

**INFANCIA MIGRANTE NO
ACOMPañADA:** IDENTIFICACIÓN DE LA
SOLUCIÓN DURADERA EN BASE AL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑ@

Agosto 2021

I. SOLUCIONES DURADERAS.

Las posibles **soluciones duraderas para una persona menor de edad extranjera no acompañada** son: la integración en el país de acogida, el reasentamiento en un tercer país y el retorno ya sea mediante la reagrupación familiar como la puesta a disposición de los servicios de protección del país de origen en condiciones de seguridad.

En este sentido, las **normas españolas** que resultan aplicables son:

- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. [\(LOEx\)](#);
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. [\(RLOEx\)](#);
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor [\(LOPJM\)](#);
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. [\(LOPVI\)](#).

En cuanto a las **normas y estándares internacionales**:

- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN);
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951;
- Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, en particular las nº 6 y 14, así como las nº 22 y 23 emitidas juntamente con el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Por último, cabe señalar que el artículo 10.2 de la **Constitución Española** dispone que cualquier interpretación deberá hacerse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en este caso, es la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del niño la que debe guiar la aplicación de todas las normas antes referidas.

Es especialmente relevante en este sentido el artículo 3 de la Convención, que señala que:

“Artículo 3.1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Habida cuenta que ante la presencia de una persona menor de edad extranjera no acompañada se ha de determinar de manera individualizada cuál es la solución duradera que mejor responde al interés superior de ese niño en particular, resulta fundamental determinar formalmente y de manera individual cuál es el interés superior del niño/a.

Deleted: proceder a determinar

Caso particular: Marruecos

Ante la eventual activación del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado de 2007, es preciso destacar que el primer inciso de su artículo 5 dispone que:

“Las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor, resolverán acerca del retorno a su país de origen, con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

En este sentido, en base a lo expuesto a continuación de la legislación nacional e internacional aplicable, cualquier propuesta de retorno deberá partir de una determinación del interés superior realizada por la entidad pública de protección de menores de la comunidad o ciudad autónoma en la que se encuentre la persona menor de edad en cuestión.

Por lo que respecta al procedimiento y las garantías que deben regir la repatriación, ya sea para la puesta a disposición del sistema de protección marroquí como para la reagrupación familiar, hay que remitirse a lo referido en la legislación de extranjería.

2. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A

El paso previo para determinar cuál es la solución duradera aplicable es la **evaluación y determinación del interés superior del niño** (ISN), tal y como establece la LOPJM en su artículo 2.

La determinación del interés superior del niño corresponderá a la entidad pública de protección de menores y deberá guiar todas las decisiones que se tomen en las esferas de la vida del niño. Asimismo, las decisiones que tomen los demás actores implicados deberán atender a dicho interés.

El **ISN** tiene una triple dimensión, es un derecho subjetivo, así como una norma de procedimiento y un principio interpretativo. Para interpretarlo y aplicarlo se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales:

- Protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor
- Consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor
- La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia
- La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor

Estos criterios generales se ponderarán teniendo en cuenta: la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su no discriminación; el irreversible transcurso del tiempo en el desarrollo del menor; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten; la preparación al tránsito a la vida adulta.

El interés superior del niño también aparece referido en el artículo 4 de la LOPIVI que, entre los criterios generales, que deben ser interpretados acorde con el artículo 2 de la LOPJM arriba referido, recoge: “l). Evaluación y determinación formal del interés superior del menor en todas las decisiones que afecten a una persona menor de edad.”

Deleted:

Deleted: ¶

En aras de responder precisamente a la necesidad de que la determinación del interés superior responda a un procedimiento formal, la LOPJM dispone que este requiere:

"Art.2. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas."

Es importante recordar también en este punto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias emitidas en K.A.B. c. España, de 10 de abril de 2012; Rahimi c. Grecia, de 5 de abril de 2011, determinó que cualquier decisión que afecte a los menores debe estar regida por su interés superior, tal y como dispone el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño. Save the Children Internacional ha realizado un modelo de herramienta de determinación del interés superior del niño en los procedimientos de determinación de solución duradera. Se acompaña al presente documento como ANEXO esta herramienta adaptada al contexto español. Debe atenderse rigurosamente a las condiciones y procedimientos que en ella aparecen para que sea realmente un proceso garantista.

Formatted: Font: (Default) +Headings (Gill Sans Infant Std)

Deleted: ¶

Formatted: Font:

3. DETERMINACIÓN DE LA SOLUCIÓN DURADERA

La Convención de Derechos del Niño establece en su artículo 9 que:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

En este sentido, el niño/a tiene derecho a vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño/a. De ahí, que la legislación de extranjería prevea que, en base a una valoración individualizada del interés superior del niño como la expuesta en el apartado anterior, se considere la procedencia o no de reagrupar al niño/a con su familia.

De esta forma, la Ley de Extranjería, en su artículo 35, [en lo que se refiere a la repatriación de menores extranjeros no acompañados](#), establece una serie de disposiciones que son posteriormente desarrolladas en los artículos 191 y siguientes del Reglamento de Extranjería.

Competencia:

La competencia para llevar a cabo las diligencias previas, así como para incoar, tramitar y resolver un expediente de repatriación corresponde a la **Delegación de Gobierno** de donde se encuentre la persona menor de edad. El reglamento prevé además la participación preceptiva de la entidad de protección de menores que ostente la tutela y/o guarda del menor, el Ministerio Fiscal, así como de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios.

Actuaciones previas:

Con carácter previo a decidir sobre la iniciación de un procedimiento de repatriación, la Delegación de Gobierno:

- recabará informe de la **representación diplomática o consular del país de origen** del menor sobre las **circunstancias familiares** de éste (art. 35.1 LOEx y art. 191.3 RLOEx),

Se debe de hacer en el marco de la colaboración con el país de origen, Marruecos en este caso, y atendiendo a los convenios internacionales y acuerdos bilaterales vigentes, como es el Convenio de la Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños de 1996.

Cabe señalar la importancia de que en los supuestos en los que haya indicios de que se trata de un menor que podría ser solicitante de protección internacional, el contacto con el país de origen podría ponerle en riesgo a él/ella o su familia. Así como que, las personas solicitantes y/o beneficiarias de protección internacional no podrán ser retornadas al país de origen por encontrarse protegidas por el principio de no devolución.

El reglamento establece que: “La solicitud de informe responderá a un modelo tipo, a elaborar conjuntamente por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración y de Seguridad. Se solicitarán, entre otros datos, los relativos a la filiación del menor y a las circunstancias sociales y familiares de su entorno en el país de origen (Art.191.5 RLOEx)”.

La repatriación al país de origen puede consistir en la puesta a disposición del sistema de protección de dicho país, “si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela (Art. 35.5)” por parte de este, para lo que la contestación a la solicitud española debe: “reflejar(e) expresamente el compromiso por escrito de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad sobre el menor (Art.191.5 RLOEx)”.

- Recabará también cualquier información sobre la **situación del menor** de la **entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda** (art. 191.4 RLOEx).

- En tanto la decisión sobre la apertura del procedimiento de repatriación debe ser individual y debidamente motivada en las circunstancias que concurren en el caso concreto, será preciso que la entidad que ostenta la guarda y/o tutela de estos menores transmita información individualizada sobre su situación.

- En la situación actual de la Ciudad Autónoma de Ceuta, se facilitará la información sobre el niño recabada a través de entrevistas individualizadas por profesionales especializados y en un idioma que sea razonable creer que comprenda, así como la que el Área de Menores considere oportuna.

Conforme a lo dispuesto en la norma, se pueden trasladar, atendiendo a su interés superior y teniendo en cuenta la necesidad de garantizar que las condiciones de acogida sean protectoras, a otras comunidades autónomas y efectuar el procedimiento de repatriación desde allí.

Inicio del procedimiento:

- El Delegado de Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación del menor cuando, según las informaciones recibidas de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen (192.1).

Esa decisión de incoar el procedimiento por considerarlo en el interés superior del niño debe estar suficientemente motivada y atender a lo establecido en la legislación de infancia, tal y como se expone en un apartado anterior.

- Este acuerdo de incoación del proceso se notificará inmediatamente al menor, al Ministerio Fiscal, y a la entidad que sustente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda (192.2). Al menor se le notificará por escrito, incluyendo el por qué del inicio del procedimiento, y los derechos que tiene en el mismo, especialmente el acceso a traductor o intérprete.

En este sentido, los Comités de Naciones Unidas señalan que los niños tienen derecho a ser notificados de la existencia de un procedimiento y de la decisión adoptada en el contexto de los procedimientos de inmigración y asilo, sus implicaciones y las posibilidades de recurso.

Alegaciones:

- Se iniciará entonces un proceso de 10 días durante los cuales **el menor, la entidad que ostente la tutela o el Ministerio fiscal** podrán presentar las **alegaciones de hecho y Derecho que consideren relevantes, así como proponer las pruebas que consideren relevantes.** (Art. 193.1 ROEx);
- Si el menor tiene 16 años o más, podrá intervenir en esta fase bien de manera personal, bien a través de representante que designe. En caso de que no haya alcanzado dicha edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. (Art. 35.6 LOEx y Art. 193.1 RLOEx).

Respecto a la **asignación de representante legal**, es esencial tener en cuenta la Observación General nº14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés sea primordial. En ella se establece, entre otras garantías procesales y derechos, la necesidad de disponer de asistencia letrada cuando se vaya a someter al niño a un proceso judicial o administrativo para determinar su interés superior, así como mecanismos de revisión de las decisiones.

Formatted

Formatted: Font: Bold

Formatted

Formatted: Font: +Headings (Gill Sans Infant Std), Font colour: Auto

Formatted

Formatted: Font: +Headings (Gill Sans Infant Std), Font colour: Auto

- No obstante, cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado **defensor judicial**. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente. Corresponderá al Ministerio Fiscal, al propio menor o a cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio instar de la autoridad judicial competente el nombramiento de dicho defensor.

En este sentido, la LOPJM establece, tras la reciente modificación mediante la LOPIVI, que “*Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: [...] c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos (art. 2.5 LOPJM)*”.

- También en el marco del trámite de alegaciones, la Delegación de Gobierno recabará **informe/información por parte de la entidad pública de protección de menores** sobre “*la situación del menor en España, así como cualquier información que pueda conocer sobre la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio*”. El informe habrá de ser emitido en el **plazo máximo de diez días** desde su solicitud.

- En todo caso el **Ministerio Fiscal emitirá informe** (art. 193.4 RLOEx)

En tanto que le corresponde velar por el interés superior del niño, el Ministerio Fiscal debe informar sobre la procedencia de la propuesta de repatriación.

Determinación período de prueba (art. 193.3 RLOEx):

- Cuando los hechos alegados por el menor, su representante legal o defensor judicial o por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda tuvieran relevancia decisiva para la adopción del acuerdo de repatriación, el instructor del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, acordará la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas sean pertinentes.
- En caso de apertura de un periodo de pruebas a instancia de parte, el instructor del procedimiento podrá suspender el transcurso del plazo para la resolución de éste durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

- Si las alegaciones requieren ampliar el plazo para realizar las pruebas aportadas, se ampliará (193.3)

Trámite de audiencia:

- Tras el trámite de alegaciones tendrá lugar el trámite de audiencia, en la que el **menor** podrá manifestar lo que considere en relación con su repatriación. (Art. 35.5 LOEx y Art. 194.1 RLOEx)

Conforme a la Convención de Derechos del Niño y el artículo 9 de la LOPJM y 2 de la CDN, se ha de **escuchar al niño y tener en cuenta su opinión**. Se hará por parte de profesionales especializados, en su idioma, y se recogerá en el procedimiento motivando suficientemente cómo se ponderará en la toma de decisiones.

“Art- 9.1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus

opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

(...)

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. (...)"

Asimismo, la OG conjunta del Comité de Derechos del Niño y el de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares n°23 establece en su párrafo 17 que: "Todos los niños deben ser tratados como titulares de derechos individuales, sus necesidades específicas consideradas en términos de igualdad y de manera individual, y sus opiniones oídas como es debido y tenidas debidamente en cuenta".

En relación con este derecho, es importante recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, en dos sentencias del 22 de diciembre de 2008, el TCE ya reconoció el derecho de un menor marroquí a oponerse judicialmente a su repatriación a Marruecos, considerando que tenía "capacidad y madurez suficientes" para impugnar ante la Justicia decisiones que perjudiquen sus intereses. Este fallo del TC garantiza, desde 2008, el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los menores extranjeros tutelados por la Administración Pública.

Formatted: List Paragraph, Justified, Line spacing: 1,5 lines

Formatted: Font: +Headings (Gill Sans Infant Std)

Formatted: Font: +Headings (Gill Sans Infant Std)

Resolución:

- Realizado el trámite de audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno **resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor**, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España (194.2).

"De conformidad con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes están obligados a velar por que cualquier decisión de devolver a un niño a su país de origen se tome sobre la base de consideraciones probatorias individuales y con arreglo a un procedimiento con las debidas garantías procesales, incluidas una evaluación y una determinación sólidas e individuales del interés superior del niño.

Ese procedimiento debe garantizar, entre otras cosas, que a su regreso, el niño estará a salvo y se le proporcionará un disfrute de sus derechos y una atención adecuados. No pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior otras consideraciones como las relativas al control general de la migración (pº33 OG nº22 CDN)”.

En este sentido, la decisión en base al interés superior del niño individualmente considerado y debidamente motivada, podrá contemplar una de las tres soluciones duraderas posibles:

- Repatriación al país de origen, ya sea mediante reagrupación familiar o puesta a disposición de los sistemas de protección de este;
- Reunificación familiar en un tercer país, o puesta a disposición de los sistemas de protección de un tercer país con el que el niño presente un vínculo estrecho;
- Acogida en España, ya sea por parte del sistema de protección autonómico en el que se determine, o mediante la reunificación con familiares presentes en territorio español.

Ejecución de la repatriación al país de origen (art. 195 RLOEx):

- Sin perjuicio de las funciones del Cuerpo Nacional de Policía en la ejecución de la resolución, el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen.
- En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de repatriación, la ejecución de ésta estará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.
- La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor.