

## NÚMERO DE MENORES INSCRITOS EN EL REGISTRO MENA

El Defensor del Pueblo inició en el año 2016 una actuación de oficio con las entidades de protección de menores autonómicas y con la Comisaría General de Extranjería y Fronteras al objeto de conocer el número de menores extranjeros no acompañados en todo el territorio nacional y detectar, en su caso, las deficiencias existentes en el Registro de menores extranjeros no acompañados. Las divergencias entre los datos recibidos no permiten conocer el número de menores extranjeros no acompañados en cada comunidad autónoma.

A 31 de diciembre de 2017, 6.414 menores estaban inscritos en el registro. La mayoría de ellos niños: 5.833 frente a 581 niñas. Andalucía acogía al mayor número: 2.209 menores. El resto se distribuían, según los datos publicados por Fiscalía General del Estado en su memoria, del modo siguiente: Melilla: 917; Cataluña: 805; País Vasco: 695; Madrid: 478; Ceuta: 261; Comunidad Valenciana: 296; Murcia: 224; Canarias: 123; Castilla-La Mancha: 79; Galicia: 71; Asturias: 70; Castilla y León: 46; Aragón: 43; Baleares: 35; Cantabria: 31; Navarra: 21; Extremadura: 9, y La Rioja: 1.

También a 31 de diciembre de 2017, 1.293 niños aparecían como fugados. Destacan los 343 fugados de Andalucía, los 308 del País Vasco o los 266 de Melilla.

En el Informe correspondiente al año 2018 del Defensor del Pueblo, del que se adjunta el capítulo dedicado a Menores Extranjeros No Acompañados, se exponen con detalle las deficiencias detectadas en el registro de los datos de estos menores.

## REPRESENTANTE/TUTOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

En relación con la figura de representante/tutor que acompañe a los menores en los procedimientos de determinación de la edad, el Dictamen aprobado por el Comité de Derechos del Niño el 27/09/2018, en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones de la comunicación Núm. 11/2017, especifica:

“12.8 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor -no refutadas por el Estado parte- de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses en tanto que posible niño a su llegada y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité considera que los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad , tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad equivale a darles el beneficio de la duda y constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser oído. No hacerlo conlleva una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la Convención. La falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial.

12.9 A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor, quien alegaba ser un niño, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, y en particular el examen utilizado para determinar la edad del autor y la ausencia de un representante para acompañarlo durante dicho procedimiento, el Comité considera que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido el autor, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención”.

En el mismo sentido, la Guía realizada por European Asylum Support Office (EASO) sobre la evaluación de la edad, establece:

“Como salvaguardia clave para los niños no acompañados, se debe asignar al presunto niño un tutor o un representante independiente y cualificado lo antes posible (véase el artículo 25, apartado 1, de la DPA).

Un representante es toda persona u organización designada por organismos competentes para ayudar y representar a un niño no acompañado en los procedimientos. El representante garantiza el interés superior del niño y ejerce la capacidad jurídica del niño cuando sea necesario. El representante debe ser nombrado tan pronto como sea posible y antes del comienzo de cualquier examen de evaluación de la edad. Por otro lado, el representante deberá ser independiente con el fin de evitar todo conflicto de intereses y así garantizar que actúe para atender el interés superior del niño conforme se establece en los artículos 24, apartado 1, y 25, apartado 1, letra a), de la DPA refundida, así como en el artículo 24 de la DCA refundida. Cuando, por razones prácticas, no se pueda asignar inmediatamente un tutor permanente a un niño, se deben tomar disposiciones para el nombramiento de una persona

que realice temporalmente las tareas del tutor. En dichos casos, los tutores temporales deben tener las mismas condiciones (calificaciones e independencia) que los tutores no temporales.

El representante debe ser informado y consultado sobre todos los aspectos del proceso de evaluación de la edad y debe poder acompañar al niño durante los exámenes, si el niño así lo desea. Cuando se determine que la evaluación de la edad sirve al interés superior del niño, pero este se niegue a dar su consentimiento al respecto, el tutor o representante podría otorgarlo. No obstante, deberá existir una comunicación adecuada al respecto entre el niño y su representante, con el fin de no poner en peligro la relación de confianza entre ambos.

El tutor o representante también debe estar presente en la entrevista sobre el interés superior del niño, si es posible. También se debe contactar al asesor legal del niño, si lo tiene, y darle la oportunidad de asistir a la entrevista.

El proceso debe continuar con la presencia del tutor o representante, a menos que el niño solicite lo contrario. De cualquier modo, el tutor o representante debe seguir de cerca el proceso para poder asesorar al solicitante cuando sea necesario”.

A la vista de lo expuesto por ambos organismos, esta figura de representante/tutor se considera especialmente necesaria en los procedimientos de determinación de la edad incoados y tendría las siguientes notas características:

- Representante legal cualificado e independiente, con capacidades lingüísticas adecuadas, que garantiza el interés superior del niño y ejerce la capacidad jurídica del menor, cuando sea necesario.
- Nombramiento tan pronto como sea posible, en cualquier caso antes del comienzo de cualquier examen de evaluación de la edad.
- Carácter gratuito.
- El proceso de determinación de la edad debe contar con la presencia del tutor o representante, a menos que el niño solicite lo contrario.

Asimismo, de acuerdo con el dictamen del Comité de los Derechos del Niño, la ausencia de representante en los procedimientos de determinación de edad supone una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención de Derechos del Niño.

## DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y ASUNCIÓN DE TUTELA

Respecto a la demora en la declaración de desamparo de los menores extranjeros no acompañados y la asunción de su tutela se han realizado numerosas actuaciones, principalmente con las comunidades de Andalucía, Madrid y Cataluña, así como con la Ciudad Autónoma de Melilla.

Los artículos 172 del Código Civil y 18 de la LOPJM establecen que tras la puesta a disposición de los menores de la entidad de protección competentes y la verificación de su condición de menor extranjero no acompañado que carece de la asistencia material o moral de un adulto responsable en territorio español, debe ser declarado en situación de desamparo y asumirse su tutela. No obstante, se comprueba la demora en la declaración de desamparo, así como un uso excesivo de la guarda o el acogimiento provisional, detectándose una absoluta falta de unanimidad en las actuaciones de las distintas entidades de protección. Algunas Comunidades Autónomas mantienen a los menores en el sistema de protección, sin declarar su desamparo y, por tanto, sin asumir la tutela, quedando en una situación provisional de mera guarda de hecho. En otras Comunidades se demora la declaración de desamparo, hasta el punto que hay menores que cesan en las medidas de protección acordadas sin que se haya declarado su desamparo.

De acuerdo con el criterio reiteradamente expuesto por el Defensor del Pueblo, la falta de declaración de desamparo y asunción de la tutela tiene consecuencias jurídicas perniciosas para los menores, ya que no reciben la protección integral de los poderes públicos, pierden la posibilidad de legalizar la estancia en España, de solicitar la nacionalidad, de recibir prestaciones sociales y educativas, del acceso a recursos socioeducativos y a la formación laboral, etc.

En el informe realizado por el Defensor del Pueblo en el año 2016 se exponía:

“.../... la nueva redacción del artículo 172 del Código Civil, tras la reforma producida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha dado cobertura legal a determinadas actuaciones que el Defensor del Pueblo entendía irregulares antes de dicha modificación.

En su apartado 4, introduce la posibilidad de adoptar la guarda provisional del menor durante el plazo más breve posible, en tanto se realizan diligencias para su identificación y constatar su desamparo. Asimismo, el apartado 5 recoge que las entidades de protección podrán cesar la tutela de los menores en desamparo o en guarda provisional, cuando constaten la desaparición de las causas que motivaron la asunción, además de por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1 del Código Civil, cuando comprueben fehacientemente que el menor se ha desplazado voluntariamente a otro país o que se encuentra en otra comunidad autónoma que haya asumido su tutela, cuando entiendan que no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor, así como por el transcurso de seis meses desde el abandono por el menor del centro de protección.

El Defensor del Pueblo considera que, una vez constatado que un menor se encuentra en situación de desamparo, los servicios de menores correspondientes al territorio en el que se ha localizado tienen la tutela del mismo por ministerio de la ley, estando reservada la guarda provisional,

prevista en el citado artículo 172.4, para los casos en los que sea preciso realizar diligencias para su identificación y constatar su desamparo, que deberán realizarse en el plazo más breve posible. Durante el tiempo que dure esta guarda provisional se deberán adoptar todas las medidas de protección necesarias, incluida la tramitación de su residencia, en el caso de los menores extranjeros no acompañados”.

Por su parte, el Informe correspondiente al año 2011, reflejaba lo siguiente:

“Esta Institución viene insistiendo en la necesidad de no demorar la asunción de tutela de los menores extranjeros no acompañados. En este sentido, se ha reiterado que aunque el menor esté atendido debidamente, la demora puede provocar una pérdida de sus derechos, principalmente su derecho a la residencia legal que le otorga la normativa vigente. Las entidades de protección suelen justificar la demora en las dificultades que conlleva la obtención de información y documentación de los menores. Las conclusiones del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería de las que se ha dado traslado por parte de la Fiscalía General del Estado, coinciden con el criterio de esta Institución y señalan que la guarda de hecho o tutela provisional no se puede prolongar sine die, considerando prudencial el plazo de tres meses para la constitución de la tutela. Sin embargo, los incumplimientos de dicho plazo continúan siendo habituales en un número significativo de comunidades autónomas”.

En las actuaciones realizadas se ha recordado a las entidades de protección el deber legal que les incumbe de proceder a la tutela de los menores extranjeros no acompañados, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 172, 222.4 y 239.1 del Código Civil, sin prolongar la guarda de hecho más allá del tiempo necesario para su identificación y constatar la situación de desamparo. Ver el apartado correspondiente en el Informe del Defensor del Pueblos del año 2018 adjunto.

## **AUTORIZACIÓN DE TRABAJO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS**

Se recibieron diversas quejas referidas a la constancia en las tarjetas de identidad de los menores extranjeros no acompañados de que estos no se encuentran autorizados a trabajar. Esta institución entendió que dicha actuación no se ajustaba a derecho, toda vez que la normativa aplicable avala la autorización para trabajar de estos menores, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 36, 40.1 y 41.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, así como en el 117 y 186.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de extranjería.

En este sentido, además del interés superior del menor y del favor minoris al que están obligados las administraciones públicas, es preciso tomar en consideración, por un lado, la discriminación que sufren estos menores respecto del resto, tanto españoles como extranjeros, que cuentan con la posibilidad de trabajar sin necesidad de realizar trámites adicionales. Ello, pese a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos menores, que conlleva la necesidad imperiosa de que puedan acceder al mercado laboral, al no contar con apoyo y referente familiar.

En diciembre de 2016 se dictó una recomendación a la Secretaría General de Inmigración y Emigración para que se permitiese trabajar a estos menores en igualdad con el resto, que fue reiterada al citado organismo en marzo de 2017 y diciembre de 2018, sin que se haya estimado la misma. Se adjunta copia de la resolución dictada y de la última contestación recibida.

Esta cuestión igualmente se ha reflejado en el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 2018.

## RENOVACION DE LA RESIDENCIA DE LOS EX MENA

El artículo 197 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de extranjería, establece que los menores tutelados por la Administración, una vez que acceden a la mayoría de edad, renovarán su residencia de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo. Se establecen determinadas particularidades referidas a la cuantía de medios económicos a acreditar para su sostenimiento, así como a la toma en consideración de los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes.

Sobre el presente asunto, se ha comprobado la diversidad de actuaciones de las distintas delegaciones y subdelegaciones del Gobierno. En una actuación iniciada la Delegación del Gobierno en Ciudad Real denegó la renovación de la residencia de un ex menor tutelado, incluido en un Programa de autonomía y vida independiente, que le proporcionaba vivienda, sustento y una asignación monetaria mensual de 120 euros, contando asimismo con Informe Social emitido por el Ayuntamiento de su localidad en sentido positivo que acreditaba su inserción en la sociedad española. Se dictó una Sugerencia a la Subdelegación del Gobierno en dirigida a “Revocar la resolución denegatoria de la renovación de autorización de residencia del interesado, dictando otra en la que se conceda la solicitud presentada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 del Reglamento de extranjería, referido al acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia”.

La Subdelegación del Gobierno en Vizcaya denegó la renovación de la autorización de residencia de ex menores tutelados, al no contar con el seguro público o privado de enfermedad requerido en el artículo 46 e) del Reglamento de extranjería. En la contestación a la actuación iniciada, se informó de que para la concesión de autorización de residencia a los ex menores extranjeros tutelados ya no se exigía documentación acreditativa del derecho a la asistencia sanitaria, siendo suficiente presentar la Tarjeta sanitaria o documento emitido por Osakidetza-Servicio vasco de salud. Todo ello en cumplimiento de la Orden de 4 de julio de 2013 del Consejero de Salud, que dispone el acceso a las prestaciones sanitarias a las personas excluidas de las mismas por carecer de la condición de aseguradas o beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, siempre que conste su empadronamiento en la Comunidad Autónoma de Euskadi por un período mínimo de un año inmediatamente anterior a la solicitud, o fuesen titulares anteriormente de Tarjeta.

## **DIVERSIDAD DE ACTUACIONES EN LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS ADOPTADOS CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS**

Del estudio de las distintas actuaciones con los menores extranjeros no acompañados se comprueba la diversidad de las actuaciones adoptadas. Esa diversidad no se refiere únicamente a las medidas de protección acordadas por las distintas entidades de protección, que dependen de las diferentes comunidades y ciudades autónomas, sino que dicha diversidad se produce incluso en las medidas adoptadas por las diferentes delegaciones territoriales de la misma Comunidad.

Asimismo, esta disparidad no solo se produce entre los distintos servicios de protección, sino también en las actuaciones realizadas por la Fiscalía General del Estado (procedimientos de determinación de la edad); por las autoridades policiales (reseña, puesta a disposición de los servicios de protección, emisión de tarjetas de identidad, etc.), incluso en caso de tratarse del mismo cuerpo policial; por los médicos forenses intervinientes en los procedimientos de determinación de la edad; por los servicios médicos de los hospitales que realizan las prueba médicas; etc.

Todo ello, pese a la finalidad del Protocolo Marco de Determinadas Actuaciones con Menores Extranjeros No Acompañados de coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y documentación.

Igualmente llamativa es la diferencia en las medidas adoptadas para la transición a la vida adulta de los menores extranjeros no acompañados cuando acceden a su mayoría de edad.