

RAZONES PARA UNA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS Y JUVENTUD MIGRANTE

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA¹
juanmanuel.ulla@uca.es

Cómo citar/Citation

López Ulla, J. M. (2022).

Razones para una Directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 73, 873-914.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.05>

Resumen

Europa necesita un instrumento específico que aborde de una manera integral la inmigración de menores extranjeros no acompañados. Es cierto que son varias las directivas que afectan a este colectivo, pero falta una normativa común que, en torno al principio del interés superior del menor, establezca las bases de una estrategia migratoria con soluciones razonables y permanentes. Este trabajo trata de justificar la necesidad de esta herramienta, identificando algunas de las cuestiones que el legislador europeo debiera de afrontar. Entre otras, la diversidad de procedimientos para la determinación de la edad o la lentitud de los expedientes administrativos para asignar al menor el representante que la ley ordena. En relación con estos retos, resulta de extraordinario interés atender a las razones que han justificado en España la modificación del Reglamento de extranjería de 2021 y 2022, que en apenas cinco meses han

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Cádiz. Este trabajo ha sido cofinanciado por la Unión Europea en el marco del Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía. Referencia del proyecto: FEDER-UCA18-108433. This work has been co-financed by the European Union under the 2014-2020 ERDF Operational Programme and by the Department of Economic Transformation, Industry, Knowledge, and Universities of the Regional Government of Andalusia. Project reference: FEDER-UCA18-108433.

comenzado a dar sus frutos. Tal rapidez pone en cuestión la razonabilidad de algunos de las condiciones impuestas a la población extranjera para regularizar su situación. Al efecto hay que recordar que cualquier medida limitativa de derechos debe estar debidamente justificada, que los menores no deben ser tratados como inmigrantes, y que el carácter especialmente vulnerable de este colectivo exige políticas a propósito. Los jóvenes extutelados también merecen esta consideración. No se olvide que el TEDH considera que es trato inhumano o degradante la indiferencia o pasividad del Estado con quienes a todas luces están en desamparo.

Palabras clave

Menores extranjeros no acompañados; juventud migrante extutelada; tutela; rechazo en frontera; determinación de la edad.

REASONS FOR AN EUROPEAN DIRECTIVE ON UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS AND MIGRANT YOUTH

Abstract

Europe needs a legal provision to regulate the immigration of unaccompanied foreign minors. It is true that some directives affect this group of people, but no legal provision, based on the principle of the best interests of the child, establishes the guidelines for a migration strategy with reasonable and permanent solutions. This paper justifies the need for such a legal provision by identifying some of the issues that the European legislator should address. For example, the timing and methods related to the age assessment, or the slowness of guardianship procedures. In relation to these challenges, it is of extraordinary interest to look at the reasons that have justified Spain the modification of the Regulation of the Organic Law 4/2000 on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social Integration, in 2021 and 2022. In just five months we can see that these changes are working well. The immediacy of these results raises questions about the reasonableness of the requirements previously imposed on the foreign population. In this regard, we must remember that any measure limiting rights must be duly justified, that minors must not be treated as immigrants, and that the particularly vulnerable nature of this group requires specific public policies. Young people who leave the public protection system when they reach the age of majority also deserve this consideration. It should not be forgotten that ECtHR considers inhuman or degrading treatment the State indifference or passivity toward those vulnerable populations in need of special protection.

Keywords

Unaccompanied foreign minors; unaccompanied migrant youth; guardianship; rejection at the border; age assessment.

LES RAISONS D'UNE DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LES MINEURS ÉTRANGERS NON ACCOMPAGNÉS ET LES JEUNES MIGRANTS

Résumé

L'Europe a besoin d'un instrument spécifique qui régleme de manière exhaustive l'immigration des mineurs étrangers non accompagnés. Il est vrai qu'il existe plusieurs directives qui concernent ce groupe, mais il manque une législation commune qui, fondée sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, pourrait établir les lignes directrices d'une stratégie de migration avec des solutions raisonnables et permanentes. Cette étude tente de justifier la nécessité de cette disposition, en identifiant certaines questions que le législateur européen devrait aborder. Entre autres, la diversité des procédures de détermination de l'âge ou la lenteur des procédures administratives pour attribuer au mineur le représentant prévu par la loi. Par rapport à ces défis, il est extraordinairement intéressant d'examiner les raisons qui ont justifié en Espagne la modification des règlements 2021 et 2022 sur les étrangers, qui en à peine cinq mois ont commencé à porter leurs fruits. Cette rapidité remet en question le caractère raisonnable de certaines des conditions imposées à la population étrangère pour régulariser sa situation administrative. Il convient de rappeler que toute mesure limitant les droits doit être bien justifiée, que les mineurs ne doivent pas être traités comme des immigrants et que la nature particulièrement vulnérable de ce groupe nécessite certaines politiques publiques. Les jeunes qui quittent le système de protection publique à leur majorité méritent également cette considération. Il ne faut pas oublier que la Cour européenne des droits de l'homme considère l'indifférence ou la passivité de l'État à l'égard de groupes particulièrement vulnérables comme un traitement inhumain ou dégradant.

Mots clés

Mineurs étrangers non accompagnés; jeunes migrants non accompagnés; politique migratoire; Union européenne; tutelle légale; rejet à la frontière; détermination de l'âge.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CLAVE DE BÓVEDA. III. ESTANDARIZAR EL SISTEMA. IV. LA FIGURA CRUCIAL DEL TUTOR V. POLÍTICAS EN CAMINO. VI. EL RETORNO NO ES UN TIPO DE POLÍTICA VII. EL RECHAZO EN FRONTERA (O LAS DEVOLUCIONES «EN CALIENTE»). VIII. EL BENEFICIO DE LA DUDA CUANDO DE LA EDAD SE TRATA. IX. DIEZ RAZONES A MODO DE RECAPITULACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Ni la nacionalidad ni la situación administrativa (regular o irregular) es un factor relevante cuando se trata de determinar el estatuto jurídico de un menor. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), de 1989, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 1950, o el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 1996², no hablan de menores extranjeros sino de menores, sin más precisión. La Constitución española (CE) (art. 39.4) o la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)³ se expresan de igual manera. Así debe ser, pues cuando de un menor se trata, esta condición prevalece por encima de cualquier otra, incluso, por lo que ahora nos atañe, sobre la de inmigrante irregular.

Efectivamente, el art. 2.1 de la CDN obliga a dispensar a todos los niños el mismo trato, «sin distinción alguna» por razón «de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales». Si este principio fundamental en la materia se cumpliera, no hubiera sido necesario que en septiembre de 2020 el Consejo Económico y Social Europeo (CESE) tuviera que recordar, en los mismos términos que ya realizara en 2015, su «profunda preocupación» por la tensión que en la práctica se advierte «entre los marcos jurídicos nacionales que regulan el control de la inmigración y los relativos a la protección de los menores». Estos, también

² Instrumento de ratificación, BOE 45, de 21 de febrero de 2015, p. 14174.

³ BOE 15, de 17 de enero de 1996, p. 1069.

los que están en situación administrativa irregular, deben ser considerados y protegidos, «en primer lugar y ante todo como niños, conforme a los sistemas nacionales de protección de la infancia»⁴.

La realidad de los hechos, empero, no casa bien con la teoría que se deriva de las normas y las declaraciones políticas cuando hablamos del estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados. Aunque estos son considerados uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad⁵, son varias las imperfecciones que se aprecian en el sistema público de protección. Diversas instituciones, organizaciones, asociaciones y fundaciones de derechos humanos lo vienen denunciando desde hace años, y en no pocas ocasiones la justicia nacional e internacional así lo ha reconocido.

En relación con esas dificultades, repare el lector cómo hemos normalizado en nuestro vocabulario el acrónimo MENA. Es cierto que hay que identificar al colectivo de alguna manera, pero al llamarles *menas* socializamos un concepto que subraya, por encima de todo, la condición de inmigrante irregular, aunque, a decir verdad, se trata de un término neutro, esto es, que en puridad no atiende a la situación administrativa de la persona⁶. Con todo, si convenimos que en el tratamiento jurídico de los flujos migratorios deben

⁴ Consejo Económico y Social Europeo (2020). Dictamen: «La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa», aprobado por el Pleno el 18 de septiembre de 2020 (DO C 429, de 11 de diciembre de 2020, p. 24), § 3.2.

⁵ El art. 3.9 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2018, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, de 24 de diciembre de 2018, p. 98) comprende en la categoría de «personas vulnerables» a «los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual». En el mismo sentido, el art. 46 de la Ley 12/2007, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria (BOE 263, de 31 de octubre de 2009, p. 17242).

⁶ El art. 189 del Real Decreto 577/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE 103, de 30 de abril, p. 43821), define el concepto de la siguiente manera: se trata del «extranjero menor de dieciocho años que lleg[a] a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación».

primar los enfoques centrados en el respeto a los derechos humanos, habría que reflexionar sobre el valor de las palabras, que son una potente herramienta transformadora de la realidad.

La situación particularmente vulnerable de los menores extranjeros no acompañados se debe a un conjunto de circunstancias conocidas que conviene no olvidar⁷. No se trata solo de la edad. La falta de referentes familiares en el territorio de acogida y la inseguridad que a todos los niveles les genera la situación de irregularidad administrativa en la que se encuentran, son factores también determinantes. Si además tomamos en consideración las dificultades del recorrido migratorio, que normalmente suele ser caótico, y a menudo traumático, en cuanto que marcado por la violencia y/o la desesperación (no son pocos los que son víctimas de las redes criminales que se dedican al tráfico de menores para la explotación sexual y el trabajo infantil)⁸, salta a la vista que estamos ante uno de esos grupos que necesita de la acción transformadora del Estado (art. 9.2 de la CE).

La Administración, sin embargo, no siempre actúa en consecuencia, pues lo habitual es que estos factores no se tomen en consideración cuando el menor ingresa en el sistema público de protección. Los centros de menores casi nunca son seleccionados en función de las necesidades que el menor pueda demandar a la luz de las circunstancias vividas en su peregrinaje, y son contados los que se encuentran dotados de profesionales que puedan advertir y tratar posibles traumas o dificultades que pudieran traer causa de la dura experiencia que el proceso migratorio casi siempre comporta.

En 2017, la Comisión Europea advirtió sobre las «carencias y deficiencias en la protección de todas las categorías de menores migrantes», alentando a los Estados miembros a que abordaran la situación incrementando los recursos a tales efectos⁹. Fue desde luego una llamada de atención premonitoria, a la luz del número de llegadas a las costas españolas del verano de 2018, que prácti-

⁷ Las Observaciones Generales nº 6 y nº 14 del Comité de Derechos del Niño, adoptadas respectivamente el 1 de septiembre de 2005 («Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen», CRC/GC/2005/6) y el 1 de febrero de 2013 [«sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)», CRC/C/GC/14] ponen de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados. En el marco de la Unión Europea, la Directiva 2008/115/CE de retorno (cit.) califica expresamente a los menores extranjeros no acompañados como «personas vulnerables» (art. 3.9).

⁸ Consejo Económico y Social Europeo (2020), dictamen cit., § 2.3.

⁹ Comisión Europea (2017). Doc. COM(2017) 211 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Protección de los menores migrantes, de 12 de abril de 2017.

camente llegaron a colapsar el sistema¹⁰. No fue algo puntual. En mayo de 2021, cerca de 8000 inmigrantes llegaron de manera irregular a la ciudad de Ceuta en unas 48 horas, y algo similar sucedió en marzo de 2022 en la de Melilla. Más allá de estos episodios, lo cierto es que «todo lo que hasta ahora se ha intentado para frenar o prevenir la inmigración no ofrece perspectivas de sostenibilidad como solución razonable y permanente» (Del Valle Gálvez, 2020: 194).

El grado de compromiso en este sentido ha crecido progresivamente en las últimas décadas, pero aún son muchas las zonas de penumbra. Una de las principales, la que más preocupa entre los jóvenes extutelados, es la que genera la falta de documentación, que los condena a vivir en una situación evidente de precariedad. La necesidad de agilizar los procedimientos para la obtención de los permisos de residencia y trabajo es un clamor entre las organizaciones que acompañan a este colectivo. En febrero de 2020, el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá, así lo reconoció¹¹, y en esta dirección han caminado las dos últimas reformas del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx y RLOEx)¹² que se han operado en octubre de 2021 y julio de 2022¹³. A la

¹⁰ El número de inmigrantes irregulares que en 2018 llegaron a España por vía marítima (58.569) y por vía terrestre (6.814) requirió la improvisación de nuevas medidas por parte de las Administraciones Públicas. A fecha de 24 de julio de 2022, el número total de llegadas irregulares era de 14.702, de las cuales solo 1.529 lo habían sido por vía terrestre. Las cifras de los tres años anteriores fueron las siguientes: en 2021, 41.979 llegadas, de las que 1.218 fueron por vía terrestre; en 2020, 40.326, de las cuales, 1.535 fueron por vía terrestre; y en 2019, 25.168 llegadas, de las cuales 6.345 fueron por vía terrestre. Datos accesibles en: <https://bit.ly/3TQh5vF>.

¹¹ En declaraciones al diario *El País* (27 de febrero de 2020), el ministro reconocía que era fundamental mejorar y simplificar los procedimientos para adaptar los flujos migratorios a las necesidades del mercado laboral, lo que implica mejorar las vías de acceso legal al país actualizando y flexibilizando los procedimientos, pues «la rigidez burocrática es enorme».

¹² La LOEx se publica en el BOE 10, de 12 de enero de 2000, p. 1139. Por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, se aprueba su Reglamento, cit.

¹³ Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE 251, de 20 de octubre de 2021, p. 127708); y Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

primera de ellas, que afecta principalmente al régimen jurídico de los menores y extutelados, nos referimos en el epígrafe V de este trabajo.

Los obstáculos que los menores extranjeros no acompañados encuentran en el territorio de acogida están bien identificados. Algunos de ellos son el hacinamiento en los centros en los que ingresan (por ejemplo el de La Purísima, en Melilla, o el de Piniers, en Ceuta), los procedimientos de determinación de la edad, la presencia de menores en centros de adultos, incluso, en Centros de Internamiento de Extranjeros (López Ulla, 2016: 320), el número de «abandonos» en los centros de menores, el fracaso en la educación, la incapacidad de la Administración para cumplir con la obligación legal de documentarles, las dificultades burocráticas para obtener o renovar los permisos de residencia o trabajo, o la interpretación dispar que se hace en las oficinas de extranjería de la normativa aplicable. A diferencia de lo que sostiene Alonso Sanz (2016: 29), no consideramos que estos problemas deriven en última instancia de una ausencia de postulados constitucionales claros en relación con el estatuto jurídico del menor migrante sino de una renuente voluntad política para salvar esos obstáculos. Así se ha pronunciado también la Comisión de Venecia (2014: 19-30).

La organización y orientación de la estrategia migratoria difícilmente se podrá articular sin el concurso de los Estados de procedencia (Goytisolo y Naïr, 2000: 23). Las respuestas que el fenómeno de las migraciones demanda solo vendrán como consecuencia de un trabajo común, gestando una legislación global para las migraciones, que no solo habrá de preocuparse de la integración de los migrantes en los países de acogida sino también de «favorecer el desarrollo de los países de procedencia, con políticas solidarias, que no sometan las ayudas a estrategias y prácticas ideológicas ajenas o contrarias a las culturas de los pueblos a las que van dirigidas» (Papa Francisco, 2020: 132). Probablemente el estatuto jurídico del menor migrante sea perfectible, pero son las causas lo que hay que atacar, y hasta la fecha falta decisión para encarar los problemas con determinación y de frente. Ni el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, aprobado por la Comisión Europea el 23 de setiembre de 2020¹⁴, que presenta una serie de propuestas legislativas para que la realidad migratoria sea objeto de un tratamiento integral, ni las Recomendaciones que

integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE 179, de 27 de julio de 2022, p. 107697).

¹⁴ Comisión Europea (2020). Doc. COM(2020) 609 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, Bruselas, 23 de setiembre de 2020.

han surgido del mismo «parecen alcanzar los objetivos perseguidos inicialmente» (Acosta Sánchez, 2022: 95).

La inmigración responde a un problema económico que luego genera otros de distinta naturaleza. Por lo que ahora nos atañe, la juventud, allá donde habita, reclama siempre «tener su parte activa en la construcción de un mundo mejor», y ese clamor es legítimo. «La solidaridad mundial, cada día más eficiente, debiera permitir a todos los pueblos el llegar a ser por sí mismos artífices de su destino» (Pablo VI, 1967: 165). Por eso, y aunque se trate de un lugar común, hay que seguir insistiendo en que la complejidad de este fenómeno exige, por parte de todos, una responsable toma de conciencia sobre las consecuencias de un planteamiento equivocado. En un mundo de economías interdependientes, solo un pacto migratorio a escala regional podrá dar resultado. En la preparación del mismo no puede funcionar la lógica de la imposición. Los acuerdos que al efecto se adopten habrán de ser fruto de un consenso entrecruzado o por solapamiento regido por criterios de justicia (Rawls, 1987: 12, y 1996: 32), y ello exigirá, como punto de partida, asumir que las distintas culturas se fundamentan en diferentes sistemas de valores. No se trata de renunciar a los propios sino de tender puentes para comprender al otro.

Ese pacto al que aludimos requiere, como paso previo, una profunda reflexión sobre ciertas categorías dogmáticas. Entre ellas, la de «ciudadanía», concepto que no podemos entender sino atendiendo al conjunto de derechos y deberes que le dan contenido (Marshall, 1950). Ahí estarán, sin duda, los que son inherentes al ser humano, que representan un elemento estructural del Estado de Derecho, pero no bastan. Superada la identificación de aquel concepto con el de nacionalidad (La Torre, 1996: 101-117), el inexcusable reconocimiento de los derechos políticos a la población extranjera, más allá del derecho de sufragio en las elecciones municipales, podría abonar el camino hacia una sociedad más abierta. Como señala López Guerra, «el reconocimiento de derechos políticos a los extranjeros parece ya inexcusable no tanto porque evidentemente estén interesados en las decisiones públicas, cuanto porque tienen legítimos derechos e intereses a defender» (1994: 133). La integración social que proclama la LOEx en su mismo título no será tal si no avanzamos en esa dirección (Revenga Sánchez, 2007: 83).

Si el código genético de una sociedad abierta es el pluralismo, Sartori advierte que el Estado constitucional de Derecho no puede caer en el error de aceptar la diversidad cuando esta resulta una amenaza para el sistema que le da cobijo, pues tolerancia no es indiferencia. Quien tolera tiene creencias y principios propios que considera verdaderos, pero concede al otro el derecho a cultivar sus creencias (2001: 15-24). García Roca coincide con él cuando subraya que, si bien la extensión de la ciudadanía y la garantía de los derechos a

los extranjeros pueden servir para solucionar muchos problemas de exclusión, no debemos ser ingenuos, pues no los soluciona todos (2003: 71-108). Y en la misma dirección se manifiesta Juárez Pérez cuando señala que «el proceso de integración europea pasa por la concesión de un tratamiento racional, eficaz y sensible al fenómeno de la diversidad cultural y racial asentada en el marco de la Unión Europea» (1998: 42). Esto es, el pluralismo tiene los límites que marca nuestro sistema de valores.

Las normas reguladoras de la entrada y salida de extranjeros no deben depender exclusivamente de las necesidades del mercado. Las políticas migratorias en el marco de la Unión Europea no pueden diseñarse sino sobre el respeto a los derechos fundamentales de los extranjeros y al Derecho internacional de los derechos humanos (*N.D. and N.T. c. Spain*¹⁵). A la vista está que no será fácil articular este sistema, pero se trata de «la única respuesta que tenemos si queremos sobrevivir en libertad» (Dahrendorf, 1994: 10-19). El respeto de los derechos humanos de los extranjeros «es una cuestión vital para la identidad, los valores y la supervivencia de la integración europea» (Del Valle Gálvez, 2021: 304). En las siguientes páginas identificaremos algunas de las fallas que hemos advertido en España en relación con la protección de los menores extranjeros no acompañados, justificando por qué pensamos que una directiva europea que avanzara en la construcción de un marco jurídico común en torno al principio del interés superior del menor ayudaría a corregirlas.

II. LA CLAVE DE BÓVEDA

El interés superior del menor representa «la clave de bóveda en Derecho de menores»¹⁶. Este principio se reconoce en el art. 3.1 de la CDN: «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». El art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 2 de la LOPJM se pronuncian prácticamente

¹⁵ Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. and N.T. c. Spain* [GC], § 182, CE:ECHR:2020:0213JUD000867515.

¹⁶ Fiscal general del Estado. Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados (Referencia: FIS-I-2004-00006).

en los mismos términos. La jurisprudencia nacional e internacional también ha subrayado la consideración primordial que este principio merece¹⁷.

Determinar qué sea lo más conveniente para el desarrollo integral del menor, para su protección plena y efectiva, es una decisión compleja en la que influyen una diversidad de factores. El art. 2.2 de la LOPJM proporciona una serie de «criterios generales» que se habrán de considerar en ese proceso. Entre ellos: velar por la vida y la satisfacción de las necesidades básicas del menor; escucharle, valorando su opinión; preservar las relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; ordenar su retorno solo cuando sus necesidades lo aconsejen; o garantizar que la identidad del menor no se vea comprometida (cultura, religión, convicciones, orientación sexual o cualesquiera otras condiciones). El art. 2.3 del mismo texto legal ordena que todos estos criterios sean «valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». Entre los «elementos generales» que habrán de ser ponderados, el precepto, en una lista no exhaustiva, se refiere a: la edad y madurez del menor; su especial vulnerabilidad por cualquier característica o circunstancia relevante; la relevancia de encontrar soluciones estables y duraderas que minimicen los riesgos que siempre genera una situación de incertidumbre; o la necesidad de prepararlo para la vida adulta e independiente.

Sobre este principio del interés superior del menor, la doctrina, la jurisprudencia y el mismo legislador, en el precepto que venimos de resumir, subrayan que estamos ante un concepto jurídico difícil de definir y de aplicar (Ravetllat Ballesté, 2012: 93), o ante una idea sobre la que no es posible ofrecer un significado claro y concluyente. En ella se advierten tres dimensiones. Por un lado, se trata de un «derecho sustantivo en el sentido de que el menor

¹⁷ Por citar algunas de las últimas sentencias en las que se recuerda la «consideración primordial» que se le ha de conceder al principio del interés superior del menor, véanse las siguientes. Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 14 de julio de 2022, C-572/21, EU:C:2022:562, apdo. 41; sentencia de 15 de julio de 2021, 709/20 [GC], EU:C:2021:602, apdo. 90; sentencia de 12 de mayo de 2022, 644/20, EU:C:2022:371, apdos. 66, 69, 70 y 73. Del TEDH, Sentencia de 7 de abril de 2022, A.L. c. France, §§ 52 a 74, CE:ECHR:2022:0407JUD001334420; Sentencia de 8 de abril de 2021, Vavříčka and Others c. Czech Republic, §§ 285 a 288, CE:ECHR:2021:0408JUD004762113. Del Tribunal Constitucional, sentencia 113/2021, FJ. 2.b), iii, ES:TC:2021:113, y sentencia 64/2019, FJ. 4, ES:TC:2019:64. Del Tribunal Supremo, sentencias 2307/2022, de 31 de mayo de 2022, Sala de lo Civil, Fundamento de Derecho 3, ES:TS:2022:2307, y 1153/2022, de 31 de marzo, Sala de lo Civil, Fundamentos de Derecho 8, 10, 11 y 14, ES:TS:2022:1153.

tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución». Al mismo tiempo, se trata de «un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor». Y la tercera de estas dimensiones apela a la condición de «norma de procedimiento» que este principio tiene, en el sentido de que el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados¹⁸.

Que el menor esté protegido en todo momento es, desde luego, la idea que, en definitiva, este principio alumbra. Pero las medidas más acertadas a este propósito dependerán siempre de un cúmulo de circunstancias, como el art. 2 de la LOPJM advierte. De la razonabilidad suficiente de la decisión que se adopte, que en última instancia habrán de controlar los jueces (SSTC 113/2021, 221/2002 y Auto del Tribunal Constitucional 28/2001)¹⁹, dependerá que el interés superior del menor se convierta, o no, en una suerte de fórmula «mágica» o «evanescente» para justificar decisiones que en puridad se toman atendiendo a otros intereses (Carbonnier, 1960).

Como señalábamos al inicio, el interés superior del menor representa, efectivamente, la clave de bóveda del sistema, y por ello precisamente son fuertes las tensiones que soporta, pues no es poca la presión que ejercen los Estados cuando invocan el derecho a «establecer sus propias políticas de inmigración» y «a controlar la entrada, la residencia y la expulsión de extranjeros» (entre otras, *N.D. and N.T. c. Spain*²⁰). Si no fuera un principio de aplicación problemática, el CESE no hubiera tenido que recordar, «una vez más», que este principio debe tener «prioridad sobre el resto de normativas nacionales e internacionales» (dictamen cit.), lo que pone de manifiesto la necesidad de actuar con mayor determinación. Una directiva que estableciera unas directrices básicas y vinculantes sobre la manera de actuar con los menores extranjeros no acompañados podría allanar el camino.

¹⁸ Recogemos las frases entrecomilladas de la Observación General nº 14 (2013) de Naciones Unidas, cit., §§ 4 y 6. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, 175, de 23 de julio de 2015, p. 61871) también hace referencia a esta triple dimensión del principio.

¹⁹ SSTC 113/2021, cit., FJ. 2. b). iii); 221/2002, de 25 de noviembre, FJ. 4, ES:TC:2002:221; y ATC 28/2001, de 1 de febrero, FFJJ. 4 y 5, ES:TC:2001:28.

²⁰ Sentencia del TEDH cit., §§ 166 y 167.

III. ESTANDARIZAR EL SISTEMA

Para la Unión Europea, los menores extranjeros no acompañados representan un auténtico reto. El número de los que llegan a ese territorio no ha dejado de crecer desde 2010. De las 630.500 personas que pidieron asilo en 2021 (un 33 % más en comparación con 2020 y un 10 % menos en relación con 2019, por razón de la pandemia de la COVID-19), 183.600 tenían menos de 18 años y casi un 13 % de ellas (23.200) eran menores no acompañados (la mayoría, de Afganistán, Bangladesh y Siria)²¹. Estas cifras son solo la punta del iceberg, pues ahí solo están los solicitantes de protección internacional, no los que migran irregularmente por motivos económicos. En cuanto a España, según datos facilitados por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a 31 de diciembre de 2021 se encontraban inscritos en el Registro de menores extranjeros no acompañados 3.048 menores. Este instrumento, empero, es de dudosa fiabilidad. El Defensor del Pueblo advierte, por ejemplo, que dada la información que ofrecen varias instituciones, los datos facilitados por este Registro habrían de ser «revisados en profundidad»²². Y en el mismo sentido, la Memoria 2020 del fiscal general del Estado señala que, si bien el «Registro de Menores Extranjeros No Acompañados es un instrumento fundamental en la protección, identificación y documentación de los menores», quienes deben alimentarlo habrían de transmitir «con la celeridad adecuada los hechos o actos inscribibles» (epígrafe 4.7).

El desafío de acoger a estos menores va mucho más allá de asegurar sus derechos fundamentales o sus necesidades más básicas (alimentación, vivienda, educación, asistencia sanitaria, etc). «El verdadero reto al que deberán enfrentarse las autoridades europeas y nacionales durante los próximos años es su integración y participación en las comunidades de acogida, su transición a la edad adulta o su futuro acceso al empleo» (Ararteko, 2021). Un obstáculo, en este sentido, es que la Unión Europea no tenga a fecha de hoy un instrumento específico que aborde la inmigración de menores no acompañados de una manera integral.

No es que no exista un derecho común en la materia. Sobre menores extranjeros no acompañados, como es bien sabido, se han aprobado, en el marco de la Unión Europea, varias resoluciones, comunicaciones y

²¹ Comisión Europea. Estadísticas sobre la migración a Europa (acceso, 12.08.2022): <https://bit.ly/3SxxDaE>.

²² Separata temática «Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2021», pp. 16 y 17). Accesible en: <https://bit.ly/3Swe4PV>.

directivas²³, y en el marco del Consejo de Europa, su Asamblea Parlamentaria también ha adoptado varias resoluciones y recomendaciones sobre el tema²⁴. Es una norma europea que aborde el tratamiento del fenómeno de una manera completa lo que se echa en falta, y lo que no casa bien con la preocupación que estas organizaciones dicen sentir en relación con la necesidad de proteger de mejor manera a este colectivo. Ambas reconocen el incumplimiento que del art. 37 de la CDN se observa en la práctica, y entienden que la búsqueda de soluciones es una «cuestión prioritaria». Una directiva sobre menores extranjeros no acompañados o, abriendo más el abanico, que comprendiera también

²³ El primero de los textos que reconoce que la «situación vulnerable de los menores no acompañados en el territorio de los Estados miembros justifica que se fijen criterios comunes para tratar tales situaciones» a partir de los compromisos asumidos en la CDN es la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C221/03). Se trata, empero, de un documento no vinculante que se limita a establecer las «directrices para el trato de los menores no acompañados por lo que respecta a su acogida, permanencia y retorno y, en el caso de los solicitantes de asilo, la realización de los trámites aplicables» (art. 1.3). Tras esta resolución, vinieron las Directivas 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DO L 31, de 6 de febrero de 2003, p. 18), y 2008/115/CE, sobre el procedimiento de retorno (cit.); la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, con el título «Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)», de 6 de mayo de 2010, COM(2010)213 final, apdo. 39; Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337, de 20 de diciembre de 2011, p. 9); 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 (texto refundido) (DO L 180, de 29 de junio de 2013, p. 96).

²⁴ En el marco del Consejo de Europa destacamos: la Resolución 1810 (2011), de 15 de abril de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que lleva por título Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación; la Resolución 1707 (2010), de 28 de enero, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre detención de solicitantes de asilo y migrantes irregulares en Europa; la Recomendación 1985 (2011), de 7 de octubre de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, con el título «Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación».

a la juventud migrante, ayudaría a despejar esas zonas de penumbra a las que antes nos hemos referido.

En este sentido se pronunció el CESE en 2020: es precisamente por la «ausencia de un marco jurídico preciso, [que] los Estados miembros se enfrentan a grandes dificultades para gestionar el problema de los menores extranjeros no acompañados de una forma concertada y coherente», subrayando, al efecto, que en el seno de la Unión Europea, son «enormes» las disparidades que se observan «en las normas que definen la forma en que deben ser tratados y los procedimientos a los que están sujetos (determinación de la edad, tutores, derechos, etc.)». Una solución posible, barrunta la institución, podría ser la aprobación de una Directiva que, girando en torno al principio del interés superior del menor, hiciera frente a las situaciones deplorables que en demasiadas ocasiones estos menores deben de soportar, y que han sido reiteradamente denunciadas por las organizaciones que trabajan en defensa de los derechos del menor²⁵.

La necesidad de estandarizar la protección de los menores no acompañados en la Unión Europea, y de reforzar los sistemas de tutela para ellos, se advierte en el documento que con el título *Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012–2016)* aprueba en 2012 la Comisión Europea²⁶, y en varios de los informes de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) (2015, 2018 y 2022). Una definición uniforme de la figura del tutor y/o del representante, de sus funciones, sus cualificaciones profesionales y de las competencias que les son atribuidas ayudaría en ese sentido. Por ello, unas directrices vinculantes en materia de recepción, guarda y tutela de menores no acompañados ayudarían, efectivamente, a construir ese marco jurídico que efectivamente se echa en falta (López Ulla: 2013, 46: 1061). Estos y otros documentos reconocen que hay título competencial para estas políticas migratorias, advirtiendo, algunos de ellos, la importancia de acertar en el diseño de las mismas a la vista de los desafíos económicos y demográficos que Europa habrá de afrontar en los próximos años²⁷.

²⁵ Consejo Económico y Social Europeo (2020), dictamen cit.

²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016), de 19 de junio de 2012 COM(2012) 286 final. El documento correspondiente al periodo 2021-2025 (Comisión Europea, 2021) no aporta nada nuevo en relación con las funciones del tutor [Bruselas, 14.4.2021 COM(2021) 171 final].

²⁷ En los instrumentos relativos al asilo (como, por ejemplo, el art. 6 del Reglamento de Dublín [Reglamento UE nº 604/2013]; el art. 24 de la Directiva sobre condiciones

No podemos dejar de apuntar que, en el espíritu del Nuevo Pacto de Migración y Asilo, se observa en líneas generales un claro intento de dar un paso importante en la consecución de una auténtica política migratoria común, sustituyendo «el actual paquete legislativo en materia de asilo y protección internacional basado, casi en su totalidad, en Directivas, por otro que encuentra su base jurídica en Reglamentos comunitarios» (Acosta Sánchez, 2022: 98). En relación con los procedimientos que tienen por objeto a los menores extranjeros no acompañados esta sería también otra posibilidad, con lo que se pasaría de un marco de aproximación legal (la directiva) a otro bien distinto de armonización legislativa (el reglamento). Comenzar por lo primero, resultaría un paso de gigante. En este sentido, a nivel interno, también se ha pronunciado el Consejo Económico y Social de España (2019: 223).

IV. LA FIGURA CRUCIAL DEL TUTOR

En el marco de la Unión Europea son varios los instrumentos que subrayan la obligación que tienen los Estados de adoptar «lo más rápidamente posible las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante una tutela legal»²⁸; que recuerdan que «a la hora de garantizar el acceso a los derechos y de salvaguardar los intereses de todos

de acogida [Directiva 2013/33/UE, cit.], el art. 25 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, o en los arts. 10 y 17 de la Directiva de retorno) encontramos referencias específicas en torno a la competencia de la Unión Europea en relación con los derechos de los menores no acompañados. Al respecto también se pronuncian, entre otros, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, con el título «Una agenda Europea de Migración», COM(2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015; o la parte introductoria (párrafo 3) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, cuando apela a la necesidad de proteger los derechos de los nacionales de terceros países. En relación con la tutela, que se aborda en el próximo epígrafe, véanse, por ejemplo, la relación de instrumentos jurídicos que acompaña al estudio que sobre la materia lleva a cabo la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2018); o la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Tutela efectiva de los niños no acompañados y separados en el contexto de la migración», de 11 de diciembre de 2019. Doc. CM/Rec(2019)11.

²⁸ Art. 19.1 de la Directiva 2003/9/CE, cit.

los menores no acompañados [la función del tutor] es crucial»²⁹ o «imprescindible»³⁰. Entre los últimos documentos que vuelven a insistir en la importancia de la figura del tutor, destaca el dictamen del CESE de septiembre de 2020, que de nuevo advierte que todos los menores extranjeros no acompañados han de ser atendidos, a la mayor brevedad y hasta su mayoría de edad, por un tutor que reúna las competencias necesarias para velar de manera efectiva por sus derechos, tomando en consideración su interés superior como primer elemento a considerar en cualquier medida o acción que con respecto a ellos se deba adoptar, y que, en consecuencia, habrá de estar informado de todas las decisiones que al menor le puedan afectar, sin que medie ningún conflicto de intereses con los servicios nacionales de protección de la infancia (§ 3.11). Y también lo ha vuelto a recordar el último informe de la Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea, advirtiendo que, en la medida en que para ellos se trata del único adulto de referencia, la responsabilidad que asume el tutor es «tremenda» (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022).

Son muchos, aún, los desafíos que la Unión Europea y sus Estados miembros han de enfrentar para proporcionar una tutela plena y efectiva a este colectivo. Uno de los principales es que a muchos de estos niños no se les proporciona el tutor que necesitan, o se les asigna uno que nunca llegan a conocer en persona (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2018). En los procedimientos administrativos, que son muy lentos, y en la insuficiencia de recursos para contratar a profesionales debidamente capacitados para ejercer con solvencia las tareas propias que se les encomienda, habitualmente está el problema (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022).

El balance, empero, no es del todo negativo, pues entre los avances cabe destacar la constitución de una red europea de tutela³¹ o la creación del Comité Directivo para los Derechos del Niño (CDENF), órgano al que se le encomienda la función de supervisar la implementación de la Estrategia

²⁹ Comisión Europea (2017). Doc. COM(2017) 11 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 12 de abril de 2017. Protección de los menores migrantes, p. 10.

³⁰ Comité de Ministros del Consejo de Europa (2019). Doc. CM/Rec(2019)11, cit., Principios 3 y 4 del Apéndice. La Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo el 21 de septiembre de 1992, determina en su punto doce que «todo niño tiene derecho a gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan», es decir, que ejerzan la guarda y tutela del mismo (DOCE 241 C, de 21 de septiembre de 1992, p. 67).

³¹ Web de la red europea de tutela: <https://bit.ly/3f0T6Lz>.

del Consejo de Europa para los Derechos del Niño, aprobada por el Comité de Ministros el 22 de febrero de 2022, y de guiar al Comité de Ministros sobre las acciones apropiadas en el campo de los derechos del niño, (recomendaciones, guía de buenas prácticas, políticas, etc)³². Se trata, como decimos, de un instrumento en aras de esa vocación tuitiva de los derechos de los menores que se respira en todos los textos que estamos recordando, por lo que, en ese sentido, estas iniciativas merecen ser valoradas. Ahora bien, hasta la fecha este Comité tan solo ha recordado que los Estados deben de tomar medidas y asignar recursos materiales y personales para asegurar que los niños no queden abandonados, emplazando a los Estados a examinar de manera continua los resultados que hayan dado las medidas en esa dirección adoptadas. Esta actividad supervisora es desde luego necesaria, pero el éxito de este nuevo órgano dependerá de las propuestas innovadoras que en defensa de los derechos de los menores sea capaz de presentar.

En España la tutela efectiva del menor extranjero no acompañado sigue siendo una asignatura pendiente. El art. 35.4 de la LOEx señala que, una vez «determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle». Desde ese momento «se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad». Así lo señala el párr. 7º del mismo precepto legal, y también el art. 172.1 del Código Civil: «Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constatare que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas

³² Acceso al espacio web de este Comité: <https://bit.ly/3gzgbFv>. Véase *Strategy for the Rights of the Child (2022-2027)* «Children's Rights in Action: from continuous implementation to joint innovation», Consejo de Europa, 2022. Este documento es el cuarto de una serie que comenzó en 2006. El anterior corresponde al periodo 2016-2021, traducido al español con el título *Estrategia del Consejo de Europa para los derechos de los niños y las niñas (2016-2021) Derechos humanos de los niños*, Consejo de Europa, 2017. Estas estrategias tratan de promover y proteger los derechos del niño identificando a tales efectos seis objetivos estratégicos: erradicación de la violencia; promoción de la igualdad de oportunidades e inclusión social; Acceso a y uso seguro de las nuevas tecnologías; acceso a la justicia; derecho a ser escuchado; y derechos de los niños ante situaciones de emergencia. Al Comité Directivo para los Derechos del Niño también se le encomienda la supervisión de las actividades del Comité de expertos sobre los derechos y el interés superior del niño en la separación de los padres y en los procesos de guarda (CJ/ENF-ISE): <https://bit.ly/3SzjtpJ>.

de protección necesarias para su guarda [...]». En consecuencia, la entidad pública en materia de menores asume por ministerio de la ley la tutela del menor desde que este ingresa en el sistema público de protección, fecha a la que habrá de retrotraerse su permiso de residencia.

Es preciso señalar que, aunque el art. 172.1 del Código Civil establezca que la tutela se asume por ministerio de la ley desde que la entidad pública competente «constate que el menor se encuentra en situación de desamparo», en ese momento es, en puridad, la guarda lo que se ejercerá. La tutela solo se asume cuando se dicta la resolución administrativa de desamparo tras la tramitación del expediente oportuno (arts. 18, 19 y 19 bis del RLOEx).

Advertida la presencia de un menor extranjero no acompañado, o cuando su minoría de edad se determine, de conformidad con el procedimiento que acabamos de referir, el art. 35.5 de la LOEx ordena que la Administración del Estado resuelva «lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España», añadiendo que, «de acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos»³³. En caso de duda, el menor habrá de quedar en España, que es lo que sucede en la inmensa mayoría de las ocasiones, pues el número de menores retornados es insignificante.

Solo cuando se resuelva que el retorno no es posible por alguna de las razones indicadas, es cuando la Administración asumirá la plena tutela sobre el menor. Así lo señala el art. 37.7 de la LOEx: «[...] A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores». Como decimos, pues, es la guarda lo que asume en un primer momento la Entidad Pública competente, y solo cuando quede acreditado que el retorno

³³ Por retorno cabe comprender «el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a: su país de origen, o un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido» (art. 3.3 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular de retorno).

no es posible por las razones apuntadas y se declare la situación de desamparo, será asumida la tutela plena.

El tenor literal de este precepto manifiesta el carácter garantista de este procedimiento. Puesto que la declaración de desamparo tiene unas consecuencias muy importantes para el menor, para sus padres biológicos (se suspende la patria potestad) o para quienes tuvieran conferida la representación del mismo, las facultades de representación plena que derivan de la tutela solo son asumidas una vez acreditada la no posibilidad del retorno. Mientras tanto es la guarda provisional, a través del acogimiento familiar o residencial, lo que asume la Administración (art. 172.4 del Código Civil).

A nuestro juicio, entender que la figura del tutor solo cabe una vez finalizado el procedimiento administrativo que, con todas las garantías, concluya con una declaración formal de desamparo, supone dejar al menor, hasta entonces, sin la figura del representante legal que el Código Civil con toda claridad ordena. Si las normas reconocedoras de derechos no deben ser interpretadas restrictivamente, esa lectura contraviene claramente este principio. Esto es, el carácter garantista del procedimiento puede, en la práctica, volverse en contra de los intereses del menor. Una manera de salvar la situación podría ser mediante la figura de un tutor temporal con funciones delimitadas hasta que la situación de desamparo sea declarada formalmente.

El Informe anual 2021 del Defensor del Pueblo advierte a la Fiscalía General del Estado y a las entidades de protección autonómicas del número incesante de quejas que recibe de menores extranjeros no acompañados por que la asignación del representante legal que la ley ordena no se lleva a cabo en un plazo razonable. La institución califica de incumplimiento legal la no asunción de la tutela por parte de las entidades de protección, recordando que «la Nota Interna 1/2019 conjunta de los fiscales de Sala de Extranjería, Menores y Contencioso Administrativo, especifica que el hecho de que el ente no asuma la tutela, solo la guarda provisional, como motivo para no instar la autorización de residencia, es una interpretación encorsetada del precepto legal y contradice de forma directa el art. 196 del Reglamento de extranjería»³⁴. En esa dirección ha caminado la reforma del RLOEx de 2021 que en el epígrafe que sigue comentaremos.

En Europa hace falta mano de obra extranjera. El 19% de su población tiene en 2022 más de 65 años, la más envejecida del mundo. Y la previsión es que en 2050 una de cada cuatro personas supere esa edad, con lo que habrá un déficit de unos 50 millones de trabajadores (Naciones Unidas, 2022). En

³⁴ Defensor del Pueblo (2021). Informe anual 2021. Separata temática «Los niños y los adolescentes en el informe anual», p. 17.

término generales, la política migratoria de la Unión Europea no puede ignorar estos datos. Hay que estar preparados para este escenario. Si la población extranjera va a ser necesaria y queremos que participen de nuestros principios y valores, educar y formar a los jóvenes que ya han llegado, y facilitar el acceso al mercado de trabajo parece lo más razonable. Hay que diseñar las políticas que el futuro demanda.

V. POLÍTICAS EN CAMINO

En aras de las políticas respetuosas con los derechos de las personas que la CE y la LOEx demandan, la reforma del RLOEx de 2021 trata de corregir los procedimientos para que los menores extranjeros no acompañados tutelados por una Administración Pública no se vean abocados, en el momento de cumplir su mayoría de edad, a una situación de irregularidad sobrevenida por carecer del permiso de residencia que de acuerdo con el art. 35.7 del texto legal citado se les debe expedir, como en el epígrafe anterior acabamos de ver.

Así es, el art. 35.7 de la LOEx ordena que al menor que queda bajo la tutela de la Administración Pública se le otorgue «una autorización de residencia cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores». En la práctica, sin embargo, esto no siempre es así. Son muchos los que, al alcanzar la mayoría de edad, salen del sistema público de protección sin la documentación preceptiva, lo que deja al menor en una situación verdaderamente comprometida.

La parte expositiva del Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, de reforma del RLOEx, expresamente reconoce esta situación: «la falta de documentación de estos/as menores plantea, en la práctica, importantes dificultades no solo mientras mantienen esta condición sino, especialmente, en el momento en el que cumplen los dieciocho años y acceden a la mayoría de edad. Estas dificultades inciden de forma negativa en su inclusión e integración en la sociedad, especialmente en el caso de las menores no acompañadas por su mayor vulnerabilidad». El Consejo de Estado, en el dictamen preceptivo que tuvo que emitir en relación con esta reforma, se refirió a la situación de precariedad en la que quedan estos menores cuando salen indocumentados del sistema público de protección (nº 639/2021). Y también el Informe anual 2021 del Defensor del Pueblo deja constancia del negro panorama que por este motivo a un menor se le viene encima cuando alcanza la mayoría de edad.

La reforma del RLOEx de 2021 hace frente a este problema reduciendo de nueve a tres meses el plazo que tiene la Administración para confirmar si se dan o no las condiciones para retornar al menor. Concretamente, el art.

196.1, en su nueva redacción, señala que si transcurridos noventa días desde que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, la Administración no hubiese podido acreditar que se dan las condiciones para la repatriación del menor, la Oficina de Extranjería en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor habrá de iniciar de oficio el procedimiento de autorización de residencia a que se refiere el art. 35.7 de la LOEx, sin que ello interfiera en la posibilidad de que el menor pueda ser repatriado más adelante si se dieran las condiciones para ello, en cuyo caso, la autorización de residencia concedida se extinguiría (arts. 35.8 de la LOEx y 196 del RLOEx).

Otro aspecto de la reforma a valorar es que el permiso de residencia que se concede a los mayores de 16 años tutelados por la Administración habilitará automáticamente para trabajar y tendrá una duración de dos años (art. 196.4). La renovación de dicha autorización, de subsistir las condiciones que motivaron su concesión inicial, será de tres, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración (art. 196.5). Antes de la reforma, ambos permisos eran independientes, esto es, la concesión del de trabajo no era automática, y la vigencia del de residencia y su renovación era tan solo de un año. Con un contrato de trabajo legal las perspectivas para un joven inmigrante cambian radicalmente. A encontrarlo ayuda sin duda el mayor tiempo que se les concede con la ampliación de la vigencia del permiso de residencia.

Es necesario advertir que, de acuerdo con el art. 41.1.j) de la LOEX, la posibilidad de trabajar que tiene un extranjero mayor de dieciséis años depende de que la entidad que lo tutele considere que la actividad a realizar favorecerá su integración social. A nuestro juicio, este requisito pudiera ser discriminatorio: si un menor debe ser tratado como tal y no como un inmigrante, la ley no puede establecer condiciones que no exige a los menores nacionales o a los menores extranjeros tutelados por algún familiar. Puesto que el legislador no aporta ninguna razón que justifique ese *placet* para los primeros, entendemos que el trato diferente puede ser contrario al principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la CE (por todas, SSTC 22/1981, 128/1987, 50/1991)³⁵.

En su primera redacción, el proyecto de reforma reglamentaria no establecía esta condición que ahora estamos criticando. Fue introducida en el texto del proyecto a recomendación del Consejo de Estado, que tuvo que recordar que el art. 41.1.j) de la LOEx obligaba a ello. Por esto, lo que propugnamos es una reforma de este precepto para que el permiso de residencia

³⁵ SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ. 3, ES:TC:1981:22; 128/1987, de 16 de julio, FJ. 6, ES:TC:1987:128; 50/1991, de 11 de marzo, FJ. 4, ES:TC:1991:50.

habilite para trabajar, salvo que la entidad protectora de menores se manifieste expresa y motivadamente en contra por razón de las actividades que el menor tuviera que realizar.

En relación con los menores extranjeros sobre los que un servicio de protección de menores haya ejercido la tutela, custodia, protección provisional o guarda, y [...] alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia», el art. 197.1 del RLOEx, tras la reforma de octubre de 2021, permite que puedan solicitar la renovación de la misma por dos años sin que se les aplique el régimen previsto para las autorizaciones de residencia temporal no lucrativa, que es lo que sucedía con anterioridad a esta reforma. Este requisito representaba un obstáculo prácticamente insalvable, pues les obligaba a acreditar unos ingresos mensuales superiores a los dos mil euros, por lo que muchos de ellos se veían «abocados, en el momento de cumplir su mayoría de edad, a una situación de irregularidad sobrevenida». Lo mismo permite el nuevo art. 198.1 en relación con aquellos que, habiendo estado igualmente bajo la custodia o amparo de la Administración Pública, salgan, sin embargo, indocumentados del centro de protección. Con el nuevo régimen, el extranjero cumplirá con los requisitos económicos cuando acredite unos ingresos y rentas mensuales que superen la cuantía mensual individual de la renta garantizada prevista en el Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital, o bien, cuando pruebe que su sostenimiento quedará asegurado dentro de un programa desarrollado por una institución pública o privada.

Esta reforma ha comenzado pronto a dar sus frutos. Por lo que se refiere al derecho a la documentación de los menores tutelados, desde noviembre de 2021 hasta el 29 de mayo de 2022 se han concedido 3.504 autorizaciones, evitando que lleguen a la mayoría de edad sin la preceptiva documentación (Gobierno de España, 2022)³⁶. Un resultado tan inmediato es sin duda un motivo de satisfacción, pero si para ello ha sido suficiente reducir los plazos que la Administración tiene para decidir sobre el retorno del menor, parece que las dificultades que se aducían para cumplir con la obligación de documentarles no eran tan complicadas de salvar.

También la reforma parece estar funcionando con respecto a los jóvenes extutelados, pues desde su entrada en vigor, el 8 de noviembre de 2021, hasta el 29 de mayo de 2022, 5.817 de estos jóvenes habían conseguido su documentación con este nuevo marco jurídico. Además, según Escrivá, ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, «en los primeros

³⁶ Datos de 3 de junio de 2022, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://bit.ly/3D74cqp>.

cuatro meses de la aplicación de la reforma, es decir, a 31 de marzo de 2022, el número de menores y extutelados con trabajo ya se había duplicado»³⁷. Si para conseguir estos resultados en tan corto espacio de tiempo ha bastado con reducir el requisito de los ingresos económicos a unas cantidades razonables, las condiciones que imponía el Reglamento anterior quedan lamentablemente en evidencia. «Los derechos fundamentales no debieran estar sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales» (Rawls, 1978: 19-21).

En *Rahimi c. Greece*³⁸, el TEDH califica por vez primera como trato inhumano o degradante no asistir a un menor cuando, dictada la orden de expulsión, tiene que abandonar el centro de internamiento para salir del país. De dicha sentencia se deriva, con meridiana claridad, que la Administración no puede dejar de socorrer a quienes, debido a su situación de extrema vulnerabilidad, necesitan de la acción tuitiva del Estado. Por ello entendemos que, con el único argumento de la mayoría de edad, la Administración no puede dejar en situación de calle a quienes han estado hasta ese momento bajo su tutela.

Es cierto que el TEDH ha reconocido que «el art. 3 no puede interpretarse como obligando a las Altas Partes contratantes a garantizar un alojamiento a toda persona dependiente de su jurisdicción», pero eso no le ha impedido reconocer que dejar que un demandante de asilo, «totalmente dependiente de la ayuda pública», viva «durante meses, en la calle, sin recursos, sin acceso a instalaciones sanitarias, sin forma de satisfacer necesidades básicas» supone «un trato humillante» y «una falta de respeto a su dignidad» (*M.S.S. c. Belgium and Greece*³⁹ y *Chapman c. United Kingdom*⁴⁰).

De los arts. 1 y 3 de la CEDH se deriva que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas capaces de garantizar que las personas que se encuentren bajo su jurisdicción no sean víctimas de torturas o tratos

³⁷ En concreto, se informa que a 31 de marzo de 2022 había 4.599 altas en la Seguridad Social, frente a las 2.700 que había antes de la reforma. De estos, 1500 jóvenes encontraron trabajo el mismo mes en el que recibieron su nueva autorización. Aunque los datos muestran una gran movilidad entre sectores una vez que logran incorporarse al mercado laboral, son las actividades de hostelería, comercio, manufacturas y construcción donde más se refleja el crecimiento de la ocupación de este colectivo. <https://bit.ly/3TTFJeY>. (acceso el 12 de junio de 2022).

³⁸ Sentencia del TEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Greece*, § 94, CE:ECHR:2011:0405JUD000868708.

³⁹ Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Belgium and Greece*, §§ 249, 253 y 263, CE:ECHR:2011:0121JUD003069609.

⁴⁰ Sentencia del TEDH de 18 de enero de 2001, *Chapman c. United Kingdom* [GC], § 99, CE:ECHR:2001:0118JUD002723895.

inhumanos o degradantes. En reiteradas ocasiones, el TEDH ha recordado que esos preceptos «debieran brindar una protección efectiva particularmente a niños y otros miembros vulnerables de la sociedad» (*Rahimi c. Greece*⁴¹ y *Khan c. France*⁴²). Los extutelados no aparecen entre las «personas o colectivos especialmente vulnerables» que relaciona el art. 46 de la Ley 12/2007, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, pero este precepto no establece ninguna relación exhaustiva, no dibuja un concepto cerrado. Sin contrato de trabajo ni recursos de ningún tipo, resulta patente que estos jóvenes encajan en esta categoría. Dejarles, a sabiendas, sin protección alguna supone un trato incompatible con la dignidad humana. No se trata, como recuerda del TEDH, de obligar al Estado a lo que quizá no pueda, sino de eliminar trabas que no estén justificadas.

Entender que un extutelado no queda en desamparo porque este concepto solo es de aplicación a los menores de edad es, a nuestro juicio, de un positivismo carente de justificación. Nuestro ordenamiento bebe de principios y valores que no son reglas de conducta, sino más bien criterios que alumbran la identidad axiológica del sistema y que, en ese sentido, son materialmente constitucionales (Dworkin, 1977: 31; Zagrebelsky, 1995: 110). Es, precisamente por la presencia de esas ideas, que el edificio de los derechos humanos está en permanente construcción, pues van naciendo gradualmente en el tiempo, no de una vez y para siempre (Bobbio, 1991).

La reforma del RLOEx de julio de 2022 trata también de salvar algunas de las dificultades que inciden de forma negativa en la inclusión socio-laboral de los extranjeros. Su Preámbulo lo reconoce con bastante claridad: «el modelo migratorio español no solo carece de agilidad en la capacidad de dar respuesta a los retos del mercado laboral, sino que incluye importantes ineficiencias y genera el desarrollo de prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión».

Hay que advertir que esta última modificación no atañe exclusivamente a la juventud migrante, como la de 2021, pero se trata de una reforma que les afecta particularmente, pues facilita la permanencia y el trabajo de los estudiantes extranjeros y actualiza las figuras de arraigo social y laboral, así como la reagrupación familiar; crea una nueva figura de arraigo para formación, inspirada en el modelo alemán, para los extranjeros que hayan permanecido en España dos años en situación irregular; impulsa la migración regular facilitando la entrada de emprendedores,

⁴¹ *Rahimi c. Greece*, cit., §§ 60 y 62.

⁴² Sentencia del TEDH de 28 de febrero de 2019, *Khan c. France*, § 73, CE:E-CHR:2019:0228JUD001226716.

favoreciendo la contratación en origen y dotando de más estabilidad a los procesos de migración circular; e introduce mejoras en la gestión administrativa mediante la creación de la Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería. Todo ello, como decimos, con la finalidad de adaptar las normas de extranjería a las necesidades del mercado laboral.

Terminábamos el epígrafe anterior señalando que hay que diseñar las políticas que el futuro demanda. Las reformas reglamentarias de 2021 y 2022 expresamente reconocen la necesidad de incorporar mano de obra extranjera al mercado laboral. No se trata, lógicamente, de fomentar la inmigración irregular, sino de eliminar trabas innecesarias en los procedimientos que permiten la regularización de los extranjeros que, por una razón u otra, ya están en España.

Como reconoce el Preámbulo del Real Decreto 629/2022 por el que se modifica el RLOEx, «una política migratoria eficaz constituye un activo de gran relevancia a la hora de maximizar el impacto positivo y los efectos de la movilidad humana internacional». Quienes desde 1999 (cuando se tramitaba en el Parlamento la actual LOEx) vienen advirtiendo del «efecto llamada» que puede generar una relajación de las normas de entrada y residencia han quedado en evidencia. En enero de 2020, el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones advertía que «Europa tiene que recibir muchísimos más inmigrantes en los próximos años porque el envejecimiento de la población es algo que no se puede parar» (*La Vanguardia*, 17 de enero de 2020). No se trata de una mera opinión. Todos los informes nacionales e internacionales lo avalan (Naciones Unidas, 2022; CESE, 2020; Comisión Europea, 2022; CES, 2019). Es necesario avanzar en la difusión de estos datos objetivos para resolver el frecuente desencuentro entre percepciones y realidad. El CES recuerda que «la falta de información veraz se presta a la manipulación y la propagación de ideas xenófobas» (2019: 13).

VI. EL RETORNO NO ES UN TIPO DE POLÍTICA

Como es sabido, el principio de no devolución (*non-refoulement*) se reconoce en el art. 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y, en el ámbito de la Unión Europea, en el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales y en el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. De acuerdo con él, los Estados no pueden expulsar o devolver a un extranjero que se encuentre bajo su jurisdicción cuando su vida o libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de

sus opiniones políticas. Se trata de un principio que también se deriva del art. 3 de la CDN, cuyo alcance ha subrayado Pobjoy (2015: 327) particularmente en relación con los niños que solicitan protección internacional.

Pues bien, en relación con los menores extranjeros no acompañados en España, permítasenos comenzar con una pequeña observación que, a nuestro juicio, no es del todo insignificante. El Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con este colectivo, de 13 de octubre de 2014, señala que «la política sobre menores extranjeros no acompañados debe estar orientada al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país, como solución duradera y siempre que ello constituya el interés superior del menor» (apdo. 5º de la parte expositiva). A nuestro juicio, no es la mejor manera de plantear las cosas. Las políticas públicas sobre menores extranjeros no acompañados no pueden girar en torno al retorno. Más bien es al contrario: aquellas son necesarias precisamente cuando la opción del retorno fracasa. Cuando no se dan las condiciones para que el menor regrese a su lugar de origen o donde su familia se encuentra es cuando las autoridades competentes, dentro del marco que el ordenamiento constitucional dibuja, habrán de articular los medios para que los menores no queden en situación de desprotección social. Por eso entendemos que el Protocolo yerra en su planteamiento.

El retorno es la opción primera si no resulta incompatible con el interés superior del menor. Si existe la sospecha de que el menor pueda quedar en desamparo en lugar de destino, deja de ser una solución planteable. Para garantizar ese derecho, los arts. 5.a) y 10.1 de la Directiva 2008/115/CE de retorno (cit.) ordenan que, antes de adoptar una medida de esa naturaleza, la autoridad nacional competente reciba y oiga al interesado al objeto de valorar todas las circunstancias que para los derechos y libertades del interesado tal decisión pueda traer consigo. Así lo recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en varias sentencias⁴³. Sin este examen previo de la realidad concreta que al menor le espera, el principio del interés superior del menor quedaría vacío de contenido.

El TJUE señala que, entre los factores que hay que «tener debidamente en cuenta» para decidir si se adopta o no una decisión de retorno, de conformidad con el «interés superior del menor», están «la edad, el sexo, la especial vulnerabilidad, el estado de salud física y mental, la estancia en una familia de acogida,

⁴³ Entre otras, véanse las de 14 de enero de 2021, TQ, C-441/19, EU:C:2021:9, apdos. 47, 58 y 59; de 11 de agosto de 2014, Boudjlida, C-249/13, EU:C:2014:2431, apdo. 48; y de 8 de mayo de 2018, K.A. y otros, C-82/16, EU:C:2018:308, apdo. 102.

el nivel de escolarización y el entorno social de dicho menor»⁴⁴, insistiendo siempre en la idea de que un menor no acompañado no puede ser tratado como si de un adulto se tratara. En el TEDH y en la Corte Interamericana de Derechos humanos encontramos exactamente la misma doctrina⁴⁵.

Pero no basta con que, antes de tomar la decisión, la autoridad nacional se haya cerciorado de que el menor no quedará en desamparo en el lugar de destino. Antes de ejecutar la medida, esto es, antes de expulsar del territorio al menor, la autoridad nacional competente habrá de comprobar de nuevo que el menor «será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno» (art. 10 de la Directiva del retorno, cit.). Con esta doble verificación lo que se pretende es comprobar que, durante el tiempo que transcurra entre una medida y otra, no hayan cambiado las circunstancias que la justifican, ni por lo que al lugar del destino se refiere (por ejemplo, muerte del familiar, o cambio de las circunstancias económicas), ni por lo que al menor pudiera afectar (una enfermedad, por ejemplo, que aconsejara no ejecutar la orden)⁴⁶. Si, por el contrario, el caso fuera que, tras adoptar la decisión de retorno, las autoridades no pudieran asegurar que el menor vaya a ser «entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno», la ejecución de retorno no debería llevarse a cabo. Así lo advierte la sentencia *TQ* del TJUE⁴⁷.

VII. EL RECHAZO EN FRONTERA (O LAS DEVOLUCIONES «EN CALIENTE»)

Una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 1 de Ceuta, de 14 de febrero de 2022, ordenó que se debían adoptar «las medidas necesarias» para que un grupo de 14 menores, que fueron expulsados de Ceuta en agosto de 2021, pudieran regresar a España. Estos menores consiguieron entrar de manera ilegal en la Ciudad Autónoma entre el 17 y 18 de mayo de

⁴⁴ Sentencia del TJUE, *TQ*, cit.

⁴⁵ Por todas, véanse, la Sentencia del TEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka and Kanili Mitunga c. Belgium*, CE:ECHR:2006:1012JUD001317803; y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, «Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», en respuesta a la solicitud presentada en el mes de julio de 2011 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁴⁶ El TJUE recuerda la necesidad de este doble control en la sentencia *TQ*, cit. apdo. 76.

⁴⁷ Sentencia cit., de 14 de enero de 2021, apdo. 43.

aquel año, cuando cerca de 10.000 extranjeros consiguieron llegar a nado a la playa de El Tarajal. De entre ellos, unos 1.500 eran menores de muy corta edad, según fuentes del Gobierno (*El País*, 20 de mayo de 2021).

Mientras que la mayoría de estas personas fueron automáticamente devueltas a territorio marroquí sin la incoación de procedimiento alguno, permaneciendo en territorio nacional durante escasos minutos (*El País*, 25 de mayo de 2021), los menores de edad quedaron retenidos en diferentes dependencias. A mediados de agosto, 14 de estos menores (los recurrentes) fueron introducidos en una furgoneta y devueltos a Marruecos, sin que tampoco se incoara procedimiento legal alguno⁴⁸. El Gobierno justificó su actuación apelando a un pacto bilateral que obliga a «la observancia estricta de la legislación española» por lo que se refiere a las condiciones en las que el menor ha de ser recogido y asistido en el país vecino. En la sentencia, tal argumento fue rebatido por el magistrado, recordando que «un tratado o convenio internacional es un instrumento internacional que se limita, fundamentalmente, a imponer a los Estados Parte la obligación de impulsar la cooperación en una determinada área y a establecer parámetros generales conforme a los cuales se deberán proponer, acordar y ejecutar los proyectos o programas de cooperación específicos, pero sin que pueda razonablemente entenderse que la mera existencia del Acuerdo autoriza a prescindir de los trámites procedimentales establecidos en la legislación nacional» (*El País*, de 17 de febrero de 2022).

El recurso que el Gobierno interpuso contra esta resolución fue resuelto el 23 de junio de 2022 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que confirma la resolución dictada en primera instancia. La sentencia subraya

⁴⁸ El 13 de agosto de 2021, la Organización Save the Children cuestionaba a través de sus redes sociales (Twitter) la legalidad del protocolo en el que, según algunos medios de comunicación, estaban trabajando los gobiernos de España y Marruecos en relación con la posible reagrupación familiar de los menores marroquíes no acompañados en Ceuta. La ONG advertía que una solución de esa naturaleza debía ser analizada ad personam, esto es, atendiendo a la situación particular de cada menor. Efectivamente, así debe ser. El procedimiento de repatriación de un menor extranjero no acompañado debe estar alumbrado en todo momento por el principio del interés superior del menor (art. 192 del RLOEx). Cuando redactamos estas líneas no hay ningún protocolo sobre la materia, tan solo el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, hecho «ad referendum» en Rabat el 6 de marzo de 2007, en vigor desde el 2 de octubre de 2012 (BOE 70 de 22 de marzo de 2013, p. 22750)

que «la Delegación del Gobierno en Ceuta, además de no individualizar los expedientes de retorno por cada menor afectado, omitió todos los trámites esenciales y cautelas procedimentales de obligado cumplimiento para la repatriación» de los mismos (Europapress, Ceuta y Melilla, 30 de junio de 2022).

Hemos considerado oportuno traer este caso aquí porque, al hilo de lo señalado en el epígrafe anterior sobre los requisitos que se deben observar antes de retornar a un menor extranjero no acompañado, hemos de plantearnos si en relación con este colectivo caben las denominadas «devoluciones en caliente», esto es, «la devolución inmediata y forzosa de migrantes que han sido sorprendidos tratando de cruzar la frontera de manera masiva y no autorizada por un lugar no habilitado» (*N.D. and N.T. c. Spain*⁴⁹).

Esta posibilidad de rechazar en frontera a un inmigrante se prevé en el ordenamiento español exclusivamente para las ciudades de Ceuta y Melilla en la disposición adicional décima de la LOEx, que tiene tres apartados. El primero permite que «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial [de estas dos ciudades] mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera [puedan] ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España». El segundo viene a recordar que tal rechazo habrá de respetar «la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». Y el tercero advierte que las solicitudes de protección internacional no se pueden formalizar en cualquier sitio, sino «en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos», tramitándose «conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección interna».

Es cierto que en el concreto caso que aquí hemos traído, la devolución no fue en caliente, pues se ejecutó tres meses después de que los menores fueran aprehendidos cruzando la frontera del Tarajal, pero, por lo que ahora nos ocupa, este dato carece de relevancia, pues el TEDH entiende que la prohibición de expulsiones colectivas que el art. 4 del Protocolo 4º ordena no se reduce exclusivamente a estas en el sentido estricto del término (acto formal por el que un Estado obliga a un extranjero a abandonar el territorio de dicho Estado), sino que también comprende los casos de devoluciones o

⁴⁹ Sentencia del TEDH cit., § 166. De acuerdo con el art. 23 del RLOEx.: «De conformidad con lo establecido en el art. 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000 [...], no será necesario un expediente de expulsión para la devolución [...] [de] [...]: b) Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones».

inadmisiónes, conceptos a estos efectos también intercambiables (*N.D. and N.T. c. Spain*)⁵⁰.

Esta disposición adicional décima fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que resolvió la STC 172/2020⁵¹. Los recurrentes consideraban que la medida en ella prevista conculcaba los arts. 9.3 y 106.1 de la CE, en conexión con el art. 24.1 de la CE, al entender que la misma habilitaba a la Administración, a través de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, a ejecutar rechazos en frontera sin procedimiento alguno⁵². El TC desestimó el recurso con el argumento de que las garantías derivadas del art. 106 «se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de [lo que ellos consideren] un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11)». En consecuencia, si la persona rechazada en frontera puede someter a control la «actuación material» sobre ella ejercida (la devolución) a través de las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico contempla, no hay violación de la CE.

A mayor abundamiento, el TC advierte que el apartado segundo de la disposición recurrida funciona como cláusula de garantía de la medida que el apartado primero contempla, pues viene a subrayar que tal actuación solo será posible si se lleva a cabo «con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del art. 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades»⁵³.

En relación con las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, el TC advierte que «los Cuerpos y Fuerzas de seguridad

⁵⁰ Señala el TEDH en *N.D. y N.T. c. Spain*, cit., que la prohibición de expulsiones colectivas no se reduce exclusivamente a estas en el sentido formal del término (acto formal por el que un Estado obliga a un extranjero a abandonar el territorio de dicho Estado), sino que comprende también «toda expulsión de un extranjero del territorio de un Estado por la fuerza, independientemente de la legalidad de su estancia, el tiempo que haya pasado en dicho territorio, el lugar en el que haya sido detenido, su condición de migrante o de demandante de asilo y su conducta al cruzar la frontera», por lo que, en consecuencia, la inadmisión o devolución en frontera también es una expulsión a los efectos del art. 4 del Protocolo no. 4 (§§ 185 a 191).

⁵¹ STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ. 8. C. b), ES:TC:2020:172.

⁵² El recurso de inconstitucionalidad se presentó contra la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cit., que es la que introduce esta disposición adicional décima en la LOEx.

⁵³ SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ. 5, ES:TC:1991:36; 172/2020, cit., FJ. 8. C. b), ES:TC:2020:172.

deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables»⁵⁴.

En el último epígrafe de este trabajo nos referiremos a la manera en la que hay que proceder cuando de un menor extranjero no acompañado se trata (art. 35.3 a 6 de la LOEx). Ahora tan solo adelantaremos que, en la medida en que la repatriación de un menor solo puede ordenarse cuando el interés superior del menor lo aconseje, tras la tramitación de un procedimiento con las debidas garantías de motivación y defensa, y después de haber escuchado al afectado sobre sus circunstancias familiares y sociales, no cabe trasladarlos automáticamente a territorio marroquí sin procedimiento alguno. Por tanto, respondiendo a la pregunta que antes nos hacíamos, el principio del interés superior del menor impide las devoluciones en caliente de los menores extranjeros no acompañados que sean sorprendidos cruzando la frontera por un lugar no habilitado, ya sea en ese momento (en caliente) o semanas después (en templado, si se nos permite la expresión), como sucedió en el caso referido al inicio de este epígrafe.

Efectivamente, de acuerdo con los arts. 3.1 y 37.c) de la CDN, un menor no acompañado que cruce ilegalmente las fronteras no debe ser devuelto mientras que las autoridades competentes no se cercioren de que no quedarán en desamparo en su país de origen, y menos aún si existe la sospecha fundada de que allí pueda recibir un trato contrario al art. 3 de la CEDH. La búsqueda de una solución duradera debe ser el principio rector de cualquier procedimiento en relación con este colectivo. Son varios los documentos aprobados en el marco de las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos que se han pronunciado en este sentido⁵⁵.

⁵⁴ STC 172/2020, cit., FJ. 8. C. b) iii.

⁵⁵ UNHCR, The principle of non-refoulement under international human rights law (<https://bit.ly/3gii2ig>). En el de la Unión Europea, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Doc. COM(2010)2013 final, Plan de Acción sobre los menores no acompañados de la UE (2010-2014), de 6 de mayo de 2010; o Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa (2020).

Dicho lo anterior, hay que reconocer que para los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado no siempre será fácil determinar si la persona aprehendida cruzando la frontera por un lugar no habilitado es o no menor de edad. En su voto particular a la STC 172/2020, la magistrada María Luisa Balaguer Callejón lo advierte con cierta ironía cuando señala que «la edad de las personas nunca es evidente cuando se encuentra en lo alto de la valla»⁵⁶. Sea como fuere, el menor siempre tendrá la posibilidad de recurrir esa decisión una vez en territorio marroquí, pero no cabe duda de que la ausencia del más mínimo procedimiento introduce un elemento de incertidumbre evidente.

En cuanto al apartado tercero de la disposición recurrida, los recurrentes entendieron que el rechazo en frontera no respetaba la jurisprudencia del TEDH en lo que se refiere a la aplicación del principio de «no devolución», en la medida en que desincentiva el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 de la CE⁵⁷. El TC desestima este motivo de impugnación recordando que, si bien el citado principio tiene por «finalidad [...] impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro», el rechazo en frontera no viola la CE ni el CEDH (art. 4 del Protocolo no. 4) si el extranjero, disponiendo de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada donde poder presentar su solicitud de protección internacional, decide, sin razones convincentes, cruzar la frontera por un lugar no autorizado y no atenerse a la normas y procedimientos que le permitirían formalizar su petición de auxilio (citando al efecto, la sentencia del TEDH dictada en el caso *N.D. and N.T. c. Spain*⁵⁸). A los efectos de un menor extranjero no acompañado este argumento, en puridad, es irrelevante, pues, solicite o

Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. En el marco del Consejo de Europa, Véase por todas, la Recomendación CM/Rec (2007)9 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre proyectos de vida para menores migrantes no acompañados, de 12 de julio de 2009; o el documento informativo Promoting Child-Friendly. Approches in the Area of Migration. Standars, Guidance and Currents Practices, 2019, p. 19. En el ámbito de la OEA, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, § 83.

⁵⁶ STC 172/2020, cit., Voto Particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, § 2.

⁵⁷ Los recurrentes invocan al efecto, como argumentos de apoyo, el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales, y el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE de retorno.

⁵⁸ Sentencia del TEDH cit., § 210.

el menor asilo, el Estado, como acabamos de ver, no puede rechazarlo en frontera en ningún caso.

VIII. EL BENEFICIO DE LA DUDA CUANDO DE LA EDAD SE TRATA

De acuerdo con el art. 35.3 de la LOEx, «en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las prueba necesarias». Adviértase cómo el precepto subraya, por tres veces, que es con carácter inmediato cómo habrán de acometerse todas las actuaciones en relación con la determinación de la edad.

En primer lugar, el art. 35.3 de la LOEx concede el beneficio de la duda si existe la mínima sospecha de que pueda tratarse de un menor de edad, lo que no resulta nuevo, pues, con anterioridad, el art. 12.4 de la LOPJM ya había dispuesto que cuando no pueda ser establecida con seguridad la mayoría de edad de una persona, nacional o extranjera, «se[a] considerada menor de edad [...], en tanto se determina su edad». Lo que sí viene a subrayar el art. 35.3 de la LOEx es que tal tratamiento se le conceda desde el primer momento, esto es, desde que el menor sea localizado. Esta presunción solo podrá ser quebrada mediante las pruebas de determinación de la edad que el Ministerio Fiscal pueda ordenar.

Si el extranjero no estuviera indocumentado, único supuesto contemplado en el art. 35.3 de la LOEx⁵⁹, sino que el caso fuera que existieran dudas sobre la documentación que pudiera portar, el art. 12.4 de la LOPJM señala que el Ministerio Fiscal ordenará las pruebas médicas que correspondan para la determinación de la edad, previo «juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable». Esto es, el Fiscal debe motivar suficientemente su decisión. La interpretación restrictiva de las normas reconocedoras de derechos fundamentales obliga a ello.

⁵⁹ El art. 190.1, párrs. 2º y 3º del RLOEx también se refieren al extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

En relación con esta hipótesis, varias sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recuerdan que las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la edad que consta en una documentación oficial no invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expedieron y sin indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de dicha documentación, salvo que estén debidamente motivadas. Véanse, en este sentido las SSTS 412/2021⁶⁰ (en relación con un menor que aportó pasaporte y partida de nacimiento), 610/2021⁶¹ (donde los documentos aportados fueron el acta de nacimiento, acta judicial de nacimiento, tarjeta de identidad consular y certificado de identidad consular, todos expedidos por las autoridades correspondientes) y 2164/2021, resolución que advierte que para desacreditar la validez de cualquiera de estos documentos no bastan las dudas subjetivas⁶². En este mismo sentido se ha pronunciado el Defensor del Pueblo, que, recordando que no se puede prescindir del valor acreditativo de la minoría de edad que resulta de una documentación oficial expedida por la autoridades competentes, insta a la Administración a corregir esta práctica «sin más demora, ya que no se encuentran razones que permitan considerar como indocumentados ni someter a pruebas de determinación de la edad a adultos que se declaran como tales y que además portan documentación acreditativa» (Informe anual 2021).

Hemos de advertir que, en la práctica, no son pocas veces las veces que el extranjero trata de acreditar su identidad, no con el pasaporte, sino mediante una carta o cédula de identidad o el libro de familia. En estos casos, el CESE advierte que también «debe aplicarse la presunción de validez de los documentos de registro civil extranjeros presentados por el joven que avalen su minoría de edad y que estos deben ser los primeros elementos que se tengan en cuenta para determinar la minoría de edad. Solamente una impugnación formal de la autenticidad del documento de registro civil presentado debería poder invertir la presunción de validez que se desprende del mismo»⁶³.

Permítasenos apuntar a este respecto que, en el trabajo de campo que hemos realizado en el marco del Proyecto de Investigación referido al inicio, hemos advertido que es relativamente frecuente que el extranjero trate de

⁶⁰ STS 412/2021, de 21 de junio, Sala de lo Civil, Sección 1ª, ES:TS:2021:2400, Fundamento de Derecho 5.

⁶¹ STS 610/2021, de 20 de septiembre de 2021, Sala de lo Civil, Sección 1ª, ES:TS:2021:3455, Fundamento de Derecho 4.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo 2164/2021, de 24 de mayo de 2021, Sala de lo Civil, Sección 1ª, ES:TS:2021:2164, Fundamento de Derecho 3. 4.

⁶³ Consejo Económico y Social Europeo (2020), dictamen, cit., § 4.3.

documentar su identidad con fotos de estos documentos recibidas o realizadas por un teléfono con conexión a internet. Aunque las autoridades (policía, Ministerio Fiscal) niegan la validez de estas pruebas, los agentes no gubernamentales que trabajan con este colectivo nos aseguran que en más de una ocasión han sido admitidas a tales efectos. A nuestro juicio, si la tecnología permite hoy verificar la originalidad o no de un documento enviado a través de estos medios electrónicos, la Administración debe articular procedimientos que lo permitan, estableciendo las cautelas o garantías que se estimen necesarias, y contemplando la posibilidad de sancionar la falsedad documental.

En segundo lugar, queremos advertir que si bien, de acuerdo con el art. 35.3 de la LOEx, el Ministerio Fiscal debe ordenar las actuaciones en orden a la determinación de la edad tan pronto sea informado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de la detención de un extranjero sobre cuya minoría de edad existan dudas, en la práctica no son pocas las ocasiones en las que estas pruebas no se ordenan con la inmediatez que la ley exige. Esto sucede, principalmente, cuando la posible minoría de edad no es advertida por la policía sino por las asociaciones, fundaciones u organizaciones no gubernamentales que trabajan con extranjeros irregulares (acogiéndolos, asistiéndolos o acompañándolos). Cuando este es el caso, se dilata de manera indebida el procedimiento para la determinación de la edad. Para evitarlo, se ha de insistir en que, en caso de la más mínima duda, el extranjero ha de ser tratado como si de un menor se tratara.

Por último, el art. 35.3 de la LOEx también habla de celeridad cuando subraya que las instituciones sanitarias, al recibir la solicitud por parte del Ministerio Fiscal, habrán de realizar «con carácter prioritario» las pruebas que sean necesarias para la determinación de la edad. Se trata, en puridad, de una transposición en materia de extranjería de lo que con carácter general (para todos los menores) ordena el art. 12.4 de la LOPJM, que también señala que tales pruebas se practiquen con carácter inmediato, advirtiendo que para ello se solicitará el consentimiento informado del afectado, y que aquellas se lleven a cabo respetando la dignidad del menor, sin que supongan un riesgo para su salud, y prohibiendo que las mismas se ordenen de manera indiscriminada y aquellas que exijan «desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas».

Sobre los problemas que generan los procedimientos para la determinación de la edad de los extranjeros indocumentados es abundante la literatura. En el marco de este trabajo, que ya concluimos, tan solo queremos sumarnos a quienes han lamentado que, dado el carácter científico de los procedimientos a propósito, no se haya acordado a nivel de la Unión Europea (ni a nivel interno) cuáles deban ser las pruebas pertinentes a tales efectos (por todos, Wenke, 2017). En la práctica, lo que viene sucediendo es que se realizan unas

u otras en función de los medios disponibles en la institución sanitaria a la que se acuda. Por eso se han dado casos en los que un mismo extranjero ha sido considerado mayor y menor de edad a resultas de las pruebas realizadas en distintos centros sanitarios, y también se han dado otros en los que una persona ha sido declarada mayor de edad, a la luz de las pruebas practicadas, y luego se le ha declarado menor de conformidad con la documentación oficial posteriormente recibida.

El estatuto jurídico de una persona no debiera depender de que el método para determinar su edad sea uno u otro. La propuesta de una directiva para estandarizar el sistema, que a lo largo de este trabajo hemos planteado, ayudaría en este sentido. No es razonable «la faltad de coherencia en los Estados miembros con respecto a los métodos de evaluación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, [mucho menos cuando] ninguno de ellos se ha demostrado ser fiable»⁶⁴.

IX. DIEZ RAZONES A MODO DE RECAPITULACIÓN

Uno de los retos de las autoridades europeas y nacionales es la integración y participación de la juventud migrante en las comunidades de acogida, pero falta un instrumento específico, una norma europea que haga frente, de manera integral, a las particularidades que presenta la inmigración de menores extranjeros no acompañados y a las dificultades que el colectivo debe hacer frente una vez que salen del sistema público de protección (los extutelados). Esta laguna no casa bien con la preocupación que la Unión Europea y el Consejo de Europa manifiestan en relación con la vulnerabilidad de este colectivo. Algunas de las razones que justificarían una directiva sobre la materia son las siguientes:

1. Es necesario gestionar la inmigración de menores no acompañados de una manera concertada y coherente. A tal propósito, la política migratoria europea no debiera estar preocupada tan solo por la integración de los migrantes en los países de acogida sino también por favorecer el desarrollo de los países de procedencia. Una directiva europea en torno al principio del interés superior del menor podría establecer las bases que facilitarían el diseño de una estrategia migratoria con soluciones razonables y permanentes.

2. El pacto migratorio solo puede ser fruto de un consenso entrecruzado por criterios de justicia. Esto nunca será posible sin el concurso de los Estados de origen. En la construcción de ese pacto, la reelaboración del concepto

⁶⁴ Consejo Económico y Social Europeo (2020), dictamen, cit., § 4.6.

de ciudadanía podría abonar el camino hacia una sociedad más abierta, en el marco siempre de nuestro sistema de valores. La política migratoria no puede diseñarse sino sobre el respeto a los derechos fundamentales, que no deben estar sujetos al cálculo de intereses sociales.

3. La directiva europea que a lo largo de este trabajo hemos propuesto ayudaría a relajar la preocupante tensión que en la práctica se observa entre los marcos jurídicos nacionales que regulan el control de la inmigración y los relativos a la protección de los menores en el conjunto de la Unión. Aunque todos los documentos examinados subrayan que estos deben ser tratados como tales y no como migrantes, la realidad demuestra que no siempre es así.

4. La Administración no puede dejar de socorrer a quienes por su situación de extrema precariedad necesitan de la acción transformadora del Estado. Los jóvenes extranjeros extutelados, que quedan de la noche a la mañana sin asistencia de ningún tipo por la única razón de haber alcanzado la mayoría de edad, deben de figurar en ese grupo. Conviene recordar a este respecto que el TEDH ha sentenciado que la indiferencia o pasividad del Estado con los grupos más vulnerables de la sociedad puede ser considerado trato inhumano o degradante.

5. Una directiva debiera afrontar las fallas o lagunas que en los sistemas nacionales de protección ya se observan. Entre los problemas más evidentes destaca la necesidad de fortalecer la figura crucial del tutor. La práctica demuestra que los procedimientos de asignación son lentos y que los representantes no siempre están debidamente capacitados. Esta deriva podría ser corregida con unas directrices comunes a todos los Estados miembros.

6. En relación también con la figura del tutor, a nivel interno, el Código Civil (art. 172) y la LOEx (art. 35) ordenan que al menor se le asigne un representante legal desde el primer momento. En la práctica, sin embargo, esto no sucede hasta que se declara formalmente la situación de desamparo. La asignación de un tutor con funciones delimitadas en el tiempo desde el mismo momento en que se incoa el oportuno expediente administrativo podría solucionar la situación de indefensión en la que se encuentran los menores mientras tanto. La directiva que proponemos así debiera ordenarlo.

7. Las reformas del RLOEx de 2021 y 2022 permiten extraer algunas conclusiones que una futura norma europea sobre menores y juventud migrante podría tomar en consideración. La primera, en la que principalmente nos hemos centrado en este trabajo, corrige los procedimientos para que los menores no acompañados no se vean pronto abocados a una situación de irregularidad administrativa sobrevenida cuando salen del sistema público de protección al alcanzar la mayoría de edad. La modificación operada ha reducido el plazo que la Administración tiene para documentarles, y en cuanto a las condiciones para la renovación de la residencia, ha aminorado

los requisitos económicos que se exigían hasta entonces. Los frutos que en tan corto espacio de tiempo tal reforma ha generado ponen en cuestión las condiciones anteriormente exigidas que, de facto, condenaban a los extutelados a una situación de exclusión social. No se trata de obligar al Estado a lo que quizá no pueda, sino de eliminar trabas que no estén justificadas. Entre estas, por ejemplo, hemos expresado nuestras dudas sobre la constitucionalidad del *placet* que la entidad protectora debe conceder para que el menor en edad laboral pueda trabajar [art. 41.1.j) de la LOEx]. A nuestro juicio, podría ser una condición discriminatoria.

8. En cuanto a la reforma del RLOEx de 2022, tan solo la hemos referido porque expresamente reconoce que el modelo migratorio español carece de agilidad en la capacidad de dar respuesta a los retos del mercado laboral, generando ineficiencias con elevados costes humanos, económicos y sociales. Es fundamental simplificar y flexibilizar los procedimientos, lo que probablemente exija que la norma que proponemos se pronuncie sobre los requisitos de acceso legal y permanencia en la Unión Europea. Dicho esto, los derechos de las personas no pueden estar condicionados por una lógica mercantilista, como hemos subrayando en los dos primeros apartados de esta relación final de ideas.

9. Una directiva europea debiera de acordar cómo determinar la edad del menor cuando ello sea necesario. A propósito, conviene recordar que a este se le debe de conceder el beneficio de la duda mientras no se determine lo contrario, y que las sospechas sobre la originalidad de una documentación oficial no invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y sin indicios de manipulación, no pueden prevalecer salvo que aquellas estén debidamente motivadas.

10. A la vista de las entradas masivas de inmigrantes por las fronteras que la Unión Europea tiene en el continente africano (Ceuta y Melilla), y en relación con el rechazo o las devoluciones «en caliente» que la disposición adicional décima de la LOEx contempla en su párrafo primero, entendemos que una directiva europea como la que proponemos debiera de pronunciarse sobre la manera de proceder con los menores no acompañados. A la vista del estudio realizado, queda claro que no se puede implementar tal medida sobre este colectivo, ni en caliente, ni en templado. Nos hemos permitido utilizar este segundo adjetivo para calificar las devoluciones de menores no acompañados que el Gobierno español comenzó a practicar dos meses después de que estos fueran interceptados cuando trataban de superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera. El retorno no es posible sin la incoación de un expediente administrativo regido por el principio del interés superior del menor, lo que exige una resolución motivada

tras un procedimiento regido por el principio de contradicción que permita oír al interesado.

Bibliografía

- Acosta Sánchez, M. A. (2022). El nuevo pacto sobre migración y asilo de la Unión Europea y su repercusión sobre la política común de seguridad y defensa. *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, 32, 94-117. Disponible en: <https://doi.org/10.15366/reim2022.32.007>.
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) (2015). *La tutela de menores privados de cuidados parentales. Un manual para reforzar los sistemas de tutela para satisfacer las necesidades específicas de los menores que son víctimas de la trata de seres humanos*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en: <https://bit.ly/3spzsMb>.
- (2018). *Sistemas de tutela para los menores privados de cuidados parentales en la Unión Europea: resumen*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en: <https://bit.ly/3VW2EYT>.
- (2020). *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración: edición 2020*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en: <https://bit.ly/3VZwpb1>.
- (2022). *Guardianship systems for unaccompanied children in the European Union: Developments since 2014*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Disponible en: <https://bit.ly/3gsTPW2>.
- Alonso Sanz, L. (2016). *El estatuto constitucional del menor inmigrante*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ararteko (2021). *Servicios de protección para niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados en Europa: Informe del Ararteko para la Organización Internacional de la Infancia Europa*. Ararteko, Defensoría del Pueblo del País Vasco. Disponible en: <https://bit.ly/3TSnfv5>.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Carbonnier, J. (1960). *Comment*. S. Cour d'Appel Paris, 10 avril 1959. *Revue Dalloz*, 1, 650-673.
- Comisión de Venecia (2014). *Report on the Protection of Children's Rights: International Standards and Domestic Constitutions, adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014)*. Opinion, 713/2013. Strasbourg: Council of Europe; Venice Commission. Disponible en: <https://bit.ly/3DAmKk0>.
- Comisión Europea (2021). *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos 2021-2025 (Informe CE. COM 2021; 171 final)*. EUR-Lex. Disponible en: <https://bit.ly/3W6YQEj>.

- (2022). *Estadísticas sobre la migración a Europa*. Comisión Europea. Disponible en: <https://bit.ly/3MXFpto>.
- Consejo de Europa (2017). *Estrategia del Consejo de Europa para los derechos de los niños y las niñas, 2016-2021: Derechos humanos de los niños*. Consejo de Europa. Disponible en: <https://bit.ly/3W1rczD>.
- (2019). *Promoting child-friendly approaches in the area of migration: Standards, guidance and current practices*. Council of Europe. Disponible en: <https://bit.ly/3TC2eW4>.
- (2022). *Strategy for the Rights of the Child (2022-2027). Children's Rights in Action: from continuous implementation to joint innovation*. Council of Europe. Disponible en: <https://bit.ly/3zhfgjw>.
- Consejo Económico y Social de España (2019). *La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid: Consejo Económico y Social. Disponible en: <https://bit.ly/3soj2DP>.
- Consejo Económico y Social Europeo (2020). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa»* (Dictamen de iniciativa) (2020/C 429/04). Diario Oficial de la Unión Europea, 11-12-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3gHeV39>.
- Dahrendorf, R. (1994). The changing quality of citizenship. En B. Van Steenberg (ed.). *The condition of citizenship* (pp. 10-19). London: SAGE Publications. Disponible en: <https://doi.org/10.4135/9781446250600.n2>.
- Defensor del Pueblo (2021). *Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2021*. Defensor del Pueblo. Disponible en: <https://bit.ly/3VSWicG>.
- Del Valle Gálvez, A. (2020). El rescate de personas en el Mediterráneo. Sobre la invisibilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el Mediterráneo. *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 (1), 187-196. Disponible en: <https://doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.2a.01>.
- (2021). The «externalisation» of migration controls, and the fragility of Human Rights in the European Union External Borders. Some Reflections. En A. del Valle Gálvez (dir.). *Inmigración y derechos humanos en las fronteras exteriores del sur de Europa* (pp. 303-319). Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2gz3tvp.27>.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- García Roca, J. (2003). La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos. En M. Revenga (coord.). *Problemas constitucionales de la inmigración. Una visión desde Italia y España: II Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional* (pp. 71-108). Valencia: Tirant lo Blanch; Giuffré.
- Goytisolo, J. y Naïr, S. (2000). *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en España*. Madrid: Aguilar.
- Juárez Pérez, P. (1998). *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*. Madrid: Marcial Pons.

- La Torre, M. (1996). La ciudadanía. Una apuesta Europea. En L. Prieto (coord.). *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa* (pp. 99-118). Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha.
- López Guerra, L. (1994). *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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*, 46, 1061-1090.
- (2016). Menores extranjeros y centros de internamiento. En M. Revenga y J. J. Fernández (coords.). *Los centros de internamiento de extranjeros* (pp. 303-333). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Marshall, Th. H. (1950). *Citizenship and social class*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Naciones Unidas (2022). *World Population Prospects 2022: Summary of Results*. United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division. Disponible en: <https://bit.ly/3TQCWTB>.
- Papa Francisco (2020). *Fratelli Tutti. Sobre la fraternidad y la amistad social*. Madrid: San Pablo. Disponible en: <https://bit.ly/3zakfSU>.
- Papa Pablo VI (1967). *Populorum progressio*. El Vaticano: Dicastero per la Comunicazione; Libreria Editrice Vaticana. Disponible en: <https://bit.ly/3sno8Ap>.
- Pobjoy, J. M. (2015). The best interest of the child principle as an independent source of international protection. *International and Comparative Law Quarterly*, 64, 327-363. Available in: <https://doi.org/10.1017/S0020589315000044>.
- Ravetllat Ballesté, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30 (2). Disponible en: <https://bit.ly/3spKUr9>.
- Rawls, J. (1978). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (1987). The Idea of an Overlapping Consensus. *Oxford Journal of Legal Studies*, 7 (1), 1-25. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/7.1.1>.
- (1996). *El liberalismo político* 1996. Barcelona: Crítica.
- Revenga Sánchez, M. (2007). El reto de la normalización del inmigrante. En P. Santolaya y M. Revenga Sánchez. *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio* (pp. 83-98). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sartori, G. (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.
- Wenke, D. (2017). *Age assessment: Council of Europe member states policies, procedures and practices, respectful of children's rights in the context of migration*. Council of Europe Children's Rights Division. Disponible en: <https://bit.ly/3gEWCM7>.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Barcelona: Trotta.