

ESTUDIOS

RETOS DE LAS MIGRACIONES  
DE MENORES, JÓVENES Y OTRAS  
PERSONAS VULNERABLES  
EN LA UE Y ESPAÑA.  
RESPUESTAS JURÍDICAS DESDE  
LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

FRANCISCO JAVIER DURÁN RUIZ  
DIRECTOR

JOSÉ CUESTA REVILLA  
ASENSIO NAVARRO ORTEGA  
COORDINADORES

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO  
THOMSON REUTERS PROVIEW™

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**

FRANCISCO JAVIER DURÁN RUIZ

*Director*

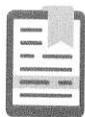
JOSÉ CUESTA REVILLA  
ASENSIO NAVARRO ORTEGA

*Coordinadores*

RETOS DE LAS MIGRACIONES  
DE MENORES, JÓVENES Y OTRAS  
PERSONAS VULNERABLES EN  
LA UE Y ESPAÑA. RESPUESTAS  
JURÍDICAS DESDE LA  
PERSPECTIVA DE GÉNERO

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

La presente publicación se ha realizado en el marco del Proyecto con referencia DER2017-89623-R, "Menores migrantes en el arco mediterráneo: movilidad, sistemas de acogida e integración" cuyos investigadores principales (IP) son Francisco Javier Durán Ruiz y Raquel Martínez Chichón, financiado por la convocatoria de Proyectos I+D Retos de 2017, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (MINECO).

Agradecemos igualmente la cofinanciación de la obra por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Francisco Javier Durán Ruiz (Dir.), José Cuesta Revilla y Asensio Navarro Ortega (Coords.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1346-241-7

DL NA 1110-2021

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

## Índice General

*Página*

PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR .....	21
ABREVIATURAS .....	27
<b>MIGRACIONES Y FRONTERAS EN TIEMPOS DE PANDEMIA</b> .....	31
ÁNGELES SOLANES CORELLA	
I. <b>Movilidad humana y fronteras</b> .....	31
II. <b>El efecto de la pandemia en las migraciones</b> .....	34
III. <b>Vulneraciones de derechos en la frontera</b> .....	38
IV. <b>Especial atención a los NNANA</b> .....	43
V. <b>Retos de futuro</b> .....	48
<b>Bibliografía</b> .....	51
<b>CIFRAS Y TENDENCIAS EN LA MOVILIDAD DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y/O REFUGIADOS NO ACOMPAÑADOS EN EUROPA, ESPAÑA Y ANDALUCÍA</b> .....	53
AINHOA RODRÍGUEZ GARCÍA DE CORTÁZAR	
I. <b>Introducción</b> .....	54
II. <b>Niñas, niños y adolescentes no acompañados/as en la Unión Europea</b> .....	55
1. <b>Solicitudes de asilo de personas menores de 18 años no acompañadas</b> .....	56
1.1. <b>Solicitudes de asilo de personas menores de 18 años no acompañadas según género y edad</b> .....	56

	<i>Página</i>
1.2. Solicitudes de asilo de personas menores de 18 años no acompañadas según países de nacionalidad y países europeos donde lo solicitan .....	58
1.3. Reubicaciones, retornos voluntarios y resoluciones de solicitudes de protección internacional .....	62
2. Niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados/as en países del arco mediterráneo .....	63
3. Desapariciones de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados .....	65
<b>III. Niñas, niños y adolescentes no acompañados/as en España .....</b>	<b>67</b>
1. Registro de Menores Extranjeros No Acompañados .....	67
1.1. Evolución de las llegadas por vía marítima y del número de acogidos/as .....	67
1.2. Niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados según Comunidad Autónoma .....	69
1.3. Expedientes de determinación de la edad .....	70
2. Solicitudes de protección internacional de niñas y niños no acompañados/os .....	70
<b>IV. Niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados/as en Andalucía .....</b>	<b>72</b>
1. Sistema de Información Menores Migrantes de la Junta de Andalucía .....	72
1.1. Nuevos ingresos y acogimientos en el Sistema de Protección de Menores .....	72
1.2. Bajas del Sistema de Protección de Menores .....	75
<b>V. Conclusiones y discusión .....</b>	<b>76</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>79</b>
 <b>PROPUESTA DE UN SISTEMA COMÚN E INTEGRADO DE PROTECCIÓN DE MENORES Y JÓVENES MIGRANTES EN LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	 <b>85</b>
FRANCISCO JAVIER DURÁN RUIZ	
<b>I. Introducción. Protección internacional y en Europa de los menores extranjeros no acompañados .....</b>	<b>86</b>

	<i>Página</i>
<b>II. Protección constitucional en España y la especial incidencia de la Convención de Derechos del Niño .....</b>	<b>89</b>
<b>III. Protección de los menores extranjeros no acompañados en el ámbito de la Unión Europea .....</b>	<b>94</b>
1. Normas imperativas de la UE que afectan a los menores extranjeros no acompañados tras el TUE de Lisboa .....	101
2. Resultados y perspectivas del Plan de acción sobre los menores no acompañados 2010-2014 .....	105
<b>IV. Bases y propuestas para un sistema común e integrado de protección de menores y jóvenes migrantes en la Unión Europea .....</b>	<b>109</b>
1. Justificación y datos .....	109
2. Instrumentos jurídicos y medidas de implementación de un sistema común y coordinado de la UE .....	112
<b>V. Conclusiones .....</b>	<b>126</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>127</b>
 <b>EL ESTATUS JURÍDICO-LABORAL DE LOS SOLICITANTES Y BENEFICIARIOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL .....</b>	 <b>131</b>
VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN	
<b>I. Introducción: el alcance del acceso al mercado de trabajo en el proceso de integración social .....</b>	<b>131</b>
<b>II. La integración laboral de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional en el Derecho de la Unión Europea .....</b>	<b>134</b>
<b>III. El derecho de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional al trabajo en el ordenamiento jurídico español .....</b>	<b>137</b>
1. El marco normativo aplicable .....	137
2. Los itinerarios integrados de inserción laboral .....	138
<b>IV. Los obstáculos en el acceso al mercado laboral en condiciones de igualdad .....</b>	<b>141</b>
<b>V. La diversidad cultural y su gestión en el lugar de trabajo ....</b>	<b>145</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>150</b>

	<i>Página</i>
<b>LA ELECCIÓN DE ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS EN LA UE: ANÁLISIS DE LAS NOVEDADES QUE INTRODUCE EL REGLAMENTO 2019/1111</b> .....	155
BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ	
I. El Reglamento 2019/1111 y la adopción de medidas de protección .....	155
II. Breve presentación de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental .....	156
III. Análisis de las principales novedades que introduce el art. 10 del Reglamento 2019/1111 en relación con la elección del órgano jurisdiccional competente .....	158
IV. Conclusiones .....	162
Referencias bibliográficas .....	162
 <b>MOVILIDAD INTERNACIONAL JURÍDICA Y FÍSICA DE LAS NIÑAS Y DE LOS NIÑOS NACIDOS DE CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO</b> .....	165
ÁNGELES LARA AGUADO	
I. Introducción: presupuestos de la movilidad internacional de las niñas y de los niños nacidos de madres por sustitución en el extranjero .....	166
II. La movilidad internacional "física y jurídica" como puntos de origen y de destino de la limitación de derechos de las niñas y de los niños nacidos de madres subrogadas en el extranjero: obstáculos a la movilidad "jurídica" internacional o admisión de la filiación de estos menores en el Estado de origen de los comitentes .....	169
III. Movilidad "física" internacional de los menores: la entrada de las niñas y de los niños en el país de destino .....	190
1. <i>Entrada en España de los niños y las niñas nacidos en el extranjero de gestación subrogada documentados como españoles</i> .....	190

	<i>Página</i>
2. <i>Entrada en España con documentación extranjera de los menores nacidos de madres subrogadas</i> .....	196
2.1. Menores nacionales del país de nacimiento por <i>ius soli</i> .....	197
2.2. Menores nacionales del país de nacimiento con normas de nacionalidad basadas en el <i>ius sanguinis</i> por prevención de las situaciones de apatridia .....	200
2.3. Entrada en España de los menores nacidos de madres por sustitución documentados como extranjeros y trámites que han de seguir una vez que se hallan en España .....	209
IV. Conclusiones .....	214
Referencias bibliográficas .....	216
 <b>RETOS EUROPEOS ANTE LA MOVILIDAD DE LAS MUJERES EXTRANJERAS EN SITUACIÓN IRREGULAR Y SUS HIJOS E HIJAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LA ÉPOCA COVID-19</b> .....	225
CARMEN RUIZ SUTIL	
I. Introducción .....	225
II. Los límites de la movilidad internacional de la autorización residencia otorgada a las víctimas de violencia de género y su prole en situaciones de irregularidad .....	228
1. <i>La residencia legal vinculada a la violencia de género en la legislación migratoria española</i> .....	228
2. <i>Necesidad de un estatuto de residencia UE para las extranjeras y sus hijos e hijas en situaciones de violencia machista</i> .....	235
III. Dimensión transfronteriza de las resoluciones penales y el desafío de la movilidad intraeuropea de la extranjera y su descendencia en contextos de violencia de género .....	242
IV. Conclusiones .....	246
Referencias bibliográficas .....	248

	<i>Página</i>
<b>LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN SITUACIONES DE TRATA O PROSTITUCIÓN DE ADULTOS Y MENORES</b> .....	253
OLAYA GARCÍA-VÁZQUEZ	
CARMEN MENESES-FALCÓN	
<b>I. Introducción</b> .....	253
<b>II. Método</b> .....	254
<b>III. Resultados</b> .....	256
1. <i>Características de la revisión documental</i> .....	256
2. <i>Análisis de las noticias</i> .....	258
3. <i>Análisis de las crónicas</i> .....	260
<b>IV. Discusión</b> .....	261
1. <i>Social</i> .....	261
2. <i>Económico</i> .....	263
3. <i>Salud</i> .....	264
<b>V. Conclusión</b> .....	265
<b>Referencias Bibliográficas</b> .....	266

**LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA COMO CAUSA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ASILO POR MUJERES Y NIÑAS EN ESPAÑA: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO** .....

269

MARÍA DOLORES ADAM MUÑOZ

<b>I. La consagración del derecho de asilo</b> .....	270
<b>II. El género como causa justificativa para la petición del derecho de asilo</b> .....	271
<b>III. La mutilación genital femenina como causa para la concesión del estatuto de refugiado</b> .....	275
<b>IV. La regulación del derecho de asilo en el Ordenamiento Jurídico español</b> .....	277
<b>V. La mutilación genital femenina como causa de concesión del estatuto de refugiada en España</b> .....	279
<b>VI. La mutilación genital femenina como causa de concesión del estatuto de refugiada a las niñas en España</b> .....	282

	<i>Página</i>
1. <i>Menor extranjera acompañada solicitante de protección internacional por temor a sufrir la MGF en su país de origen</i> .....	282
2. <i>Menor extranjera no acompañada solicitante de protección internacional por temor a sufrir la MGF en su país de origen</i> .....	283
<b>VII. A modo de conclusiones</b> .....	288
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	289
<i>Documentos</i> .....	290

**RETOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE LOS ABUELOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS Y NIETAS EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO** .....

293

NURIA MARCHAL ESCALONA

<b>I. Introducción</b> .....	293
<b>II. Marco jurídico del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos</b> .....	295
1. <i>Derecho internacional</i> .....	295
2. <i>Derecho europeo</i> .....	296
3. <i>Derecho estatal</i> .....	299
<b>III. La violencia de género y el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos</b> .....	301
<b>IV. El reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales europeas dictadas sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos y violencia de género</b> .....	303
1. <i>La violencia de género en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales europeas sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos</i> .....	303
2. <i>El impacto de la violencia de género en los Reglamentos Bruselas II bis y ter</i> .....	304
<b>V. Conclusiones</b> .....	309
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	309

	<i>Página</i>
<b>RETORNO DE MENORES SUSTRÁIDOS POR SUS MADRES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: ALGUNOS APUNTES DE DERECHO COMPARADO</b> .....	313
MERCEDÉS SOTO MOYA	
<b>I. Introducción</b> .....	314
<b>II. Activación del procedimiento previsto en el Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores</b> ....	316
1. <i>Sistema de Autoridades Centrales</i> .....	316
2. <i>La excepción al retorno contenida en el art. 13 b) CH 80 en relación a los casos de violencia de género</i> .....	319
<b>III. Análisis de las medidas implementadas por algunos Estados para la protección de las niñas y niños víctimas de violencia de género</b> .....	323
1. <i>Consideración del menor como "víctima"</i> .....	323
2. <i>Especial referencia al caso alemán</i> .....	325
<b>IV. Conclusiones</b> .....	328
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	329
<b>LA NECESARIA COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS</b> .....	333
ANA ISABEL OLMEDO GAYA	
<b>I. Introducción</b> .....	333
<b>II. El elevado porcentaje de denuncias de desapariciones de menores extranjeros</b> .....	335
1. <i>Desapariciones de menores en Italia</i> .....	335
2. <i>Causas de las desapariciones de menores</i> .....	341
<b>III. Marco normativo integral en materia de menores extranjeros no acompañados</b> .....	343
1. <i>La Ley n.º 47/2017, de 7 de abril, sobre medidas para la protección de menores extranjeros no acompañados (Legge Zampa)</i> .....	344

	<i>Página</i>
1.1. <i>Definición de menores migrantes no acompañados</i> .....	345
1.2. <i>Principios generales</i> .....	345
1.3. <i>Tipos de acogimiento y el Sistema Nacional de Información</i> .....	349
1.4. <i>Permisos de residencia y tutores voluntarios (artículos 10 a 13)</i> .....	350
1.5. <i>Derechos de los menores (artículos 14 a 18)</i> .....	351
2. <i>Deficiencias en los sistemas de acogida y protección de los menores extranjeros no acompañados</i> .....	352
<b>IV. La necesidad de articular mecanismos de coordinación y cooperación ante las desapariciones de menores extranjeros no acompañados en Europa</b> .....	354
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	360
<b>LAS POLÍTICAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MENA) EN ESPAÑA: UNA RECONSTRUCCIÓN CRÍTICA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO</b> .....	365
DANIEL PERES DÍAZ	
<b>I. Planteamiento</b> .....	366
<b>II. Reconstrucción del marco jurídico para la protección de los Menores Extranjeros No Acompañados</b> .....	369
1. <i>La protección jurídica de los MENA en el Derecho Internacional y Europeo</i> .....	369
1.1. <i>La Convención de Derechos del Niño y la Observación General n.º 6</i> .....	369
1.2. <i>La Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016–2021)</i> .....	370
1.3. <i>El sistema de derechos de la Unión Europea</i> .....	371
2. <i>La protección jurídica de los MENA en el Derecho Nacional</i> ....	373
2.1. <i>Estatuto jurídico del menor no acompañado y su protección constitucional</i> .....	373

	<i>Página</i>
2.2. El sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia .....	375
<b>III. Las políticas de inclusión sociolaboral de los Menores Extranjeros No Acompañados .....</b>	<b>377</b>
1. <i>El tratamiento jurídico de la autorización de residencia y trabajo para los MENA en la normativa de extranjería .....</i>	<i>377</i>
2. <i>Programas educativos-formativos y de inserción laboral para MENA y extutelados en la Comunidad Autónoma de Andalucía .....</i>	<i>379</i>
<b>IV. Conclusiones .....</b>	<b>382</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>383</b>

**LOS MENORES MIGRANTES Y LA “PASARELA JURÍDICA” PARA SU INSERCIÓN SOCIAL .....** 387

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

<b>I. Derechos de la infancia en el ámbito de las migraciones ....</b>	<b>387</b>
<b>II. La dificultad de articular la protección de la infancia ante el discurso anti-inmigración .....</b>	<b>391</b>
<b>III. El menor no acompañado y su estatuto jurídico .....</b>	<b>393</b>
1. <i>La ONU a través del Comité de los Derechos del Niño denuncia incumplimientos de Derechos Humano por España .....</i>	<i>396</i>
2. <i>El posicionamiento del Defensor del Pueblo .....</i>	<i>399</i>
<b>IV. Los menores extranjeros y su acceso a la actividad laboral como “pasarela” para su integración social .....</b>	<b>401</b>
<b>V. El cumplimiento de la mayoría de edad como punto de inflexión .....</b>	<b>406</b>
<b>VI. Conclusiones .....</b>	<b>407</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>409</b>

**LA INTEGRACIÓN DE LA JUVENTUD MIGRANTE ATENDIENDO A SU ESPECIAL VULNERABILIDAD .....** 411

MANUELA DURÁN BERNARDINO

<b>I. Introducción .....</b>	<b>411</b>
------------------------------	------------

	<i>Página</i>
<b>II. Factores que dificultan la inserción laboral de la juventud migrante .....</b>	<b>413</b>
<b>III. Intervención de la Unión Europea en materia de empleo de los jóvenes migrantes .....</b>	<b>416</b>
<b>IV. Actuaciones y medidas para el fomento del empleo de los jóvenes inmigrantes a nivel nacional .....</b>	<b>420</b>
1. <i>Plan Nacional de Garantía Juvenil .....</i>	<i>421</i>
2. <i>El Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021 .....</i>	<i>425</i>
3. <i>El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia .....</i>	<i>427</i>
4. <i>Buenas prácticas a nivel autonómico .....</i>	<i>429</i>
<b>V. Conclusiones y propuestas de mejora .....</b>	<b>431</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>433</b>

**EL ACOGIMIENTO DE LOS MENORES MIGRANTES EN ESPAÑA Y SU TRÁNSITO A LA VIDA ADULTA .....** 435

INMACULADA GARCÍA PRESAS

<b>I. Introducción .....</b>	<b>435</b>
<b>II. Panorámica de la migración .....</b>	<b>437</b>
1. <i>Marco jurídico de los MENAs .....</i>	<i>438</i>
2. <i>Menores no acompañados y menores separados .....</i>	<i>440</i>
3. <i>Países de origen y países de acogida .....</i>	<i>441</i>
4. <i>Autorización de residencia .....</i>	<i>443</i>
5. <i>Cifras de menores extranjeros como inmigrantes irregulares en España .....</i>	<i>444</i>
<b>III. Fases del ciclo migratorio .....</b>	<b>445</b>
1. <i>Fase de intervención .....</i>	<i>446</i>
1.1. <i>Concreción de la edad de los migrantes .....</i>	<i>446</i>
2. <i>Fase de investigación .....</i>	<i>449</i>
3. <i>Fase de decisión .....</i>	<i>449</i>
3.1. <i>Audiencia al menor .....</i>	<i>449</i>
4. <i>Fase de ejecución .....</i>	<i>450</i>

	<i>Página</i>
<b>IV. Protección de los MENAs</b> .....	450
1. <i>Atención inmediata</i> .....	450
2. <i>Tutela automática de la entidad pública</i> .....	452
<b>V. Repatriación de los MENAs</b> .....	453
<b>VI. Permanencia de los MENAs en España</b> .....	456
1. <i>Acogimiento residencial</i> .....	456
2. <i>Acogimiento familiar</i> .....	458
<b>VII. Jóvenes extranjeros ex tutelados</b> .....	458
1. <i>Viviendas tuteladas o asistidas</i> .....	460
<b>VIII. Reflexiones finales</b> .....	461
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	464
<b>Jurisprudencia</b> .....	466
<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> .....	466
<i>Tribunal Constitucional</i> .....	466
<i>Tribunal Supremo</i> .....	467
<i>Webgrafía</i> .....	467

**LA RECIENTE Y RENOVADA NORMATIVA SOBRE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ITALIA** .....

SALVATORE LORIA

<b>I. El panorama normativo italiano en tema de menores no acompañados</b> .....	469
1. <i>Introducción</i> .....	469
2. <i>Definición de Menor No Acompañado</i> .....	470
<b>II. El marco normativo sobre los menores extranjeros no acompañados después de la ley n.º 47/2017</b> .....	474
1. <i>De la ley n.º 47/2017 al D. Legislativo n.º 220/2017</i> .....	474
2. <i>D.L. n.º 130 del 2020</i> .....	481
<b>III. Conclusiones</b> .....	484
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	484

**LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL MARCO DE LA LEY ITALIANA N.º 47/2017 Y LA DETERMINACIÓN DE SU INTERÉS SUPERIOR. LOS DERECHOS A SER ESCUCHADOS Y A LA ASISTENCIA JURÍDICA** .....

ANTONINO LI CAUSI

<b>I. Algunos datos y breve premisa</b> .....	487
<b>II. El interés del menor</b> .....	489
<b>III. Identificación y comprobación de la edad del menor</b> .....	493
<b>IV. El derecho a ser escuchados y a la asistencia legal</b> .....	499
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	501

*Thomson Reuters ProView. Guía de uso*

Peláez Fernández, P., "Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENA en España: entre la protección y el abandono", *RES. Revista de Educación Social*, 27 (Julio-Diciembre de 2018), 2018, pp. 48-70.

Peres Díaz, D., "Los derechos de la infancia y la protección jurídica del menor: un análisis normativo de la legislación española (1996-2015)", en Jiménez Hernández, A.S. y Iglesias Villarán, M.I. (Dir.), *Participación, políticas sociales y protección de la infancia. Aprendiendo con los niños y niñas a construir sociedades inclusivas*, CIPI Ediciones, Sevilla, 2018, pp. 334-343.

Sánchez Tomás, J.M., "Menores extranjeros en España: últimas reformas y perspectivas de futuro", en Velasco Retamosa, J.M. (Dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 53-84.

Save the Children, *Infancias Invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*, 2016, p. 21. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>.

Simón Navarro, F., *La protección de los menores: implicaciones constitucionales*, tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 2015, p. 91 ss. Disponible en: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/15162>.

UNICEF, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, 2019. Disponible en: [https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos\\_ficha.aspx?id=5750](https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=5750).

Vestri, G., *Inmigración y extranjería: amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Vinaixa Miquel, M., "La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, 1, 2019, pp. 571-602.

## Los menores migrantes y la "pasarela jurídica" para su inserción social<sup>1</sup>

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

Profesor Contratado doctor interino

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

SUMARIO: I. DERECHOS DE LA INFANCIA EN EL ÁMBITO DE LAS MIGRACIONES. II. LA DIFICULTAD DE ARTICULAR LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA ANTE EL DISCURSO ANTI-INMIGRACIÓN. III. EL MENOR NO ACOMPAÑADO Y SU ESTATUTO JURÍDICO. 1. *La ONU a través del Comité de los Derechos del Niño denuncia incumplimientos de Derechos Humanos por España*. 2. *El posicionamiento del Defensor del Pueblo*. IV. LOS MENORES EXTRANJEROS Y SU ACCESO A LA ACTIVIDAD LABORAL COMO "PASARELA" PARA SU INTEGRACIÓN SOCIAL. V. EL CUMPLIMIENTO DE LA MAYORÍA DE EDAD COMO PUNTO DE INFLEXIÓN. VI. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### I. DERECHOS DE LA INFANCIA EN EL ÁMBITO DE LAS MIGRACIONES

El inicio del siglo XXI ha traído a las políticas migratorias vientos de cambio que, no obstante, se han alterado al ritmo que han ido marcando la crisis mundial del año 2008 y la crisis pandémica de 2020. Los primeros años aprovecharon el viento a favor de la expansión económica, la globalización y la necesidad de cobertura de las actividades laborales más

1. El trabajo forma parte de una de las líneas de investigación derivadas del Proyecto de Investigación. "Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio: tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes".

duros y peor remuneradas como aquellas que se realizan en la agricultura de invernadero en nuestro país.

La falta de desarrollo y la pobreza en los países menos desarrollados produjeron un incremento exponencial de los flujos migratorios. La entrada masiva de migrantes no amparados por los permisos de residencia y de trabajo exigibles a los extranjeros extracomunitarios facilitó la entrada irregular de víctimas de trata de seres humanos desplazadas para su explotación, asilados y refugiados que huían de guerras y persecuciones, víctimas de violaciones y otros modos graves de violencia de todo tipo (psicológica, física o sexual). Entre los grupos vulnerables aludidos destacan los menores no acompañados cuya "debilidad añadida" o social viene condicionada por la regulación de los procesos vinculados a la regulación de las migraciones<sup>2</sup>.

Los niños que migran solos son conocidos con el acrónimo de MENA (menores extranjeros no acompañados) una categoría socialmente estigmatizada y que se ve afectada por múltiples prejuicios que se naturalizan a la vez que deshumanizan a los miembros de este colectivo diverso. En el imaginario colectivo cuando se procede a combinar los términos "menor", "extranjero" "no acompañado" la asociación automática que se lleva a cabo es la del peligro, la marginalidad, el riesgo, el miedo.

Resulta relevante no perder la perspectiva y las obligaciones que exige aparecer identificado como un Estado de Derecho. A nuestro país le vincula la Convención sobre Derechos del Niño<sup>3</sup>, cuyos postulados (arts. 11 y 35) exigen que los Estados adopten las medidas oportunas para evitar devoluciones ilícitas de niños fuera de las fronteras, con obligación de promover acuerdos entre los Estados que resulten implicados. Este Convenio es el primero que recoge de forma completa y estructurada los derechos del niño y aparece como referente a nivel internacional. Los países vinculados por esta Convención han de implicarse en la protección de los menores, desarrollando los medios precisos para que los derechos aludidos alcancen un valor efectivo y real, reconociendo en sus actuaciones y protocolos el interés superior del menor.

Al trasladar este ideario normativo al espacio de la Unión Europea, se aprobó la Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa según la cual: *"Un niño es en primer lugar y sobre*

*todo, un niño. Sólo después pueden él o ella ser visto como un migrante. Esta consideración, junto con la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, (...) y la prohibición de discriminación entre los niños, debería constituir el punto de partida de cualquier discusión relativa a los menores migrantes no documentados. La cuestión de su estatus migratorio puede sólo considerarse en segundo lugar"*.

La proyección de la normativa internacional en las normas internas se produce a través del artículo 14 CE que incorpora la prohibición genérica de la discriminación, en tanto que el artículo 39.4 CE declara que los niños *"gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"*. Resulta incuestionable, pues los tratados internacionales suscritos por España determinan obligaciones de protección a los menores que no cabe pasar por alto.

De otro lado, el artículo 7 de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo, contempla que dentro de las "prioridades sectoriales" se encuentra la "protección y respeto de los derechos humanos, igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal" de los grupos de población más vulnerables entre los que se encuentran los menores dedicando una especial atención a la erradicación de la explotación laboral infantil y a los refugiados y desplazados. También destacan la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM), las modificaciones llevadas a cabo a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. En ellas se contempla de forma expresa el derecho de los menores extranjeros a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios y prestaciones sociales básicas en condiciones equiparables a los menores españoles. Establecen como obligación de las Administraciones Públicas velar por el cumplimiento efectivo de los derechos que se ofrecen a los menores respecto de este *"grupo especialmente vulnerable"*, con especial atención a los que presenten una discapacidad, los que sean víctimas de trata o de tráfico de seres humanos, abusos sexuales, explotación sexual o pornografía infantil.

En la elaboración de las políticas públicas los poderes públicos se han de fijar como objetivo la integración plena de los menores extranjeros en la sociedad a tenor de lo contemplado en la norma referente (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) *"mientras permanezcan en el territorio del Estado español"*. A partir de que una Entidad de carácter público ha asumido la tutela de un menor extranjero se ha de facilitar

2. Fernández Villazón, L.A., Grupos vulnerables, apuntes para un concepto jurídico social, RTSS. CEF, n.º 404, 2016, p. 119.

3. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990 (BOE 313 de 31/12/1990).

a través de la Administración General del Estado un certificado que la acredite, otorgando la autorización de residencia una vez que resulte justificada la imposibilidad de retorno con su familia o bien al país de origen.

La ampliación de los movimientos migratorios ha incorporado un aumento de las migraciones de los menores no acompañados. Desde la estadística, la mayoría proceden de África, destacando por encima del resto de países en cuanto al número de inmigrantes Marruecos. Pese a que no existe un perfil tipo del menor migrante la mayoría podría encajar con un niño de 15 a 17 años que migra con el objetivo de encontrar un medio de vida escapando a la pobreza. Dada la mejor situación económica de los países de Centro Europa, España con frecuencia suele ser un país de paso. La perspectiva que maneja la mayoría de los menores suele incorporar una sobrevaloración de las expectativas sobre la migración, identificando de forma irreal que esta ha de suponer una solución definitiva a su futuro profesional. Con frecuencia son incluso las propias familias las que ante la falta de expectativas incentivan los desplazamientos de los menores.

El fenómeno migratorio ha incidido de forma notable en el colectivo de menores que adoptan la decisión de emigrar en un contexto hostil donde se van a encontrar solos y sin el apoyo de adultos y, en la mayoría de las ocasiones, con la dificultad añadida del desconocimiento de la lengua. Los menores no acompañados que emigran ofrecen un nuevo perfil que los diferencia de otros colectivos que forman parte de los movimientos migratorios<sup>4</sup>. En el aumento de este fenómeno también incide el mayor flujo de intercambio de información característico de una sociedad cada vez más globalizada<sup>5</sup>. Los menores que toman la difícil decisión de migrar suelen estar condicionados por un entorno de extrema pobreza y necesidad, aunque a veces son víctimas del abandono de su propia familia.

El aumento de niños y niñas que cruzan fronteras con el objetivo de encontrar un futuro más favorable aparece justificado por distintos motivos. Entre ellos el incremento de las desigualdades y los conflictos, los efectos del calentamiento global en la agricultura provocan que muchos menores de edad abandonen sus comunidades con la intención de alcanzar una vida mejor, un empleo, educación y otros servicios básicos.

4. AA.VV. Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España, UNICEF informe 2009, p. 38.

5. Bravo Rodríguez, R.M., (2005) "Las migraciones de los menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor", Conferencia Estrasburgo, MG-RCONF 11.

También habría que hacer mención especial a la pobreza, la violencia o la insuficiencia de recursos de las familias numerosas<sup>6</sup>.

En una sociedad como la nuestra tan protectora de la infancia no cuesta trabajo imaginar la situación desamparo que viven los menores de edad que adoptan la decisión de trasladarse solos a un país distinto, arriesgando su vida en el trayecto, adentrándose en una sociedad distinta, sin conocimientos adecuados de la lengua, sin medios de vida que garanticen la supervivencia y en una situación de permanente exposición a riesgos tales como los abusos, el abandono o la violencia.

Pese a todo, la realidad de la inmigración no sólo comporta riesgos en las situaciones que se describen. También las oportunidades que ofrece pueden resultar muy valiosas para quienes afrontan el proyecto migratorio: pueden permitir salvar la vida en una situación crítica, eludir la esclavitud o un matrimonio forzado, conseguir un trabajo y una vida digna, una educación y un futuro.

Lamentablemente la distancia que existe entre los derechos reconocidos a los menores en los tratados y convenciones internacionales cada vez dista más de traducirse en normas protectoras aplicadas de forma efectiva en países como España o los de nuestro entorno.

## II. LA DIFICULTAD DE ARTICULAR LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA ANTE EL DISCURSO ANTI-INMIGRACIÓN

En la última década el discurso político que se articula en torno al fenómeno migratorio se desplaza entre la aplicación de medidas duras y el rechazo directo hacia el inmigrante. El avance inopinado de los populismos abona el terreno de los alegatos antiinmigración que persiguen el voto, haciendo uso de bulos que proliferan y en los que se recoge el uso indiscriminado de prestaciones y ayudas públicas.

Simultáneamente se difunde entre la opinión pública que los menores no acompañados son responsables sistemáticos de atentados a la propiedad, violaciones y otros delitos graves cuando precisamente las estadísticas desmienten esta realidad<sup>7</sup>. Ciertamente es, como se reconoce, que los

6. AA.VV., *Infancias invisibles, Save the children, Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*, 2016, p. 12.

7. Vid. Documental de TV, *Sucede en Melilla: Menores Extranjeros No Acompañados*, Abril.2016, disponible en la URL: <https://www.youtube.com/watch?v=75dcikc6x-8> Recoge las manifestaciones del titular del Juzgado de Menores de la C.A.M. en el sentido de que la comisión de delitos por parte de los menores extranjeros "no llegan al 10% de los cometidos por jóvenes infractores en Melilla" lo que evidencia que no deja

menores sufren rechazo, especialmente cuando buscan la compañía del grupo para protegerse, aunque de forma inevitable su aspecto con frecuencia genera miedo. Se trata del mismo miedo que suele acompañar a la pobreza y a la falta de recursos para vivir con dignidad.

Al hilo de lo expuesto, basta que un menor no acompañado aparezca como presunto responsable de la comisión de un delito para que determinados medios lo pongan en el foco de la actualidad, haciéndoles responsables de la inseguridad ciudadana y ofreciendo la imagen de que muchos de ellos son drogadictos y de que han dejado su país para delinquir.

Ha aparecido con fuerza un nuevo factor que se ha erigido en elemento de confrontación política y que condiciona el perfil de los mensajes emitidos. En situaciones en que progresa la crisis económica y se produce inestabilidad, se incrementa el rechazo de los emigrantes en favor de los nacionales. El mensaje que se lanza contra la inmigración tiene una expresión sencilla, cala rápido entre los ciudadanos y se acoge de un modo instintivo. Cuando hay crisis se anteponen, en primer lugar, las necesidades propias.

En nuestro país la población inmigrante se multiplicó por 10 desde el año 1996 hasta el 2010, pasando de medio millón hasta 5,6 millones, manteniéndose en la actualidad (enero de 2020) tras un período de caída coincidente con la crisis económica por encima de los 5,2 millones.

En la actualidad el fenómeno migratorio ha determinado uno de los mayores cambios que se han producido a nivel social, demográfico y económico y se ha proyectado con fuerza en la arena política, si bien con frecuencia se busca un rédito electoral con argumentos carentes de responsabilidad.

En el discurso político relativo a la inmigración se han primado las connotaciones negativas sin ofrecer respuesta a los conflictos existentes. Se busca recoger el fruto de las pulsiones primarias que se asocian a un tema que pretende aprovechar el malestar reinante y se aprecia que las propuestas negativas sobre la inmigración suelen generar rédito en las urnas. Lo expuesto lleva a la renuncia de mensajes favorables hacia la inmigración al intentar sortear una respuesta electoral perjudicial, lo que, en definitiva, redundará en perjuicio de las políticas de apoyo a la inserción social de los migrantes.

de ser una sensación de inseguridad la que puedan crear que no se proyecta sobre la realidad estadística.

### III. EL MENOR NO ACOMPAÑADO Y SU ESTATUTO JURÍDICO

Cuando se hace mención de un menor no acompañado se hace referencia a un "extranjero que no ha cumplido la edad de 18 años (mayoría de edad) cuando accede a territorio español sin encontrarse acompañado por un adulto que asuma la correspondiente responsabilidad para afrontar su cuidado, bien sea en la forma legal establecida o bien conforme a la costumbre, situación de la que deriva un riesgo de desprotección"<sup>8</sup>. La situación fáctica descrita ofrece una especial vulnerabilidad del menor por diferentes motivos que se acumulan como su condición de foráneo, el habitual desconocimiento del idioma y la falta de madurez asociada a la minoría de edad.

La normativa protectora del menor, entre la que destaca la LOPJM relaciona una serie de derechos básicos del niño que le amparan con carácter independiente de su nacionalidad. Por tal motivo, la detección de la mera presencia del menor extranjero debería resultar condición suficiente para activar el dispositivo protector que dispensa la ley. Entre las novedades introducidas por la reforma de la LOPJM, a tenor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, el artículo 12.4, que desarrolla las "actuaciones de protección", se incorpora la presunción de minoría de edad desde la localización del presunto o autodeclarado menor hasta la determinación efectiva de la edad.

En los supuestos en que un menor extranjero es localizado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y no se pueda determinar su edad de forma fiable a través de la documentación de que disponga o de su apariencia física, concurre la obligación de proceder a su entrega a los servicios de protección de menores, donde deberá recibir atención inmediata.

Paralelamente el Ministerio Fiscal<sup>9</sup> debe disponer en el plazo más breve posible la determinación de la edad del presunto menor pudiendo recurrir en tal caso a los servicios sanitarios correspondientes. Entre los métodos diagnósticos se encuentra un examen médico general y un estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda. También cabe un estudio dental (ortopantomografía) por el que se realiza una radiografía panorámica, una técnica radiológica que ofrece una perspectiva general de los maxilares, mandíbula y dientes.

8. Sánchez Pérez, J. "El menor inmigrante no acompañado en la frontera", en AA.VV. *La diversidad cultural. Migraciones en Melilla y actividad emprendedora*, (Dir. Burgos Goye), Aranzadi, 2017, p. 2016.
9. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, publicado por el Resolución del Ministerio de la Presidencia de 13 de octubre de 2014.

La prueba consistente en el análisis radiológico del carpo es la prueba médica más extendida para la determinación de la edad. Consiste en la apreciación radiográfica del grupo de ocho huesos que constituye la base de la muñeca, procediéndose a comparar con unas tablas elaboradas a través de estudios estadísticos que contemplan el desarrollo óseo a diferentes edades. Esta prueba se limita a situar la edad de una persona con un margen de error que oscila entre los dos y los cuatro años. En consideración a esa falibilidad la Instrucción 2/2001 de 28 de junio, en interpretación del artículo 35 LO 4/2000, determina que a falta de otros datos relevantes se considerará que la edad es la correspondiente al límite menor de la franja resultante.

Esta técnica sustentada en el análisis de la edad ósea ha sido cuestionada desde distintas perspectivas. En primer término, las tablas de edad utilizadas como referencia se corresponden a estudios llevados a cabo en EE.UU. con jóvenes durante la década de los años 30, sin que parezca razonable establecer parámetros comparativos con la población norteamericana si atendemos a las condiciones de desnutrición o deficiente alimentación que suele condicionar el desarrollo de los niños de origen magrebí o subsahariano. En segundo lugar, nos traslada la inseguridad jurídica e incerteza que se desprende de la aplicación de un margen tan amplio como el contemplado<sup>10</sup>.

A la hora de poder determinar si la persona observada es o no mayor de 18 años la predicción más efectiva la ofrece la radiografía del carpo (edad ósea) seguida a continuación del denominado MÉTODO DE DERMIJIAN (edad dental). La literatura médica ratifica que estos dos métodos conjugados de forma simultánea ofrecen los resultados más fiables para la determinación de la edad real<sup>11</sup>. La combinación de ambas variables facilita que la producción de errores considerados como éticamente inaceptables se limite al mínimo. El uso de esta doble variable (edad ósea y dental) supuso una mejoría significativa en la predicción de la edad cronológica de los sujetos de esta población y permitió minimizar el número de errores éticamente inaceptables de la prueba.

En este caso le corresponde al Fiscal de Menores llevar a cabo un juicio de proporcionalidad relativo a la procedencia de la realización de las pruebas en los supuestos en que pudiera advertir que el pasaporte o documento de identidad equivalente aportado no ofreciera fiabilidad. La

apreciación no se refiere a la hipotética falta de validez del documento, sino a que el mismo pueda incorporar algún tipo de información que pueda resultar incierta o de carácter problemático<sup>12</sup>.

La responsabilidad en última instancia relativa a la determinación de la edad corresponde, pues, al Fiscal pudiéndose apreciar la conveniencia de realizar otras evaluaciones complementarias tales como la entrevista del menor. Tales pruebas ofrecen una fiabilidad cuestionable, considerándose válidas pese a la repercusión que puedan implicar para la persona afectada, que queda en un marco de desprotección total y puede resultar expulsada, derivada a un Centro de Internamiento de Inmigrantes o quedar sin protección o apoyo de ningún tipo.

Se ha generado una marcada polémica derivada de la práctica consistente en cuestionar la situación de los inmigrantes que se encuentran en posesión de un pasaporte que constata una situación de minoría de edad. A pesar de ello en ocasiones se ha recurrido a realizar pruebas médicas complementarias para intentar contrastar la efectividad de ese documento oficial. A este respecto la Sala de lo Civil vino a determinar que, en tales casos, se debe reconocer el acceso a los servicios de protección del menor sin que resulte precisa la realización de pruebas complementarias (Pleno Sala de lo Civil, SSTS de 23 y 24 de septiembre de 2014, RJ 2014, 4839 y RJ 2014, 4689). Las resoluciones indicadas venían a concluir que no procede cuestionar sin una justificación razonada la edad del menor si este dispone de un pasaporte válido. El procedimiento se inició como consecuencia de la reclamación iniciada por un menor de Gambia que fue sometido a las pruebas de determinación de la edad a pesar de que disponía de pasaporte que justificaba la minoría de edad. Se concluye, en doctrina que después ha sido mantenida por la STS 320/2015, de 22 de mayo, RJ 2015, 3840, que quienes dispongan bien de pasaporte, bien de partida de nacimiento válida no pueden ser sometidos a pruebas de forma indiscriminada.

Cuando se ha determinado que se está ante un menor de edad (art. 35 LOEx) el Ministerio Fiscal lo ha de poner a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad en que se encuentre, que dispondrán las medidas adecuadas para la asunción de asistencia del menor o bien para ordenar la repatriación a su país de origen. No hay que olvidar que en estos supuestos, el retraso de la declaración de desamparo del menor cuando se aprecia con claridad que cumple los requisitos

10. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>. D., Revista de derecho migratorio y extranjería, núm. 20, 2009, p. 14.

11. Garamendi P.M., et altri, Estimación forense de la edad en torno a 18 años. Estudio en una población de inmigrantes indocumentados de origen marroquí. *Cuadernos de medicina forense* núm. 31 Málaga, 2003.

12. Vid. sobre la determinación de la edad en general y la labor de la Fiscalía en particular, Durán Ruiz, F. J., Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 208-221.

se opone al principio fundamental del interés superior del menor<sup>13</sup> que orienta toda la legislación de protección del menor con infracción del artículo 2 LOPJM.

## 1. LA ONU A TRAVÉS DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DENUNCIA INCUMPLIMIENTOS DE DERECHOS HUMANO POR ESPAÑA

La doctrina jurisprudencial citada no ha impedido que la expulsión de inmigrantes mantuviera su curso. De hecho, el Comité de los derechos del niño (en adelante CDN) de la ONU ha denunciado que las prácticas llevadas a cabo en nuestro país respecto de los jóvenes extranjeros no acompañados, incurren en una reiterada violación de los derechos humanos.

En concreto se precisa que durante el año 2019 se han producido catorce decisiones relativas a la determinación de edad de este colectivo que incurren en diversas violaciones de la Convención sobre los derechos del niño, en particular, el derecho a la identidad, el derecho a ser escuchado, y el derecho a la especial protección de los niños privados de su entorno familiar. Entre los expedientes revisados se encuentra el de un guineano que alegaba tener 17 años y que llegó en patera a las costas de Almería en junio de 2017. Este manifestó a la Cruz Roja ser menor de edad a pesar de lo cual fue registrado por la policía como un adulto de 21 años, sin realizarse prueba alguna de determinación de la edad, procediéndose a su ingreso en un CIE (centro de internamiento para extranjeros adultos) ubicado en Madrid. El joven a través de la Fundación Raíces pudo obtener una copia certificada de su nacimiento en Guinea del que se desprendía su minoría de edad que fue presentado en diversas instancias. A pesar de ser puesto en libertad, el joven quedó abandonado a su suerte sin aplicársele el reconocimiento de la minoría de edad, ni la protección propia de los derechos reconocidos a los niños conforme a la Ley de Protección del Menor y de las normas internacionales.

También se constataron casos como el de A.L. que alcanzó las costas de Almería en patera en el mes de abril de 2017. Pese a carecer de documentación manifestó tener 17 años lo que determinó que se realizara un reconocimiento de determinación de la edad (radiografía del carpo), prueba que concluyó que tenía más de 19 años, lo que determinó que la Fiscalía emitiera un decreto declarando su mayoría de edad y acordando

13. Durán Ruiz, F.J., "MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia", REDMEX núm. 55/2020, 2020, p. 14.

el traslado a un CIE. También en este caso la Fundación Raíces, aportó un certificado de nacimiento en los Juzgados de Almería del que se desprendía la minoría de edad del afectado que no obtuvo respuesta alguna.

Sobre estos antecedentes los expertos del CDN emitieron informe en el que consta que España "no realizó un procedimiento adecuado de determinación de la edad", reseñando que cuando, como era el caso, las pruebas médicas se limitan a una radiografía del carpo el margen de error es considerablemente amplio, estimándose en cuatro años. El Comité destaca la relevancia que tiene respetar las garantías desplegadas en la verificación de la edad de los menores en la medida en que de las mismas se desprenden los derechos de protección anudados a la condición de menor<sup>14</sup>.

En el proceso de determinación de la edad de quienes alegan la condición de menores se considera fundamental permitir el acompañamiento de un representante que puede defender la posición del joven y el respeto al derecho de apelación frente al resultado de las pruebas. Tal opción se incardina en el propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la constitución (artículo 24) dispensa a todo ciudadano independientemente de su condición, origen o situación administrativa. En tal contexto se impone mantener la presunción hasta en tanto se verifique de forma adecuada el derecho del afectado.

El informe emitido por el CDN solicita a España que tutele el interés del menor introduciendo las garantías necesarias en los procedimientos de determinación de la edad, destacando que junto a la prueba ósea resulta conveniente realizar otras pruebas ("dental" y entrevista clínica con el menor) así como respetar la relevancia de la documentación (pasaporte o certificado de nacimiento) que acredite en origen la condición del menor.

Todo lo expuesto también se enfrenta con el propósito mostrado por el legislador en la reforma de la LOPJM<sup>15</sup> donde se contempla, de forma expresa, "la presunción de minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad, hasta que se determine finalmente la misma", quedando en evidencia que se ha podido dar un cumplimiento ineficaz o inadecuado a lo formalmente recogido en la norma.

14. Consejo General de la Abogacía (2020) *La ONU considera que la prueba de determinación de edad que España hace a los migrantes no acompañados viola los derechos humanos*. En línea, URL: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-onu-considera-que-la-prueba-de-determinacion-de-edad-que-espana-hace-a-los-migrantes-no-acompanados-viola-los-derechos-humanos/>.

15. Art. 12.4 LOPJM (según redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

En estos supuestos, corresponde al Ministerio Fiscal (no a las fuerzas de orden público) realizar un juicio de proporcionalidad para plantear la realización de pruebas médicas de las que pueda desprenderse con certeza la edad de la persona, expresando los motivos de los que pueda desprenderse que el pasaporte, cualquier otro documento de identidad, o el certificado de nacimiento aportado puedan no aportar garantías suficientes de fiabilidad.

Pese a que la Fiscalía General del Estado emitió la Circular n.º 2/2018, 1 de Junio, para unificar criterios de actuación lo cierto es que se siguen produciendo decisiones no unificadas que han seguido permitiendo un continuo goteo de denuncias dirigidas hacia el Estado español por deficiencias en el reconocimiento de los derechos de los menores. Recoge el posicionamiento sobre las diversas pruebas médicas existentes con relación a la determinación de la edad, así como su valoración, destacando cuál es la fiabilidad científica relativa a los métodos y pruebas que se han de llevar a cabo.

La contradicción en que incurre el planteamiento normativo parte de considerar la ineficacia de documentos administrativos oficiales válidos emitidos por otro país, cuya falsedad o inexactitud no se impugna de forma oportuna. En esto casos, no obstante, pueden resultar ineficaces para determinar la edad efectiva pese a que mantengan la validez para el resto del mundo. La doctrina más reciente (STS, Sala 1ª, de 16 de junio de 2020, RJ 2020, 2274) se hace eco de las irregularidades llevadas a cabo por el Estado español a tenor de las denuncias evacuadas por el CDN cuestionando el uso de métodos intrusivos, incluso cuando se acredita la minoría de edad con documentos oficiales.

Se dispone así que si el Estado alberga dudas relativas a la validez de las actas de nacimiento o pasaporte debe dirigirse a las autoridades consulares para dilucidar la situación. Matiza la sentencia que pese a que la doctrina del TEDH admite cierta discrecionalidad por parte de las autoridades de cada nación relativas a la estimación de las pruebas aportadas, y que la Recomendación n.º 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativa a la lucha contra el fraude documental (Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, de la Comisión Internacional del Estado Civil [BOE 24/4/2006]) mantiene un margen interpretativo que se puede considerar amplio a la hora de desplegar las diligencias investigadoras, no puede cerrarse el procedimiento aduciendo que con el paso de los años no puede quedar duda al respecto de que el afectado finalmente ha alcanzado la mayoría de edad, dado que, en tal caso, no solo se constata que se omitió al menor la protección que se le debió dispensar sino

que por tal conducta puede inferirse una responsabilidad de la Administración en sus actuaciones.

## 2. EL POSICIONAMIENTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

El informe de la oficina del Defensor del Pueblo, de 25 de Enero de 2021<sup>16</sup>, destaca como UNICEF llama la atención acerca de las deficiencias registrales que se producen en la mayoría de los países en desarrollo de modo constatándose que se superan porcentajes del 64% en nacimientos no registrados en el África subsahariana. Esta realidad contrastada salva las recurrentes afirmaciones de que la mayoría de los indocumentados que traspasan fronteras lo hacen a propósito para intentar buscar o eludir las exigencias de la normativa de extranjería.

Alude el informe a las garantías que deben cumplirse a la hora de la determinación de la edad, recordando las medidas que el CDN establece recordando que no solo se debe considerar la externa apariencia física sino la madurez psicológica que se pueda mostrar. En cuanto a la evaluación en sí, se debe ser respetuoso con el interés preferente del menor, atendiendo a consideraciones de género, eludiendo cualquier comportamiento que pudiera attentar a su dignidad o intimidad, prevaleciendo, en todo caso, la presunción de la minoría de edad hasta que no finalice de forma concluyente el procedimiento de determinación de la edad.

El Convenio sobre Derechos del Niño (artículo 12) advierte que cuando se procedan a adoptar decisiones con relación a un menor se debe recabar su deseo y opinión al objeto de tenerla debidamente en consideración, garantizando la protección de niños que pudieran padecer alguna discapacidad, pertenecer a minorías, o ser inmigrantes que se desplacen solos o tengan dificultades para hablar el idioma de uso predominante. Partiendo de esta referencia normativa, subraya el informe que los Estados deben abordar el cumplimiento de las normas de determinación de la edad con imparcialidad, protegiendo tanto el derecho de defensa del menor como su derecho de acceso al expediente, sin que sea aceptable que se restrinja o limite el acceso a los derechos fundamentales que le protegen.

Desde la oficina del Defensor se pone el acento en la escasa fiabilidad de las pruebas óseas que se llevan a cabo, con frecuencia, como único elemento decisorio para determinar la edad siendo preciso que lo contemplado en la Circular 2/2018 FGE se observe de forma efectiva para evitar

16. Defensor del Pueblo, *Determinación de la edad de menores extranjeros indocumentados*, 2021. En línea: <https://www.defensordelpueblo.es/otras-publicaciones/determinacion-la-edad-los-menores-extranjeros-indocumentados/>.

que aparezca como mero papel mojado. Se constatan así irregularidades en la realización de pruebas médicas completas y la ausencia de notificación de los decretos que impide su conocimiento y limita toda posibilidad de recurso, generando indefensión y el consecuente incumplimiento de la tutela judicial efectiva.

Asimismo la institución informante ha verificado que las pruebas médicas que se realizan no siguen el documento consensuado de buenas prácticas emitido por los institutos de medicina legal de nuestro país. Pero es que además se aprecia que ni siquiera se cumplen las propias directrices de la Circular n.º 2/2018 de Fiscalía General del Estado.

Como documento videográfico que pueda aglutinar las buenas prácticas en este ámbito la *European Asylum Support Office* (EASO) y el Consejo de Europa han publicado conjuntamente un vídeo animado dirigido a los menores extranjeros extracomunitarios que llegan al interior de Europa, respecto de los cuales puedan existir dudas razonables relativas a su edad. En él se expresa el derecho que asiste a los menores de que se le asigne un tutor. Y, toda vez que el despliegue de derechos vinculados a la situación de minoría de edad viene determinado por el efectivo reconocimiento de esta condición se pone un especial énfasis en concretar los medios que se han de implementar para verificar el estatus en situaciones dudosas. El tutor es el que transmitirá las inquietudes que pueda formular el menor, procurando que se le escuche de forma efectiva. Ha de transmitir al menor cuál es el contenido efectivo de sus derechos, incluida la formación en escuelas, derecho a vivienda, asistencia sanitaria y alimentos configurando una situación integral de protección.

Para poder determinar la edad del joven cuando el mismo esté indocumentado los funcionarios de cada país europeo pueden solicitar que se sometan a una "evaluación de edad". Tras hacerla se debe conceder al menor un documento que lo identificará como un "niño" o "niña". Este medio que permite determinar la edad a tenor de la entrevista realizada se erige como el medio menos invasivo para el menor. También cabe una segunda fórmula complementaria a través de una entrevista con un psicólogo. La tercera fórmula implicará un reconocimiento físico que se llevará a cabo por un médico que podrá revisar el peso y la altura y, según los casos, podrá realizar un análisis dental. El menor puede elegir, en el supuesto de que estén disponibles, a un médico o a una médica pudiendo asimismo recurrirse a la posibilidad de realizar un análisis del carpo a través de una radiografía. Los resultados que arrojen las pruebas médicas al oscilar en un arco que concreta un margen de error debe, en todo caso, optar por aquella que resulte inferior en beneficio del menor. Una vez

finalizado el trámite se informará al afectado de los trámites que ha de llevar a cabo si no estuviera de acuerdo con la resolución finalmente adoptada, intentando actuar siempre en favor del "interés superior del niño".

#### IV. LOS MENORES EXTRANJEROS Y SU ACCESO A LA ACTIVIDAD LABORAL COMO "PASARELA" PARA SU INTEGRACIÓN SOCIAL

La concesión de la autorización de residencia se suele otorgar a los menores cuando los mismos mantienen la situación de acogida en alguno de los servicios de protección de menores. Aunque normaliza la estancia en el país no habilita de forma automática para trabajar, circunstancia que sería factible en la franja de edad comprendida entre los 16 y los 18 años. El motivo reside en que la autorización para trabajar no aparece incorporada a la Tarjeta de Identidad de Extranjero<sup>17</sup>.

El Estatuto de los Trabajadores en su artículo 6, con enunciado referido al trabajo de los menores, admite la posibilidad de que estos, cuando alcanzan los 16 años, puedan alcanzar la capacidad para ser sujetos de la relación jurídica de trabajo. En este ámbito la normativa protectora específica contempla que por debajo de la mayoría de edad no se permite la realización de trabajos nocturnos, que puedan resultar insalubres, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana.

A tenor de las prevenciones establecidas el artículo 36.1 LO 4/2000 establece que los extranjeros mayores de 16 años "precisarán la autorización administrativa previa para trabajar". En tal caso, la autorización de residencia se ha de conceder de forma conjunta a la de residencia. A su vez el artículo 40.1 LO contempla que, en cuanto colectivo protegido, no aparecerá condicionado por la situación nacional del empleo. A tal fin se podrán llevar a cabo actividades laborales siempre que a criterio de la entidad que tutele al menor "favorezcan su integración social", eso sí, una vez que se hubiera constatado –en interés del menor– la imposibilidad de retornar con su familia o a su país de origen. En la hipótesis de que la actividad designada facilite la aludida "integración social" no resultará precisa (artículo 41.1 LO) la "obtención de autorización de trabajo".

Sobre la base de las fuentes citadas se ha dictado la instrucción 1/2020, en fecha 6 de marzo, emitida por la Secretaría de Estado de Migraciones

17. Vid. respecto de políticas de empleo. Durán Bernardino, M., "Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social...", REDMEX, núm. 50/2019, pp. 63-82.

y por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral y que ha incorporado de forma expresa la opción por la que cuando se esté en posesión de autorización de residencia a un menor extranjero, la misma le habilitará una vez que cumpla 16 años sin que resulte preciso ningún tipo de trámite administrativo añadido. Al objeto de eludir dudas interpretativas las autorizaciones otorgadas incluirán de forma expresa el texto "habilita a trabajar por cuenta ajena". La excepción aprobada a la necesidad de la obtención de la autorización de trabajo se mantendrá (118.3 del Real Decreto 557/2011), matiza la instrucción, hasta en tanto se prorroguen las circunstancias que dieron lugar a su aprobación.

Pese a que se trata de un paso hacia adelante para la integración de quienes llegaron al país siendo niños y niñas, la realidad evidencia que no es un porcentaje alto el que puede llegar a obtener el imprescindible permiso de residencia. Se habla del 20% siendo el mismo achacable a la dificultad en la colaboración de los consulados de los países de origen y los problemas que suelen desencadenarse en los centros de acogida. Según la Secretaría de Estado de Migraciones a 31 de diciembre de 2019 había 12.417 menores extranjeros tutelados de los que solo 2.573 disponían de permiso de residencia.

El objetivo perseguido por la instrucción reside en limitar los problemas que suelen tener los menores al cumplir la mayoría de edad, intentando flexibilizar las numerosas situaciones de irregularidad sobrevenida que se producen. En este contexto se han dictado dos SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 5ª, núm. 1155/2018, de 9 de julio, RJ 2018, 3135, y 110/2019 de 1 de febrero, RJ 2019, 209, que ofrecen una foto fija de la extrema dificultad que tienen los extutelados que pretenden la renovación del permiso de residencia cuando la misma no incorpora el acceso a un trabajo remunerado.

Con anterioridad las administraciones o familias que tutelaban a los menores podían aportar un certificado que acreditaba la manutención del menor apreciándose el mismo como suficiente. La doctrina expuesta apela a la aplicación del reglamento de extranjería concluyendo que para los menores extutelados resulta de aplicación el régimen general de condiciones que se aplica al resto de extranjeros.

Las sentencias citadas apreciaron como "un requisito insoslayable" que los medios de vida a acreditar sean propios y no procedan de ayudas públicas o garantías de manutención ofrecidas por asociaciones o familias. Se constata que para obtener el primer permiso los menores tienen que acreditar que disponen de 537,84 euros mensuales, en tanto que, a la renovación del mismo, transcurrido un año, se les exige la acreditación

de ingresos equivalente a 2.151,35 €/mes, cantidad que, además, es notablemente superior al salario medio en España que se sitúa en torno a los 1.600 €/mes. El Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones José Luis Escrivá en la Sesión Plenaria del Senado del día 19 de mayo de 2020 expresó tácitamente su disconformidad con la doctrina de nuestro máximo Tribunal, quizás sin considerar de forma adecuada que el poder judicial viene obligado a aplicar las normas vigentes con el margen interpretativo que permite su contenido y el sentido en que se encuentran redactadas, de modo que la consecución de un ordenamiento que alcance mayores niveles de justicia no puede pasar por solicitar a los jueces que no apliquen las normas, sino por reclamar al poder legislativo que modifique las normas que considere no se ajustan a la sensibilidad social o no resuelven los conflictos existentes de forma adecuada. Al fin propuesto lo que procedería es reformar el artículo 198 del Reglamento de Extranjería que es el que incorpora los requisitos precisos para la renovación del permiso de residencia.

En el contexto que se ha descrito es la Administración Pública la que no provee al menor tutelado de la renovación del permiso de residencia, contexto en el que los extutelados que no acceden a tal renovación han intentado solventar su situación recurriendo a los tribunales que, en principio, no parecen tener otra alternativa viable que aplicar la norma aprobada en sede parlamentaria, correspondiendo la solución de la discutible equidad de la solución ofrecida, bien a la Administración proveyendo a los afectados de la renovación de los permisos de residencia solicitados o bien, a través de las vías normativas de que dispone el Estado poner en marcha los mecanismos precisos para modificar los artículos 196, 197.2 y 198 del Reglamento de Extranjería. Téngase presente que el artículo 197.2 remite expresamente para la renovación de los permisos de los menores extutelados al régimen general aplicable a las renovaciones de carácter temporal no lucrativas.

Con el transcurso de los acontecimientos a lo largo del pasado año (2020) fueron varias las iniciativas adoptadas por el gobierno en relación a los menores extranjeros.

En primer lugar, se dictó el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril. El mismo procedió a reconocer de forma automática el derecho a trabajar a los jóvenes extranjeros cuyo estatuto jurídico no hubiera incorporado el permiso o la habilitación para trabajar por cuenta ajena. Se recuerda que para el mantenimiento de la producción agrícola la mano de obra resultó imprescindible para afrontar las consecuencias de la crisis del COVID-19. Sobre la autorización otorgada por este Real Decreto se ha facilitado a un número considerable de jóvenes la primera oportunidad de trabajo, hecho

que puede resultar determinante para su inclusión social especialmente de aquellos que hubiesen estado bajo tutela legal o custodia de una institución pública o privada de protección de menores.

La norma comienza advirtiendo en su preámbulo la carencia de mano de obra debida a la disminución de los trabajadores que, de forma habitual, realizan los trabajos agrícolas como jornaleros del campo español. Las causas aparecen bien definidas a través de las limitaciones de movilidad generadas por la pandemia del COVID-19 impidiendo los desplazamientos de los trabajadores desde sus países de origen y las propias medidas adoptadas para evitar la propagación. Se advierte que tales dificultades, al disminuir la mano de obra disponible, pueden afectar seriamente a la producción de las explotaciones agrícolas al provocar una pérdida de mano de obra que incluso podría incrementar el riesgo de desabastecimiento de productos alimenticios. El Real Decreto-Ley 13/2020 tiene como finalidad establecer medidas extraordinarias con vigencia durante el estado de alarma que permitan flexibilizar el empleo y corregir los desequilibrios producidos sobre todo en el sector agrario. Las medidas adoptadas permitieron mantener la capacidad productiva de un número importante de explotaciones agrarias, facilitando un equilibrio necesario para el sector hortofrutícola en múltiples comarcas del país.

Más adelante, se dictó el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Incluye una disposición adicional (2ª) que hará posible que una vez que finalice el permiso de trabajo concedido para cubrir la falta de mano de obra provocada por las medidas sanitarias, los jóvenes que hubieran realizado esta actividad podrán tener acceso a una autorización de residencia y trabajo. Debe advertirse que para la eventual autorización de la residencia de larga duración se tendrían en consideración la totalidad de los períodos de residencia que se hubiera producido de forma legal y continuada, no solo los períodos que se deduzcan de la autorización facilitada a través de los nuevos Decretos sino también aquellos otros períodos que se deduzcan de anteriores autorizaciones.

Tal DA 2ª se aplica a los nacionales de terceros países que partan de una situación de regularidad y cuenten con una edad comprendida entre los 18 y 21 años, siendo éstos los que accederían al permiso de residencia y trabajo, si hubieran prestado servicios en el sector agrícola en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril.

El trámite para llevar a efecto la solicitud que debe seguir el trabajador extranjero puede realizarse de forma personal o a través de representante

a través de los medios telemáticos habilitados al efecto, debiendo cumplimentar los siguientes requisitos:

- 1) Que la contratación se hubiera llevado a cabo conforme a lo contemplado en el artículo 2.1.d) del Real Decreto-ley 13/2020 desempeñando una actividad continuada en el sector agrícola y siempre que no hubiera ejercido el desistimiento de la prestación de servicios realizada.
- 2) Que el trabajador carezca de antecedentes penales.

El plazo para la presentación de la solicitud se concreta en un mes que se contará a partir del transcurso en que mantuviera su vigencia el Real Decreto-ley 13/2020 en la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia en que tuviera fijada la residencia el interesado. La resolución administrativa ha de emitirse en el plazo de un mes, operando en favor del solicitante el silencio administrativo, que apreciará estimada la solicitud para el caso de ausencia de respuesta expresa.

La autorización otorgada tendría una vigencia de dos años, pudiendo renovarse por otros dos con validez en la totalidad del territorio nacional, sin que puedan aplicarse limitaciones de ningún tipo relativas a la modalidad de la ocupación o sector de actividad. Tampoco, de otro lado, se podrá considerar para tales ocupaciones las limitaciones que se aplican a los trabajadores inmigrantes extracomunitarios, relativas a la situación nacional de empleo.

Una vez que transcurra el plazo de un mes a partir de que se hubiera notificado la concesión el interesado debe proceder a solicitar la tarjeta de identidad de extranjero. Por otra parte, este Real Decreto-ley, ante la ausencia de remisión de los efectos de la pandemia, acordó el mantenimiento de la prórroga de las medidas contempladas en el citado Real Decreto-ley 13/2020.

Se ha de tener presente que el cierre de fronteras generó un déficit de entre unos 75.000 y 80.000 trabajadores inmigrantes según cálculos realizados por el Ejecutivo, siendo este uno de los motivos explícitos en los Reales Decretos aprobados. Faltaba mano de obra para la recogida de los distintos productos hortofrutícolas afectando de forma directa no solo al abastecimiento propio, sino a uno de los pocos sectores económicos que podían mantener su capacidad de exportación y de creación de riqueza.

Facilitar la posibilidad de trabajo para los jóvenes de entre 18 y 21 años en situación regular ha sido pues una medida que ha permitido paliar la imperiosa demanda de mano de obra en los sectores agrarios, asegurando

la necesaria para que se pudieran recoger las cosechas y que los frutos de la recolección pudieran llegar al consumidor final.

## V. EL CUMPLIMIENTO DE LA MAYORÍA DE EDAD COMO PUNTO DE INFLEXIÓN

El mismo día en que el menor alcanza la mayoría de edad finaliza de forma brusca su régimen especial de tutela. En la gran mayoría de los casos se produce una situación en la que el menor pasa a quedar desprotegido, sin documentación que permita prorrogar la residencia y frente al grave riesgo de ser expulsado. En este momento crucial buena parte de los menores no acompañados carecen de toda protección o ayuda, aunque ni tan siquiera aquellos que han actuado de forma diligente para procurar su inserción social lo van a tener fácil.

En la frontera de los 18 años los menores van a enfrentarse a un plazo muy limitado para intentar conseguir la autorización temporal de residencia que se limitará a un plazo de 60 días naturales previos a la mayoría de edad o a los 90 posteriores. Se ha de partir del dato estadístico de que en torno al 80% de los menores no acompañados no disponen, de entrada, de este requisito que resulta condición previa inexcusable para poder obtener el permiso de trabajo.

De este modo sólo un limitado porcentaje de menores puede afrontar con éxito la petición del permiso de trabajo que les puede facilitar la reinserción social. Y, en estos supuestos, necesitarán acreditar una propuesta de contrato de trabajo con una duración de 1 año, a jornada completa y con percepciones salariales superiores al salario mínimo interprofesional. En ocasiones cuando, por fin, los menores consiguen la deseada oferta los trámites administrativos, y los tiempos de respuesta de la Administración, acaban frustrando estos intentos de regularización dado que las empresas no suelen disponer de tiempos de espera prolongados para la cobertura de los puestos de trabajo.

Así se cierra en bucle una expectativa de reinserción que la normativa de extranjería hace prácticamente inviable cuando exige (artículos 196, 197 y 198 del Decreto de Extranjería) que los menores que no han encontrado un trabajo estable acrediten unos recursos financieros de 537,84 euros mensuales, para el primer permiso de residencia (post-mayoría de edad) que habrán de incrementarse a 2.151,35 €/mes para la renovación del permiso una vez transcurrido un año.

El marco normativo descrito, que no resulta ajeno a los menores, provoca que cuando ser acerca el cumplimiento de la mayoría de edad buena parte de ellos abandone los centros de menores para intentar buscar fórmulas de supervivencia al margen de las instituciones quedando abandonados a su suerte en una clara situación de desamparo.

## VI. CONCLUSIONES

La especial situación de vulnerabilidad en que se sitúan los menores aparece remarcada no solo por su condición de menores y extranjeros sino por estar indocumentados en la mayoría de las ocasiones.

El marco normativo nacional relativo al estatuto jurídico protector de los menores resulta transparente. Sin embargo el cumplimiento efectivo de los derechos que el mismo genera dista mucho de proyectarse sobre la realidad. Las denuncias planteadas por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, dejan en evidencia el uso de métodos intrusivos cuando no directamente arbitrarios en los procedimientos de determinación de la edad de los menores, incluso en los supuestos en que estos exhiben documentos oficiales de su país de origen, acreditativos de su condición.

Los propios datos oficiales muestran de forma transparente el fracaso del modelo de protección cuando solo una cifra situada en torno al 20% de los menores no acompañados dispone de permiso de residencia. La situación de este colectivo al cumplir la mayoría de edad les coloca en una situación de extrema vulnerabilidad, ya que las condiciones que se les exigen al cumplir los 18 años resultan directamente inasumibles por la práctica totalidad del colectivo.

La proporción de los que puedan conseguir un contrato de trabajo a jornada completa y de duración de 1 año como acceso para el primer permiso de trabajo, una vez alcanzada la mayoría de edad, identifica a una clara minoría dentro del citado y exiguo porcentaje del 20% de menores. Si se analiza la situación del restante 80% aún resulta más inviable su situación, sin que parezca razonable que su suerte dependa de situaciones coyunturales, como la que genera la actual pandemia, de modo que la obtención del permiso para trabajar ha dependido, en exclusiva, de la carencia sobrevenida de mano de obra en el sector agrario.

Urge, como se ha dejado de manifiesto, abordar cambios normativos que permitan afrontar los compromisos jurídicos que se desprenden de los Convenios suscritos por nuestro país.

Procede pues acometer varias "propuestas de lege ferenda" que emerjen con claridad:

1º.) En lo que se refiere a los "protocolos de determinación de la edad", donde ocupan un papel protagonista los fiscales, se ha generado una clara inseguridad jurídica pues la Circular 2/2018 de la Fiscalía no solo se ha evidenciado como inoperante sino como mero papel mojado no trasladado a la realidad jurídica.

Se impone el establecimiento de un protocolo normativo que ha de adquirir virtualidad a través de una adición al párrafo 2º. del artículo 190 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, acogiendo los códigos de buenas prácticas establecidos por la *European Asylum Support Office* y el Consejo de Europa al objeto de un adecuado cumplimiento de la Convención de Derechos del Niño. Esta adición debe contemplar la exigencia de:

- a) Designación por parte del Estado de un tutor a cada menor en el momento en que surjan dudas relativas a su edad otorgando validez inicial a los documentos oficiales (pasaporte, DNI o partida de nacimiento) que reconozcan una situación de minoría de edad.
- b) Agotar las garantías para la correcta determinación de la edad del menor a través de: entrevistas a los menores por parte de funcionarios cualificados, entrevistas con psicólogos y la realización de pruebas médicas que no se limitarán a las de carácter óseo (dado su alto margen de error cifrado en 4 años) sino a las de carácter dental.

De otro lado también resulta destacable que el propio Defensor del Pueblo (informe de 13 de abril de 2020) urgió la modificación de los artículos reseñados, valorando que la instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones facilita que desde la edad laboral permitida se consolide una "pasarela jurídica" que garantice protección a los menores que pierden el régimen protector de la tutela pública al pasar a la mayoría de edad, permitiendo que se mantengan los itinerarios de inserción social.

2ª) A raíz de lo expuesto procede acometer una segunda "propuesta de lege ferenda" que alcance a:

- a) La modificación del artículo 196 del Reglamento de Extranjería en el sentido de ampliar el régimen previsto en el artículo 51 para que puedan beneficiarse del mismo los menores de 16 años.
- b) La modificación del artículo 197 –en conexión con el anterior– en el sentido de considerar que a efectos de renovación del permiso de residencia se tenga en consideración lo previsto en el artículo 71.6

para los supuestos en que no se pueda acreditar una actividad laboral mínima de tres meses, estableciéndose expresamente que el esfuerzo de integración se ha de considerar cumplido a través del informe de la entidad responsable de la tutela del menor.

- c) Y la modificación del artículo 198 estableciendo una vía de autorización de residencia por circunstancias excepcionales en la que respecto de los medios económicos a acreditar por el joven se considerarán suficientes en los supuestos en que acredite su inclusión en un programa de transición a la vida adulta seguido bien a través de la entidad pública responsable de la tutela o bien de la entidad privada responsable del programa de inserción socio-laboral.

Queda en evidencia, pues que sin un cambio de mentalidad y sin respetar la normativa internacional de forma adecuada nuestro sistema normativo no podrá avanzar hacia una sociedad más justa y respetuosa con los derechos humanos y, en concreto, con los derechos de los menores.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. *Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España*, UNICEF informe 2009.
- AA.VV. *Infancias invisibles, Save the children, Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*, 2016.
- Adam Muñoz, Mª D., *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 20, 2009.
- Bravo Rodríguez, R.M., "Las migraciones de los menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor", *Conferencia Estrasburgo*, MG-RCONF 11, 2005.
- Consejo General de la Abogacía (2020) *La ONU considera que la prueba de determinación de edad que España hace a los migrantes no acompañados viola los derechos humanos*. En línea, URL: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-onu-considera-que-la-prueba-de-determinacion-de-edad-que-espana-hace-a-los-migrantes-no-acompanados-viola-los-derechos-humanos/>.
- Defensor del Pueblo, *Determinación de la edad de menores extranjeros indocumentados*, 2021. En línea: <https://www.defensordelpueblo.es/otras-publicaciones/determinacion-la-edad-los-menores-extranjeros-indocumentados/>.

- Durán Bernardino, M., "Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 50/2019, pp. 63-82.
- Durán Ruiz, F. J., Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- Durán Ruiz, F.J., "MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 55/2020, pp. 17-52.
- Fernández Villazón, L.A., "Grupos vulnerables, apuntes para un concepto jurídico social", *RTSS. CEF*, n.º 404, 2016, pp. 109-134.
- Garamendi P.M., et altri, "Estimación forense de la edad en torno a 18 años. Estudio en una población de inmigrantes indocumentados de origen marroquí". *Cuadernos de medicina forense* no. 31 Málaga, 2003.
- Sánchez Pérez, J. "El menor inmigrante no acompañado en la frontera", en AA.VV. La diversidad cultural. *Migraciones en Melilla y actividad emprendedora*, (Dir. Burgos Goye), Aranzadi, 2017, pp. 203-218.

## La integración de la juventud migrante atendiendo a su especial vulnerabilidad<sup>1</sup>

MANUELA DURÁN BERNARDINO

*Profa. Contratada Doctora Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FACTORES QUE DIFICULTAN LA INSERCIÓN LABORAL DE LA JUVENTUD MIGRANTE. III. INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EMPLEO DE LOS JÓVENES MIGRANTES. IV. ACTUACIONES Y MEDIDAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS JÓVENES INMIGRANTES A NIVEL NACIONAL. 1. *Plan Nacional de Garantía Juvenil*. 2. *El Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021*. 3. *El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. 4. *Buenas prácticas a nivel autonómico*. V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### I. INTRODUCCIÓN

La presencia de inmigrantes es un fenómeno que ya caracteriza estructuralmente a la sociedad española, lo que plantea nuevos retos tanto en el ámbito educativo como en el laboral.

La diferente cultura educativa y laboral de procedencia condiciona enormemente su integración social y laboral a lo que hay que sumar la barrera idiomática, que puede representar un problema para la asimilación de la información y la formación adecuada y suficiente, así como para la cabal comprensión de las órdenes e instrucciones empresariales recibidas

1. El trabajo presentado es el resultado de una investigación.  
Correo electrónico de contacto de la autora: mduranb@ugr.es.