, pp. 481-497.

<sup>115</sup> Práctica condenada por el Tribunal de Casación francés, 25 de marzo de 2009, n° 08-14125.

<sup>116</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, “Francia: menores no acompañados son detenidos en las fronteras”, 8 de abril de 2014: <http://www.hrw.org/fr/news/2014/04/08/france-les-mineurs-non-accompagnes-se-retrouvent-bloques-aux-frontieres>;

<sup>117</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, *Perdus en zone d'attente, protection insuffisante des mineurs étrangers isolés à l'aéroport Roissy Charles de Gaulle*, 2009, pp. 23-27.

Es importante citar la reciente decisión del *Defenseur des Droits* del 26 de junio de 2017 en relación con la detención de dos menores en zona de tránsito en Roissy Charles-de-Gaulle<sup>118</sup>: una de nacionalidad francesa y de origen camerunesa, de 6 años; otra, de 3 años, nacional de Côte d'Ivoire. Las dos menores fueron detenidas en zona de tránsito porque las autoridades migratorias sospechaban una usurpación de los documentos de identidad presentados. Se mantuvieron en la zona de tránsito durante 5 días, junto con adultos, en los locales viejos y estrechos de la Policía en la Terminal 1, hasta que un juez autorizara su liberación. Las investigaciones llevadas a cabo por la Policía de las Fronteras concluyeron que las sospechas sobre los documentos presentados no se podían justificar por elementos objetivos y factuales, por lo que la medida de detención no era justificada en ninguna de las dos. Basándose en los artículos 3 (interés superior del menor) y 37 (prohibición de detención) de la Convención Internacional para los Derechos del Niño, el *Defenseur des Droits* ha recordado su fuerte oposición a la detención de menores en las zonas de tránsito (autorizada por las disposiciones aplicables en materia de asilo), alegando que, en todo caso, dicha medida tiene que utilizarse como último recurso, por el menor tiempo posible y poder justificarse por elementos objetivos. Recomienda asimismo a las autoridades fronterizas que instalen un espacio dedicado a los menores, para que puedan esperar en condiciones dignas y separados de los adultos.

En España también se denota casos de detención de MENA. Se puede citar el comunicado de prensa del Defensor del Pueblo del 2 de noviembre de 2017<sup>119</sup> que indica haber pedido a la Fiscalía General del Estado una explicación sobre la situación de varios MENA detenidos desde hace unas semanas en las dependencias de la Fiscalía de Menores de Barcelona, algunos incluso en un calabozo. Según la asociación que denunció esta situación, los menores no se hubieran podido trasladar a los servicios de protección de menores, al no existir plazas vacantes en los centros de acogida.

La actuación de las autoridades en Francia y España desconoce entonces las disposiciones europeas, al recurrir a la detención de los niños de forma ordinaria y no excepcional, y al detenerles junto con adultos.

---

<sup>118</sup> Défenseur des Droits, Décision n°2017-144, de 26 de junio de 2017

<sup>119</sup> <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/menores-extranjeros-no-acompanados/>, consultado el 15 de noviembre de 2017

Por lo tanto, se nota por parte de los Estados miembros un incumplimiento importante de sus obligaciones en materia de protección de MENA. Tanto en Francia como en España – aunque este último haya mejorado este punto –, se nota que las autoridades tienden a presumir que el individuo es mayor de edad mientras que los principios internacionales y de la UE prevén que en caso de duda sobre la edad del individuo, tiene que existir una presunción de minoría. Se constata también el incumplimiento repetido de las obligaciones en materia de atención y acogida de MENA en ambos países, lo que empeora su situación de desamparo. Se nota sobre todo un uso abusivo de la medida de detención, y la falta sistemática de las garantías debidas en este contexto, particularmente la asignación de un tutor independiente y de un abogado, la comunicación con el menor en un idioma que entienda, el respeto de condiciones adecuadas con la edad del menor y de la obligación de separarlo de los mayores de edad. Por ello existen lagunas de medidas eficientes para garantizar los derechos reconocidos en los textos internacionales y europeos, y como consecuencia los Estados miembros han convertido en la práctica la detención de dichos individuos en una medida habitual y no excepcional, olvidándose del interés superior del niño y haciendo prevalecer su condición de inmigrante<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Entre otras, STEDH, nº 39472/07 y 39474/07, de 19 de abril de 2012 (Caso Popov c. Francia), y STEDH, nº 15297/09, de 13 de marzo de 2012 (Caso Kanagaratnam y otros c. Bélgica), recuerdan que la calidad de menor tiene que prevalecer en todo caso sobre la de inmigrante.

#### 4. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

**Consideraciones preliminares.-** Como lo ha afirmado la Comisión, *“la llegada de los menores no constituye un fenómeno temporal, sino una característica crónica de la inmigración a la UE”*. Dicho fenómeno migratorio tiene por tanto vocación a inscribirse en el futuro. Es entonces imprescindible el impulso político de soluciones legales duraderas y respetuosas de los derechos del niño<sup>121</sup>, sobre todo habida cuenta del reciente y repentino aumento de las llegadas de los MENA a la UE en los últimos años.

En su reciente informe, la Comisión Europea reconoce los avances en materia del marco jurídico de protección de los MENA, a través de los protocolos nacionales y comunitarios, en particular el Plan de acción sobre menores no acompañados llevado a cabo por la Comisión Europea entre 2010 y 2014. No obstante, insiste en la necesidad de que se lleven a cabo *“más mejoras tangibles en la protección de todos los menores migrantes con el fin de hacer frente adecuadamente a los actuales retos”*<sup>122</sup>.

A tal efecto, es importante seguir desarrollando de forma concertada y coordinada las medidas adoptadas en materia de MENA tanto al nivel de la UE como a escala nacional, sobre todo habida cuenta de los abusos que se siguen constatando en los Estados miembros. En efecto, en ambos territorios, destaca una negligencia de la especial vulnerabilidad del niño en la actitud de las autoridades estatales, que tienden a olvidar que son niños antes que inmigrantes irregulares. Sobre todo, en materia de detención, se nota un recurso casi sistemático en varios Estados miembros a dicha medida, mientras que tiene que ser excepcional dado su carácter inadecuado para los menores de edad. Dicha desorganización se puede explicar por el aumento drástico de los MENA, que pone de manifiesto las carencias y las deficiencias en la protección de todos los MENA<sup>123</sup>. Por ello, las medidas adoptadas tienen que aplicarse de manera más eficaz y sobre todo lo antes posible<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> COMISIÓN EUROPEA, Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados, adoptado en Bruselas el 28 de septiembre de 2012, COM(2012) 554 final, conclusiones

<sup>122</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Protección de los menores migrantes», *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo*, abril de 2017.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 3

<sup>124</sup> *Ibid.*, p.3

Una protección efectiva se podría alcanzar siguiendo siempre los mismos enfoques: por una parte, el principio del interés superior tiene que ser la consideración primordial de todas las decisiones relativas a los MENA (4.1.). Por otra parte, las garantías resultantes de dicha consideración tienen que ser efectivas incluso antes de la llegada de los MENA a la UE mediante el refuerzo de la cooperación entre la UE y los Estados terceros para alcanzar una protección efectiva en el País de origen y en las rutas migratorias (4.2.). Finalmente, y desde la llegada del MENA a la UE, las garantías debidas tienen que manifestarse a través del respeto de sus derechos como niños y de una prioridad en el tratamiento de su situación (4.3.)

#### **4.1. La prevalencia de la condición de menor sobre la de inmigrante: la supremacía del interés superior del menor en cada decisión**

El principio del interés superior del niño tiene que ser la consideración prioritaria en todas las actuaciones o decisiones que afectan a los MENA. Lamentablemente, de momento, en las legislaciones internas no existen disposiciones dedicadas a la identificación y aplicación de dicha consideración, y las administraciones siguen tomando decisiones sin tenerla en cuenta<sup>125</sup>.

Por otra parte, una actuación eficaz promoviendo el interés superior del niño sólo puede materializarse mediante un programa coherente común, mediante instrumentos legislativos uniformizados y no disparos como lo es actualmente<sup>126</sup>.

No obstante, si bien hace falta dichos instrumentos especializados, tampoco significa que se tenga que derogar a las disposiciones comunes en materia de derechos del niño, dado que eso incluiría el riesgo de que los MENA se vean considerados como extranjeros más que como niños<sup>127</sup>. En suma, la protección jurídica de los MENA es una cuestión de aplicación de la legislación internacional de derechos humanos relativa a los derechos del menor<sup>128</sup>.

Por lo tanto, la UE tiene que ser capaz de cumplir con estas necesidades, y elaborar instrumentos legislativos vinculantes uniformizados que garanticen la plena aplicación de los

---

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 15

<sup>126</sup> Recomendación 6 de la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, P7\_TA(2013)0387 (2012/2263(INI)).

<sup>127</sup> Défenseur des droits, Rapport Droits de l'Enfant en 2017, Au miroir de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, pp.36 a 39

<sup>128</sup> COMISION EUROPEA, «Protección de los menores migrantes», *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo*, abril de 2017, p.2

Derechos del niño y que conlleven garantías procesales adicionales, habida cuenta del impacto importante que cada decisión puede tener sobre el futuro del menor<sup>129</sup>.

Se reitera la necesidad inaplazable de que el MENA sea tratado ante todo como un niño, *“independientemente de su estatuto de inmigrante, su nacionalidad o sus orígenes”*<sup>130</sup>. Por lo tanto, cualquier MENA que entra en la UE, independientemente de la irregularidad de su situación y de su motivo para inmigrar, debe tener derecho a una protección especial y distinta de los inmigrantes irregulares mayores de edad. En efecto, hay que emitir algunas reservas en cuanto al tratamiento jurídico y práctico por la UE, dado que la protección especial otorgada en la actualidad exige en la mayoría de los casos que el menor sea solicitante de asilo o refugiado, o que acredite ser víctima de trata de humanos, de crimen, de abandono o negligencia.

Es muy importante entender que la vulnerabilidad no se vincula tanto a las persecuciones que han potencialmente sufrido, sino que es intrínseca a la minoría de edad del individuo y a su aislamiento. Es decir que un menor no acompañado que no cumple con los requisitos del asilo o de refugio y que no ha sido víctima de trata o abusos, también necesita protección y asistencia adecuada, porque es ante todo una persona menor de edad y no acompañada.<sup>131</sup> Por lo tanto, la protección de la infancia tiene que superar en todo caso las políticas migratorias en el tratamiento jurídico y práctico de dichos niños<sup>132</sup>.

En suma, de conformidad con lo que afirmó recientemente el Consejo de la Unión Europea en sus Conclusiones sobre la promoción y protección de los derechos del menor<sup>133</sup>, es indispensable *“proteger a todos los menores refugiados y migrantes [no acompañados], independientemente de su estatuto, así como dar prioridad en todo momento al interés superior de los menores (...) cumpliendo íntegramente con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos”*.

---

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 16

<sup>130</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo del Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*, 6 de mayo de 2010, Bruselas, COM(2010)213 final.

<sup>131</sup> COMISIÓN EUROPEA, Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados, adoptado en Bruselas el 28 de septiembre de 2012, COM(2012) 554 final, conclusiones

<sup>132</sup> Recomendaciones 1 y 2 de la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, P7\_TA(2013)0387 (2012/2263(INI)).

<sup>133</sup> Conclusiones del Consejo sobre la promoción y protección de los derechos del menor, 3 de abril de 2017, 7775/17

## 4.2. El refuerzo de la cooperación transfronteriza entre los Estados miembros y los países terceros en garantía de una protección efectiva

La protección de los MENA no se podrá mejorar sin una cooperación con los países de origen de dichos menores, indispensable para promover la unidad familiar y, en su caso, el retorno de los menores en condiciones seguras<sup>134</sup>. A tal efecto, se tienen que incrementar los esfuerzos para establecer un marco global de política exterior dedicada al reforzamiento de dicha cooperación<sup>135</sup>.

Es únicamente de esta manera que se podrán limitar los peligros a los que están expuestos los MENA en los países de origen y sobre todo, en las rutas migratorias (tráfico de menores, violencias, trata de seres humanos, etc.). Dicha cooperación, que se manifestó por la conclusión de varios Proyectos regionales de protección y desarrollo, tiene que mantenerse e incluso desarrollarse poniendo a disposición más medios financieros y prácticos.

Mediante dichas asociaciones entre países, se podrá seguir desarrollando soluciones duraderas, consiguiendo en su caso el retorno en seguridad de los menores en su familia cuando sea en su interés superior. La cooperación también permitirá que se mantenga la asistencia después del retorno, mediante el superviso de la reintegración, el restablecimiento de los vínculos familiares y un impulso financiero de formaciones y perspectivas de estudio y de trabajo<sup>136</sup>.

La mejora de la cooperación de los Estados miembros de la UE con los países terceros ya se constataba por la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013, a través del constante apoyo de la UE a dichos países para identificar a los menores nacionales en situación de desamparo y construir centros de alojamientos y de educación en los países de origen. Dicha cooperación continua y estable tiene que ampliarse para compartir soluciones y

---

<sup>134</sup> CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, Información procedente de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, DOUE C 115, 4.5.2010, 6.1.7. Menores no acompañados; Recomendación 8 de la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, P7\_TA(2013)0387 (2012/2263(INI));

<sup>135</sup> COMISION EUROPEA, «Protección de los menores migrantes», *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo*, abril de 2017, p.4

<sup>136</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo del Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*, 6 de mayo de 2010, Bruselas, COM(2010)213 final, p. 13; LÓPEZ ULLA J.M., "La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, n° 46, septiembre/diciembre 2013, Madrid (España), pp. 1061-1090.

puntos de vista, y seguir previniendo eficazmente las migraciones peligrosas y la trata de seres humanos. El objetivo de dicha colaboración es que el enfoque hacia los MENA sea común a los Estados miembros y los países terceros<sup>137</sup>. A tal efecto, la Comisión recuerda que el compromiso de la UE es de “*promover y proteger la indivisibilidad de los derechos del menor en sus relaciones con terceros países, incluidos los de origen o tránsito*”<sup>138</sup>.

### **4.3. La persistencia en los esfuerzos encaminados a garantizar una acogida adecuada y una atención prioritaria a los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea**

El respeto del interés superior del niño en los procedimientos relativos a los MENA se materializa mediante el tratamiento prioritario de su situación (4.3.1.), su acogida en la UE con las garantías debidas (4.3.2.) y la consolidación de los límites a la detención (4.3.3.).

#### **4.3.1. Los principios de prioridad y urgencia en el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados**

En su comunicación del pasado mes de abril, la Comisión Europea insistía en la necesidad de que los MENA gozaran de prioridad en todos los procedimientos relacionados con las fronteras dado que se encuentran muy a menudo en situación de total desamparo y expuestos a más riesgos que los adultos<sup>139</sup>.

Por ejemplo, el procedimiento destinado a localizar los familiares de los MENA y permitir su reagrupación se demoran mucho e incluso empiezan con demasiado retraso. Por lo tanto, la Comisión Europea insta a los Estados que realicen los esfuerzos debidos de manera concertada para “*acelerar los procedimientos de reagrupación familiar, otorgando prioridad a los menores no acompañados y separados*”<sup>140</sup>.

De igual modo, en relación con los MENA que presenten una solicitud de asilo, se tiene que aplicar el “*principio de urgencia*” y tramitar dichas solicitudes con más rapidez y efectividad.

---

<sup>137</sup> COMISIÓN EUROPEA, Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados, adoptado en Bruselas el 28 de septiembre de 2012, COM(2012) 554 final, conclusiones

<sup>138</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Protección de los menores migrantes», *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo*, abril de 2017, p.4

<sup>139</sup> *Ibid.*, p.7

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 11

### ***4.3.2. Las obligaciones inherentes a la acogida de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea***

Cuando un MENA entra en un Estado miembro de la UE, se ha visto que se tenía que asignarle un tutor que represente sus intereses ante las distintas instituciones. Ahora bien, dicha obligación se ve muy a menudo vulnerada por las autoridades. Es por eso que la Comisión Europea insiste, en su Comunicación al respecto, en la necesidad urgente de designar, para cada menor extranjero no acompañado, un funcionario de protección que se haga responsable de la debida representación del menor, y eso, “*con independencia de que los niños sean solicitantes o no de protección internacional*”<sup>141</sup>. Dicha persona tendrá que estar presente en cada punto crítico y, en todo caso, desde los primeros momentos de la llegada del menor en la UE.

La función de dichos tutores es crucial dado que mediante ellos se garantiza el acceso a los derechos y la protección de los intereses de los MENA. Por lo tanto, es indispensable de que se desarrollen buenas prácticas y orientaciones entre dichas personas y las autoridades de cada Estado miembro. Por esta razón, la Comisión Europea ha anunciado el establecimiento, antes de finales de 2017, de una red europea de tutela<sup>142</sup>.

La acogida debida también tiene que garantizar a los MENA un alojamiento seguro y apropiado dado que de momento los Estados miembros no han proporcionado instalaciones suficientemente seguras de acogida de MENA. De igual modo, tiene que garantizarse el respeto de los principios básicos en materia de derecho de menores tales como el acceso a la sanidad, apoyo psicosocial, actividades de ocio y, sobre todo, a la educación<sup>143</sup>. Esta última no está siempre garantizada y por tanto, hay que priorizar dicho acceso aunque sea informal. El objetivo es que el niño sea privado de educación el menor tiempo posible<sup>144</sup>.

En cuanto a la determinación de la edad, la Comisión recuerda que los métodos empleados tienen que ser fiables, multidisciplinarios y no perjudiciales para la integridad física del menor. En caso de resultado no concluyente, se tiene que presumir que la persona es menor de edad, otorgándosele el beneficio de la duda.

---

<sup>141</sup> *Ibid.*, p.7

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 10

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 8

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 9

### ***4.3.3. La consolidación de los límites de la detención de los menores extranjeros no acompañados***

La detención de los menores no acompañados es el asunto que plantea más problemas dado que las autoridades de las fronteras suelen utilizar dicha medida habitualmente, mientras que el Derecho internacional y europeo requieren que tal medida privativa de libertad se emplee como último recurso.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya había indicado, en 2014<sup>145</sup> que los Estados que recurren a la detención de los MENA vulneran el principio de interés superior del menor así como su derecho fundamental a la libertad. En efecto, no es una medida que puede aplicarse de manera discrecional y aleatoria dado el impacto negativo y los graves traumatismos físicos, psíquicos y de desarrollo que puede provocar en los niños.

El internamiento de menores tiene que intervenir exclusivamente en circunstancias excepcionales y *“cuando sea estrictamente necesaria, únicamente como último recurso, durante el periodo de tiempo más breve posible y en ningún caso en instalaciones penitenciarias”*<sup>146</sup>. A tal efecto, los Estados tienen que acabar con esta práctica que la Asamblea Parlamentaria califica de *“inhumana”*, y establecer medidas viables de alternativas a la detención de los MENA.

Por tanto, en los supuestos extraordinarios de detención de menores, el internamiento tendrá que hacerse en estructuras específicas y adaptadas a los niños. En los demás casos, simplemente tiene que estar prohibido<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Resolución 2020 (2014) y recomendación 2056 (2014): alternativas al internamiento de niños migrantes

<sup>146</sup> COMISION EUROPEA, «Protección de los menores migrantes», *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo*, abril de 2017, p. 9

<sup>147</sup> Recomendación 13 de la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, P7\_TA(2013)0387 (2012/2263(INI));

---

## CONCLUSIÓN

El constante aumento durante los últimos años de los MENA en la UE refleja su situación de desamparo en su Estado de origen, que les anima a dejar su país y buscar mayor protección y asistencia en otro lugar. Dicho desamparo se materializa, sobre todo, por el aumento de los conflictos armados, la falta de oportunidades económicas y profesionales o la división familiar que incita a los menores a reagruparse con parientes en otro país. El aislamiento y la carencia de recursos económicos hace que los MENA opten muy a menudo por las redes irregulares de inmigración, que han aumentado durante los últimos años como consecuencia de las políticas represivas de los Estados occidentales, alimentadas por el temor de la sociedad civil a la llegada masiva de extranjeros originarios de países pobres.

Por lo tanto, los MENA son generalmente inmigrantes irregulares, pero no pueden calificarse únicamente de esta manera, dado que constituyen también un grupo de personas extremadamente vulnerables que necesita, ante todo, una protección efectiva. Dicha vulnerabilidad y necesidad de protección se consagra sobre todo en la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante el principio del interés superior del menor. De este fundamento resultan diversas reglas encaminadas a proporcionar más garantías a los MENA. Principalmente hay que destacar la importancia de la reagrupación familiar, la necesidad de asistencia especial y las restricciones al empleo de la detención, la cual tiene que utilizarse como medida excepcional. Como consecuencia, el régimen jurídico de los MENA elaborado por la UE no se equipara al régimen jurídico común en materia de inmigración irregular, sino que se les otorga una mayor protección. No obstante, si bien existe dicha protección, es difícil determinarla y aplicarla habida cuenta de la fragmentación de disposiciones vigentes. A modo de ejemplo podemos referirnos a las iniciativas legislativas de los órganos de la UE y del Consejo de Europa que proponen a menudo líneas directrices y objetivos en materia de MENA.

Se nota la preocupación legislativa de los Estados miembros en relación con esta categoría de personas en tanto que llevan a cabo protocolos nacionales dedicados a la acogida y a la protección de dichos menores. No obstante, las autoridades fronterizas a veces se olvidan de la especial vulnerabilidad de los menores inmigrantes, tratándoles como cualquier otro inmigrante sin otorgarles la debida protección. Estos abusos se manifiestan en el marco de la UE en la práctica abusiva de la prueba ósea (que se caracteriza por un análisis de radiografías

de los huesos y de los dientes) y en los rechazos indebidos de ciertos MENA por las autoridades estatales. Además, la detención sigue siendo una medida utilizada habitualmente en los Estados miembros mientras que, por el contrario, debería utilizarse como medida excepcional según el Derecho internacional y europeo. Como consecuencia, la autorización de dicha medida implica en ambos casos su utilización excesiva, y abusos por parte de las autoridades competentes calificables de pena o trato inhumano o degradante.

Frente a estos abusos que suceden en la práctica, es indispensable que los Estados miembros, impulsados por la UE, refuercen la protección de los MENA. A tal efecto, el interés superior del niño tiene que ser la consideración prioritaria en cada decisión o actuación de las autoridades, independientemente de su situación irregular y del motivo de su migración. Esta consideración primordial tendrá que prevalecer tanto fuera (mediante una mayor cooperación entre los Estados miembros y los países terceros) como dentro de la UE (mediante el desarrollo de unas líneas de conductas respetuosas de los derechos de los MENA y encaminadas a acogerles en condiciones dignas). Es particularmente urgente que las autoridades de los Estados miembros la UE respeten los límites intrínsecos del recurso a la detención, y que ésta sea la excepción contrariamente a lo que sucede ahora.

La protección jurídica de los MENA en la UE existe y los distintos actores reconocen que tiene que ser distinta de la que se otorga a los inmigrantes adultos. No obstante, dicha protección, por las razones expuestas en el presente trabajo, se ve a menudo obstaculizada y por tanto, hace falta una constante mejora y reforzamiento de dicha protección. En todo caso, su objetivo tiene que ser el siguiente: frente a la doble condición de los MENA, hay que considerarlos como niños ante todo, y aplicarles los debidos procedimientos de asistencia y de protección, y no medidas restrictivas de sus derechos.

---

## BIBLIOGRAFIA

### A) LEGISLACIÓN

#### A.1. Derecho internacional

Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Naciones Unidas. Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Sociedad de las Naciones el 26 de diciembre de 1924.

Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Niño, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976.

#### A.2. Derecho del Consejo de Europa

- **Convenios:**

Consejo de Europa. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

Consejo de Europa. Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, Estrasburgo, 21 de enero de 1991.

---

- **Resoluciones:**

Consejo de Europa. Resolución 1810 (2011), de 15 de abril, de la Asamblea Parlamentaria. Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación.

Consejo de Europa. Resolución 1810 (2011), de 15 de abril, de la Asamblea Parlamentaria. Problemas relacionados con la llegada, estancia y regreso de menores no acompañados en Europa.

Consejo de Europa. Resolución 2020 (2014), de 3 de octubre de 2014, de la Asamblea Parlamentaria. Alternativas al internamiento de niños migrantes

Consejo de Europa. Resolución 2136 (2016), de 13 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria. Armonizar la protección de los menores no acompañados en Europa.

- **Recomendaciones:**

Consejo de Europa. Recomendación 1985 (2011), de 7 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria. Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación.

Consejo de Europa. Recomendación 2056 (2014), de 3 de octubre de 2014, de la Asamblea Parlamentaria. Alternativas al internamiento de niños migrantes

### **A.3. Derecho de la UE**

- **Carta:**

Unión Europea. Carta Europea de los Derechos del Niño, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 241, 21 de septiembre de 1992.

---

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 83/02, 30 de marzo de 2010.

○ **Directivas:**

Unión Europea. Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 251, 3 de octubre de 2003.

Unión Europea. Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 348, 24 de diciembre de 2008.

Unión Europea. 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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 101, 15 de abril de 2011.

Unión Europea. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 180, 29 de junio de 2013.

○ **Resoluciones:**

Unión Europea. Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 221, 19 de julio de 1997.

Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, P7\_TA(2013)0387 (2012/2263(INI)).

---

- **Comunicaciones:**

Unión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo del Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014), 6 de mayo de 2010, Bruselas, COM(2010)213 final.

Unión Europea. Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo: Protección de los menores migrantes, 12 de abril de 2017, COM(2017) 211 final.

- **Conclusiones:**

Unión Europea. Conclusiones del Consejo de la Unión Europea y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la protección de los menores migrantes, 8 de junio de 2017, Sesión nº 3546.

- **Informe:**

Unión Europea. Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañado, 28 de septiembre de 2012, Bruselas, COM(2012) 554 final.

- **Información:**

Unión Europea. Información del Consejo Europeo procedente de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 115, 4 de mayo de 2010.

---

## A.4. Derecho interno

### 1. España :

#### ○ Ley Orgánica:

España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, A-2000-544.

#### ○ Resolución:

España. Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Resolución de 13 de octubre de 2014, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de octubre de 2014, A-2000-544.

### 2. Francia :

#### ○ Codigos :

Francia. Code Civil. Article 388

#### ○ Leyes :

Francia. Loi n° 2016-297, du 14 mars, relative à la protection de l'enfant, *Journal Officiel de la République Française*, 15 mars 2016, JORF n°0063.

#### ○ Circulares :

Francia. Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Circulaire du 31 mai 2013, relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers: dispositif national de mise à l'abri,

---

d'évaluation et d'orientation, *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice*, 28 juin de 2013, n°2013-06 JUSF1314192C.

Francia. Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Circulaire du 1<sup>er</sup> novembre 2016, relative à la mise en œuvre exceptionnelle d'un dispositif national d'orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais, *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice*, n°2016-11 du 30 novembre 2016 – JUSD1631761C.

## **B) JURISPRUDENCIA**

### **B.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Amuur contra Francia. Sentencia de 25 de junio de 1996, n° 19776/92.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica. Sentencia de 12 de octubre de 2006, n°13178/03.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Rahimi contra Grecia. Sentencia de 5 de abril de 2011, n° 8687/08.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Kanagaratnam y otros contra Bélgica. Sentencia de 13 de marzo de 2012, n° 15297/09.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Popov contra Francia. Sentencia de 19 de abril de 2012, n° 39472/07 y 39474/07.

### **B.2. Decisiones españolas:**

#### **○ Tribunal Supremo:**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 452/2014, de 24 de septiembre.

- **Tribunal Superior de Justicia:**

España. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sentencia de 31 de junio de 2017.

- **Juzgados de lo Contencioso-Administrativo:**

España. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca. Sentencia nº 296/2006, de 13 de octubre.

España. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid. Sentencia de 1 de mayo de 2007.

- **Defensor del Pueblo:**

España. Defensor del Pueblo. Recomendación (Queja nº 17008492) de 17 de julio de 2017.

### **B.3. Decisiones francesas:**

- **Cour de cassation:**

Francia. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2009, n° 08-14125.

Francia. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2017, n° 15-18468.

Francia. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2017, n° 15-18469.

- **Conseil d'Etat:**

Francia. CE, 12 mars 2014, A., n° 375956.

- **Défenseur des Droits :**

Francia. Défenseur des droits. Décision n° MDE-2013-200, du 14 octobre de 2013.

Francia. Défenseur des Droits. Décision n° MDE-2017-158 du 3 mai 2017.

Francia. Défenseur des Droits. Décision n° MDE-2017-206, du 21 juin 2017.

Francia. Défenseur des Droits, Décision n° MDE-2017-144, du 26 juin 2017

### C) DOCTRINA

CABRERA MEDINA, J.C. 2005. *Acercamiento al Menor Inmigrante Marroquí*, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía (España).

CAVA DE LLANO Y CARRIÓ, M. L., 2011. *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*.

DELBOS L. (coordinador), BENASSI E., CARLIER M., DONATO M., GALLARDO A., MARTIN P., PALMIERI N., POULOU M., 2010. *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union Européenne, étude comparative et perspectives d'harmonisation*, Rapport final, París (Francia).

GOENECHEA PERMINSÁN, C. 2006. *Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid (España).

LÓPEZ AZCONA, A. 2008. *Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza (España).

LÓPEZ ULLA J.M., 2013. "La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, n° 46, Madrid (España), pp. 1061-1090.

---

LÓPEZ ULLA, J.M., 2013. “La detención de menores no acompañados en el marco de la Unión Europea”, *El tiempo de los derechos* (HURI-AGE), ISSN: 1989-8797, n° 11, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid (España).

LÓPEZ ULLA, J.M., 2013. “ Alcance del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado - La obligación positiva de no dejarle en desamparo ”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 32, España, pp. 481-497.

LORENTE Y RUBÉN, D. (SOS RACISMO), JIMÉNEZ, M. (Colectivo Al Jaima), 2005. *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a los menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*, Federación SOS RACISMO.

TRINIDAD NUÑEZ, P. 2009. “Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y el 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, coordinado por Emilio Gonzalez Bou, Natacha Gonzalez Viada, Francisco Aldecoa Luzzaraga (dir.), Joaquín Joan Forner i Delaygua (dir.), 1010, España, pp. 239-274.

VOLPICELLI, S. 2010. *L'attitude des jeunes au Maroc à l'égard de la migration: entre modernité et tradition*, Organisation Internationale pour les Migrations.

#### **D) INFORMES DE ORGANIZACIONES INTERNAS, EUROPEAS E INTERNACIONALES**

ACNUR (delegación en España) con la colaboración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012. *Menores No Acompañados y la Protección del Asilo*.

ACNUR, *Observations on Greece as a country of asylum*, December 2009.

ACNUR, *Detention Guidelines, guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers*, 2012.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, 26 juin 2014, JORF n°0156.

DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport Droits de l'Enfant en 2017, Au miroir de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant*, pp.36 a 39.

DIRECTION DE LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE (DPJJ), 2013. *Les mineurs étrangers isolés. La situation en France, données générales*.

EUROPEAN MIGRATION NETWORK, 2008. *Unaccompanied Minors - an EU comparative study*.

FRANCE TERRE D'ASILE, 2017. « L'accueil et la prise en charge des mineurs isolés étrangers en France », *L'essentiel*, Paris.

FRONTEX, 2010. *Unaccompanied Minors in the Migration Process*, Warsaw (Polonia).

HUMAN RIGHTS WATCH, 2009. *Perdus en zone d'attente, protection insuffisante des mineurs étrangers isolés à l'aéroport Roissy Charles de Gaulle*.

NILS MUIZNIEKS, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 2015 *Rapport suite à sa visite en France du 22 au 26 septembre 2014*, Strasbourg.

## **E) SOPORTES ELECTRÓNICOS:**

ACNUR: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/los-menores-no-acompanados-y-la-proteccion-del-asilo/>, consultado el 31.10.2017.

BONDY BLOG, Enero de 2017. "La mort du jeune malien Denko Sissoko libère la parole des mineurs étrangers sur leurs conditions de vie":

---

<http://www.bondyblog.fr/201701160800/la-mort-du-jeune-malien-denko-sissoko-libere-la-parole-des-mineurs-etranagers-sur-leurs-conditions-de-vie/#.WhyH9LSdVPO>, consultado el 25 de noviembre de 2017.

DEFENSEUR DES DROITS, 2017. Droits de l'Enfant en 2017. Au miroir de la Convention internationale des droits de l'enfant :

<https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rae-2017.pdf>, consultado el 23.11.2017.

DEFENSOR DEL PUEBLO, 2017. El defensor del pueblo pide a la Fiscalía que aclare el internamiento en sus dependencias de menores extranjeros no acompañados: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/menores-extranjeros-no-acompanados/>, consultado el 23.11.2017.

EUROSTAT, 2 de mayo 2016. “Demandeurs d'asile considérés comme mineurs non accompagnés Près de 90 000 mineurs non accompagnés parmi les demandeurs d'asile dans l'UE en 2015 Un peu plus de la moitié sont Afghans” :

<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7244687/3-02052016-AP-FR.pdf/270f3b41-2f43-48c1-ba6d-c465cd7f5c0c>, consultado el 12.10.2017.

FRONTEX: <http://frontex.europa.eu/trends-and-routes/migratory-routes-map/>, consultado el 27.10.2017.

HUMAN RIGHTS WATCH, “Francia: menores no acompañados son detenidos en las fronteras ”, 8 de abril de 2014: <http://www.hrw.org/es/news/2014/04/08/francia-menores-no-acompanados-son-detenidos-en-las-fronteras>, consultado el 31.10.2017.

LILLO, M., 30 de abril de 2014. “La Administración viola los derechos de los menores no acompañados”, *El País*:

[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/30/actualidad/1398866540\\_193598.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/30/actualidad/1398866540_193598.html), consultado el 21.10.2017

PETIT, T., 26 janvier 2015. “ Paris va créer des structures d'accueil pour les mineurs étrangers isolés ” *Le Monde*:

---

[http://www.lemonde.fr/immigration-et-diversite/article/2015/01/26/paris-va-creer-des-structures-d-accueil-pour-les-mineurs-etrangers-isoles\\_4563810\\_1654200.html](http://www.lemonde.fr/immigration-et-diversite/article/2015/01/26/paris-va-creer-des-structures-d-accueil-pour-les-mineurs-etrangers-isoles_4563810_1654200.html), consultado el 21.10.2017.

INFOMIE, 18 octubre 2016. “Mineurs non accompagnés de Calais: pourquoi les règles ne sont pas respectées” : <http://www.infomie.net/spip.php?breve1658&lang=fr>, consultado el 15.11.2017.

MEDECINS DU MONDE, 2 octubre 2016. “Les mineurs non accompagnés en danger” : <http://www.medecinsdumonde.org/fr/actualites/calais/2016/02/10/les-mineurs-non-accompagnes-en-danger>, consultado el 15.11.2017.

MEDECINS DU MONDE, 18 novembre 2016. “Enfants en danger” : <http://www.medecinsdumonde.org/fr/actualites/mineurs-isoles/2016/11/18/enfants-en-danger>, consultado el 15.11.2017;

PARLAMENTO EUROPEO, 20 de abril de 2016. “10.000 niños refugiados y migrantes desaparecidos” : <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20160419STO23927/10-000-ninos-refugiados-y-migrantes-desaparecidos>, consultado el 15.11.2017