



I. Introducción

“Fundación Raíces”, organización que protege los derechos de los menores, adolescentes y jóvenes españoles y migrantes, así como a sus familias, presenta este escrito en respuesta al llamamiento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para participar en la Observación General Conjunta (OGC) sobre la Niñez en el contexto de la Migración, que será elaborada por el Comité de los Derechos del Niño (CDN) y el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias (CTM). Nos alegramos profundamente de que exista este tipo de iniciativas en las que se dé voz a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con menores migrantes, por ser un grupo que presenta enormes y específicas vulnerabilidades.

Nuestra experiencia se basa principalmente en la defensa legal y el apoyo psicológico, social y educativo de los menores en riesgo o en situación de exclusión social en España, especialmente aquellos cuyos derechos son vulnerados por las administraciones públicas. En los últimos años, tras ser conscientes de la falta de protección a los menores migrantes no acompañados en España, nuestros esfuerzos se han centrado en la defensa de ese colectivo y en la lucha por garantizar su protección.

II. Recomendaciones

Consideraciones generales

- La condición de **menor** debe prevalecer por encima de cualquier condición de otra naturaleza, especialmente la de **extranjero**, y con independencia de la situación concreta en la que se encuentre.
- **El interés superior del menor debe ser una consideración primordial** por encima de cualquiera otra, ya sea de carácter político, de control de los flujos migratorios, administrativa o judicial. Debe tenerse en cuenta además el **carácter evolutivo del interés superior de menor**, que depende en su totalidad de la situación concreta en la que el menor se encuentre en cada momento, tanto a nivel psicológico y social como político y administrativo, entre otros. Para ello, y de manera que tal principio sea siempre respetado, debe realizarse *“una evaluación clara y a fondo de su identidad, nacionalidad, crianza antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”* (CRC/GC/2005/6, párrafo 20), además de sus intereses, preocupaciones y aspiraciones.
- Los organismos competentes deben esforzarse más en garantizar la **formación especializada de los profesionales que entren en contacto con los menores extranjeros no acompañados** (principalmente funcionarios de policía, letrados,

jueces, fiscales, trabajadores sociales, educadores y médicos), concretamente en materia de los derechos del niño, asilo, ley de protección jurídica del menor, ley de extranjería y víctimas de trata de seres humanos, entre otras.

- **En cualquier actuación relacionada con menores**, y más aún cuando se trate de menores extranjeros no acompañados, se debe **garantizar el derecho del menor a ser oído**, mediante sí mismo o mediante una persona de su confianza que él designe.
- Se debe asegurar el cumplimiento del **principio de no devolución**¹, en las fronteras estatales de vuelta al país de tránsito u origen, especialmente en aquellas fronteras en las que la migración es especialmente masiva. Las devoluciones en caliente (*push backs*) deben finalizar, pues violan derechos fundamentales contenidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en muchos ordenamientos jurídicos nacionales siendo especialmente contrarias a los derechos de los menores no acompañados, debido a las condiciones de extrema vulnerabilidad de los mismos y a las graves consecuencias psicológicas, sociales y físicas que la devolución *de facto* ocasiona.

Creemos que la “**devolución en caliente**” implica un daño irreparable para el menor. No sólo se trata de un acto ilegal, que no respeta las leyes nacionales e internacionales y vulnera los Derechos Humanos, sino que además se trata de un acto violento dada la brusquedad con la que se realiza. Los menores que logran llegar a la frontera llevan muchos meses, incluso años, padeciendo situaciones de extrema vulnerabilidad y dificultad, con un gran riesgo para sus vidas y esta devolución suele resultar en la culminación de la desesperación. Implica, además, la desaparición completa del menor, ya que no consta en ningún registro, y es enviado de vuelta al país de origen o tránsito, del que precisamente huye por múltiples razones en las que se encuentra la pobreza y a veces la violencia. Las devoluciones en caliente implican *de facto* un desamparo y desaparición absolutos del menor.

Procedimiento de identificación del menor no acompañado

- En cuanto las autoridades policiales o de frontera localicen a un posible menor de edad no acompañado, lo **primero** que deberán hacer es **ponerlo a disposición** de los servicios de protección para que sean las **instituciones encargadas de la protección y cuidado de los menores** las que dispensen al menor la atención inmediata que requiera, siendo ellos quienes se responsabilicen de él.
- En el caso en el que al localizar al posible menor existan **dudas más que razonables sobre su minoría o mayoría de edad**, atendiendo a su apariencia física, atendiendo a lo manifestado por él y/o debido a que porte documentación que acredite una edad absolutamente incompatible con lo anterior se le debe **atender de forma inmediata**, siempre con la finalidad de que ningún menor se quede en situación de desamparo.
- En todo caso, una vez dada la atención que dispense y de manera inmediata, se le dará **audiencia con intérprete en su lengua materna y asistencia letrada** informándole de sus derechos y velando por el cumplimiento de los mismos, evaluando el grado de

¹ Convención de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los Refugiados (1951).

vulnerabilidad existente, las circunstancias particulares y las necesidades específicas de protección de cada menor, teniendo especial cuidado a la hora de identificar posibles casos susceptibles de protección internacional y/o asilo.

- De tratarse de un posible menor de edad no acompañado y en situación de desamparo, la tutela deberá ser **automática y la guarda en el recurso más idóneo atendiendo a las características personales de cada uno, especialmente en el caso de niñas que pudieran ser víctimas de trata.**
- En el caso concreto de las niñas víctimas de trata o en riesgo de convertirse en víctimas, deben crearse centros de acogida específicos para ellas donde se garantice la provisión de los servicios básicos además de apoyo psicológico y social especializado en esta problemática.
- Se recomienda a los Colegios de Abogados nacionales la creación de un Turno Especial de Letrados formados en materia de menores extranjeros no acompañados, lógicamente independiente de las Administraciones públicas que intervienen en todo este procedimiento. La asistencia letrada al menor extranjero es un requisito imprescindible para **hacer efectivo el derecho del menor a ser oído** en el procedimiento de determinación de la edad.
- Cualquier **procedimiento legal en el que se vea inmerso un menor debe estar adaptado**, teniendo debidamente en cuenta su edad, grado de madurez y uso de razón y atender a las necesidades de los niños con arreglo a los ***Principios Rectores del Consejo de Europa de 2010 sobre justicia accesible a los menores.***

Procedimiento de determinación de la edad

- **Sólo en los casos de menores indocumentados** cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se podrá iniciar un procedimiento de determinación de la misma, dotando al posible menor de asistencia letrada y siempre respetándose adecuadamente los derechos y garantías previstos en nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo de forma específica el consentimiento informado y tomando como referencia el *“Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados” (2010).*
- En cualquier caso, antes de someter a menores **indocumentados** a pruebas médicas de determinación de la edad se recomienda que las autoridades del país de acogida procedan a **ponerse en contacto con las representaciones diplomáticas** (Embajadas y Consulados) de los países de origen de los menores con el fin de obtener la documentación de los mismos.
- Las **pruebas médicas** -(exploración de los genitales, exploración de los molares, radiografía de la muñeca, etc.)- **adolecen de un margen de error muy alto** por lo que sus resultados no pueden ser utilizados como prueba irrefutable de la edad de una persona, tan solo pueden arrojar una horquilla de edad aproximada, que según la medicina, tiene un margen mínimo de error de +/-2 años y que por tanto deba ser

utilizada con máxima cautela. En este sentido se ha venido pronunciando la ONU en las últimas semanas².

- La determinación de la edad, según el art. 35 de la Ley de Extranjería en España, corresponde al Ministerio Fiscal y según todas las recomendaciones médicas y jurídicas al respecto, debe ser un médico forense quien establezca esa horquilla de edad que pueden estimar las pruebas, siendo el Fiscal quien deberá establecer una edad cronológica aproximada **siempre acogiéndose a la menor edad de la horquilla** y entendiéndose que tal edad se fijará de manera absolutamente provisional, hasta que aparezcan otras pruebas, como su documentación que, mientras no se invalide, será el único medio que pueda probar la edad cronológica del menor.

Ante un posible conflicto o discrepancia considerable, entre la edad manifestada por el menor y la estimada por las pruebas de edad, el Ministerio Fiscal debería asegurar, en el interés superior del menor, que **la edad pudiera ser establecida en un procedimiento judicial** con todas las garantías; a pesar de que el artículo 35 de la ley de extranjería, le otorgue al fiscal un poder extraordinario, pues esto puede provocar, cuando menos, indefensión en algunos menores.

- De cualquier modo y mientras no se modifique ese artículo 35 de la LOEX, lo que no cabe duda es que los **Decretos Fiscales de determinación de la edad deben ser directamente recurribles** en aras de la tutela judicial efectiva, por lo que se exige que se instrumenten los mecanismos legales para que quede instaurado y regulado un régimen de recursos en un procedimiento con todas las garantías. No sólo deben ser recurribles sus efectos jurídicos. La determinación de la edad es un asunto de suma importancia para cualquier individuo especialmente para los menores no acompañados.
- **En ningún caso se podrá iniciar el procedimiento de determinación de la edad cuando el menor se encuentre documentado como tal**, según su partida de nacimiento y/o pasaporte, y/o cualquier otro documento válido según las normas establecidas en su país de origen, debiéndose evitar situaciones como aquellas en las que se emite un decreto de mayoría de edad sobre un menor documentado con pasaporte o partida de nacimiento que demuestra su minoría de edad, pues estos menores se quedan en un **completo limbo vital**, tanto a nivel jurídico como social, educativo y sanitario, entre otros, siendo considerados menores de edad a todos los efectos, excepto para los únicos que tienen encomendada por ley su protección y tutela (el Ministerio Fiscal y las entidades de protección) con lo que ni son menores susceptibles de tutela, no pudiendo ejercer por tanto sus derechos ni cubrir sus necesidades como tales(alojamiento, educación, alimentación, sanidad, etc.) ni pueden acceder al mundo de los adultos para poder regularizar su situación, trabajar, etc.,

² *Proteger al menor extranjero solo*. Jan Jarab, representante para Europa de la Oficina del alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (OHCHR. Diario “La Vanguardia”
<http://www.lavanguardia.com/edicion-impresa/20160217/302216219956/proteger-al-menor-extranjero-solo.html> .

Carta completa de libre acceso en http://www.eldiario.es/desalambre/desproteccion-menores-migrantes-solos-Espana_0_485401785.html

teniendo que esperar en todos los casos a cumplir la mayoría de edad según sus documentos, para salir de ese limbo.

- La provisión de recursos por parte del Estado a asuntos relacionados con menores en el contexto de migración, especialmente los menores no acompañados, debe tener carácter **prioritario** así como **cualquier procedimiento de tipo administrativo, judicial o de otra índole debe acelerarse específicamente** para respetar en todo momento el interés superior del menor y buscar una solución lo más pronto posible. Concretamente, en el ámbito de la Justicia de carácter civil la toma de medidas cautelares/provisionales que tengan como objetivo proteger al menor deben contemplarse y ejecutarse de manera automática y urgente, siempre respetando el interés superior del menor previamente identificado, mientras dure el procedimiento y a la espera de sentencia.
- Asegurar el **apoyo y acompañamiento de los menores no acompañados** desde el momento en el que llegan a territorio nacional, realizando al mismo tiempo un seguimiento constante de **qué es el interés superior del menor** en cada momento, competencia de las respectivas autoridades de protección y cuidado del menor, a través de un estricto seguimiento de su estado psicológico y anímico, de su desarrollo, de su integración social y cultural, de sus necesidades, de sus opiniones, etc., y en actuar en consecuencia y favoreciendo su interés superior.
- Asegurar que los menores tutelados, una vez cumplidos los 18 años, según su documentación, **abandonan el sistema de protección estatal de una manera progresiva y siempre respetando su interés superior como menores y teniendo en cuenta su opinión como adultos**. Teniendo en cuenta que nuestra ley dice que cualquier menor extranjero no acompañado tutelado por la Administración es regular a todos los efectos, no debería haber la posibilidad de que un menor alcance la mayoría de edad y quede en situación administrativa irregular, debiendo contar en ese momento con una serie de recursos a su disposición para afianzar esa condición de adulto extranjero regular en el país receptor: permiso de residencia y trabajo, opciones formativas y laborales según sus intereses, apoyo social existente, etc.
- Asegurar que el **principio de no discriminación es respetado** en cualquier circunstancia relativa a los menores no acompañados, especialmente **en lo que se refiere a la valoración sobre la validez de los documentos de identidad, documentos de viaje, partidas de nacimiento y cualquier otro tipo de documento identificativo de la edad del menor procedente de su país de origen y que cuente con las certificaciones necesarias y correspondientes**. Tenemos constancia de que en España, las Autoridades Policiales, migratorias así como la Fiscalía de Menores tiende a poner en duda la documentación aportada por los menores no acompañados procedentes de países concretos donde la inmigración hacia España es más numerosa (por ejemplo, países del África subsahariana y del Magreb, Bangladesh), mientras que no duda de la validez de los documentos aportados por nacionales de los mismos países cuando se trata de **menores acompañados** o de **adultos o menores no acompañados de otros lugares**.

- Recomendamos que se establezca un **régimen de responsabilidades de las administraciones en caso de incumplimiento de sus deberes legales con respecto a los menores no acompañados**. Se sugiere, en los casos en que se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales de dichos menores como consecuencia, por ejemplo, de los Decretos de determinación de la edad, o como consecuencia de cualquier otra actuación, la estipulación de **un procedimiento de reparación de los daños** que la Administración haya provocado en sus vidas.

Menores migrantes no acompañados tutelados que cumplen la mayoría de edad

Las siguientes recomendaciones van dirigidas a asegurar un período de transición en el que se respete su interés superior en el que existan oportunidades reales de formación, inserción laboral, y, en definitiva, de integración en la sociedad.

- Una vez cumplidos los 18 años, los menores migrantes no acompañados que se encontraban bajo la protección del Estado deben tener **pleno acceso a la regularización a través de permisos de residencia y trabajo**.

Exponemos tres ejemplos de las dificultades que se les presentan:

- Los menores que han alcanzado la mayoría de edad y no han sido documentados por las entidades de tutela

Estos menores tienen grandes dificultades administrativas para hacerlo y cumplir los requisitos que les exige la ley española³, entre los que se encuentran contar con pasaporte y acreditar los “medios de vida”. Sin documentación tramitada con anterioridad por la entidad de tutela y estando en una situación de calle, difícilmente se pueden disponer de “medios de vida”, por lo que tampoco pueden llegar a obtener los permisos para regularizar su situación. En estos casos, la administración debe garantizar la concesión de **permisos de residencia y trabajo de forma conjunta** como forma de evitar que haya adolescentes en situación irregular.

- Los adolescentes extutelados que son documentados con permiso de residencia no lucrativa y están obligados a modificarla –añadir la autorización de trabajo- para acceder al mundo laboral

La administración española concede permisos de residencia a estos adolescentes de un año de duración como condición previa a la obtención de la autorización de trabajo. Entre los requisitos⁴ se encuentra la condición de que el contrato sea de un año. Teniendo en cuenta el difícil contexto económico de España, donde la tasa de

³ **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero**, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículo 35). Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por **Real Decreto 557/2011, de 20 de abril** (artículo 198).

⁴ **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero**, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos 36 y 38). Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por **Real Decreto 557/2011, de 20 de abril** (artículo 200).

desempleo juvenil supera el 50%, estos requisitos constituyen obstáculos a la contratación de estos adolescentes –y por ende a su integración sociolaboral-. Además, también es un ejemplo de discriminación a este colectivo respecto a otros migrantes que sí disponen de permiso de residencia y trabajo desde el primer momento y al resto de adolescentes nacionales.

- Los adolescentes extutelados que son documentados con permiso de residencia no lucrativa y están obligados a renovarla para seguir de forma regular en España

De nuevo los requisitos establecidos en la ley española⁵ exigen la acreditación de medios de vida y seguro médico. La realidad es que el único apoyo que recibe este colectivo es el que ofrecen algunas organizaciones, que sin embargo no son suficientes porque generalmente van dirigidos a personas sin hogar y no a aquellas que quieren regularizar su situación. Muchas veces estos adolescentes incluso pierden su empadronamiento en el ayuntamiento en el que residen así como su prestación sanitaria, ya que está vinculada a la vigencia de su residencia y a su inscripción en el Padrón municipal. Es difícil que estos adolescentes sigan acudiendo a las actividades formativas estando en una situación de calle en la que su supervivencia más básica se ve directamente amenazada.

Teniendo en cuenta estos datos recomendamos la necesidad urgente de dar amparo legal y social a los adolescentes mayores de 18 años hasta que puedan tener autonomía suficiente y dotarles de herramientas que impulsen dicha autonomía.

- El **acceso a las rentas básicas** de este colectivo es prácticamente inexistente, muchas veces por la situación de irregularidad y otras por la dificultad de cumplir los requisitos para percibir dicha renta, aunque dichos requisitos cambian dependiendo de las comunidades autónomas y de los presupuestos destinados.

A continuación exponemos algunas de las rentas existentes y a las que no pueden tener acceso:

- Renta activa de inserción: se trata de una ayuda destinada a personas con dificultad para encontrar trabajo y en situación de necesidad. Sin embargo, no está contemplado el acceso de este colectivo a este tipo de ayudas, con lo que consideramos imprescindible que se amplíen los perfiles de beneficiarios y beneficiarias.
- Renta mínima de inserción: entre los perceptores de dicha renta sí que se contempla el acceso a la misma de los adolescentes mayores de 18 años que han sido tutelados por la comunidad autónoma, pero para ello se deben cumplir los requisitos de empadronamiento -tener un domicilio fijo- y se valoran las circunstancias económicas de la unidad de convivencia aunque no tengan ningún

⁵ **Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (artículos 30 bis y 31) y Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículos del 45 al 51).**

vinculo. Además, la tramitación resulta tan compleja que a la mayoría de los adolescentes les resulta imposible cumplir los requisitos.

Desde los centros residenciales de menores deberían facilitar toda la información necesaria y oficializar la solicitud de la prestación para mejorar el acceso de estos adolescentes a la ayuda una vez fuera del sistema de protección autonómico.

A su vez se debe acompañar este apoyo con acciones dirigidas a fomentar su incorporación al mundo laboral (actividades motivacionales, aportación de guías profesionales y de formación laboral, etc.), por ejemplo desarrollando iniciativas que animen al emprendimiento. En este sentido, se debería agilizar los plazos para recibir la prestación -en la actualidad van de 4 a 6 meses-, y garantizar la atribución fija de estos recursos en los Presupuestos Anuales del Estado para que se distribuyan con independencia de los presupuestos anuales de las comunidades autónomas.

- **El acceso de un recurso residencial** debe estar previsto de forma automática para este colectivo, ya que son destinados mayoritariamente a recursos de personas sin hogar. En las comunidades autónomas existen escasas plazas de alojamiento en pisos de emancipación, que están gestionados por organizaciones no gubernamentales, y no dan cobertura suficiente a todos los adolescentes en esta situación. Incluso en algunas comunidades autónomas no existe tal recurso.

Muchos de estos menores pasan de vivir en una residencia a vivir en la calle, una situación de extrema vulnerabilidad en la que sus necesidades básicas no son cubiertas. Esto da lugar entre otras cosas a una sensación de pleno desarraigo, angustia y debilidad psicológica que les lleva a abandonar las actividades formativas. Como consecuencia de la ausencia de permiso de residencia, pierden su inscripción en el padrón municipal, que es lo que da fe de su vecindad y derechos administrativos como el acceso a servicios básicos como la educación, la sanidad, y los servicios sociales, y en definitiva, a la realización de un ciudadano de pleno derecho. No podemos olvidar que estos adolescentes no tienen familia de referencia en España, lo que acrecienta su vulnerabilidad.

En este sentido, creemos necesario garantizar la asistencia, el apoyo y el acompañamiento a adolescentes extutelados a través de programas de autonomía o de transición a la vida adulta hasta los 21 años, dotándolos de medios y medidas socioeducativas que favorezcan la maduración y la autonomía de estos adolescentes. Por otro lado, se les debería identificar como colectivo prioritario en el acceso a la vivienda de promoción pública y a la vivienda protegida de alquiler.

- Los menores no acompañados tienen **grandes dificultades para acceder al mundo laboral** por las trabas administrativas que supone la solicitud de autorización de trabajo que concede en España la Delegación del Gobierno.

Una vez fuera del sistema de protección, estos adolescentes cuentan mayoritariamente con un permiso de residencia no lucrativa, sin autorización para

trabajar, lo que *de facto* les discrimina respecto a los adolescentes nacionales en su misma situación. Para solicitar el permiso de trabajo deben cumplir los requisitos anteriormente citados entre los que destacan la acreditación de medios de vida, a los cuales no tienen acceso porque no pueden trabajar y se encuentran en una situación de desamparo absoluto, social y laboral, y sin familiares de referencia en el país de acogida.

Esta situación es resultado directo de una legislación restrictiva respecto a la integración de los adolescentes migrantes. Resulta necesario establecer planes de inserción laboral personalizados e integrales para los adolescentes extutelados, facilitar su acceso prioritario a la formación y el empleo, como escuelas taller, casas de oficio, formación profesional, prácticas en empresa, etc. teniendo en cuenta sus necesidades e intereses particulares, pues muchos de estos recursos solo se encuentran accesibles para los adolescentes con autorización de trabajo.

➤ **Debe garantizarse su pleno acceso a la educación y a la formación profesional**

En materia de educación los recursos previstos son escasos y no están adaptados a las necesidades curriculares y de aprendizaje de los menores que se incorporan a un sistema educativo nuevo, ni tampoco están dirigidos a la inserción laboral. Esto impide que los adolescentes se planteen seriamente un proyecto educativo en función de sus intereses, y en la mayoría de los casos son matriculados en las profesiones que han quedado como residuales de los menores autóctonos, que no tienen porqué encajar con sus gustos.

No debemos olvidar que la mayoría de los adolescentes son migrantes de carácter económico y tienen como objetivo la incorporación al mundo laboral, por ello las políticas educativas deben reflejar una coordinación entre las necesidades e intereses del adolescente, la disponibilidad educativa y formativa, y las necesidades del mercado laboral. Por otro lado, creemos que existe una gran carencia de recursos materiales y profesionales para la gestión de la diversidad cultural, especialmente de figuras mediadoras que identifiquen fortalezas y oportunidades en tal diversidad.

Este objetivo difícilmente podrá cumplirse si la situación administrativa amputa ese derecho abocando a estos adolescentes a la más absoluta exclusión social.

➤ **Todos los adolescentes migrantes extutelados tienen derecho a un nivel de vida adecuado**

En este capítulo nos remitimos a lo expuesto anteriormente. Creemos necesario apostar por ampliar el apoyo jurídico, social, educativo, psicológico a todos los adolescentes extutelados hasta que alcance su autonomía, proporcionando así un apoyo integral y continuado.

- **Todos los adolescentes migrantes extutelados tienen derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible y a sus servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud.**

El proceso migratorio es un acontecimiento vital estresante que produce inevitablemente desajustes emocionales significativos siendo más vulnerables los menores y adolescentes que han sufrido condiciones traumáticas. Por esta razón consideramos que la atención y la intervención en este ámbito deben de ser llevadas a cabo por profesionales especialistas en psicología transcultural.

Es preciso implementar servicios dentro de la salud pública y en los centros de atención a menores y adolescentes que den cobertura a esta necesidad de apoyo psicológico y emocional.