

LA PROTECCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO
ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA: MARCO JURÍDICO CIVIL
COMÚN TRAS LA INVASIÓN DE UCRANIA

*THE SUBSTANTIVE PROTECTION OF UNACCOMPANIED
FOREIGN MINORS IN SPAIN: COMMON LEGAL FRAMEWORK
AFTER THE INVASION OF UKRAINE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 104-141

Luis CORPAS
PASTOR

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2024

RESUMEN: En este trabajo analizamos el marco jurídico de protección los menores extranjeros los no acompañados ("MENA"), investigando posibles cambios y desafíos tras la crisis humanitaria como consecuencia de la invasión rusa en Ucrania y el éxodo de refugiados. A pesar de ciertas exenciones temporales para menores ucranianos, el trato a los MENA refugiados en España no varía respecto al interés superior del menor en decisiones sobre su tutela.

PALABRAS CLAVE: Ucrania; menores extranjeros no acompañados; interés superior del menor; desamparo; tutela.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyze the Spanish legal framework for the protection of unaccompanied foreign minors ("MENA" for its acronym in Spanish), investigating possible changes and challenges following the humanitarian crisis as a consequence of the Russian invasion of Ukraine and the exodus of refugees. Despite certain temporary exemptions for Ukrainian minors, the treatment of MENA refugees in Spain does not vary with respect to the best interests of the minor in decisions about their legal guardianship.*

KEY WORDS: *Ukraine; unaccompanied foreign minors; the best interests of the child; abandonment; legal guardianship.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. La protección jurídica civil de los menores en la Constitución española. El interés superior del menor y los MENAs.- 2. Breve referencia a la protección civil del menor en el ordenamiento civil español.- 3. La posición de la Unión Europea en la protección de los menores.- II. METODOLOGÍA.- III. RESULTADOS.- 1. Marco normativo interno relativo a menores extranjeros no acompañados.- 2. Perfil de los menores no acompañados en España.- 3. La protección del menor extranjero no acompañado en el ordenamiento interno.- A) *La determinación legal de la minoría de edad y su interpretación en virtud del interés superior del menor: la duda biológica frente al Derecho civil.*- B) *La situación de desamparo y la tutela ex lege.*- C) *La guarda de hecho y la guarda administrativa en situación de desamparo.*- 4. La invasión rusa de Ucrania y sus consecuencias sobre el panorama del mena.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Actualmente, la crisis humanitaria y el éxodo de la población civil ucraniana, como consecuencia de la invasión rusa iniciada en febrero de 2022, plantea desafíos en la protección jurídica de los menores llegados a nuestro país y ello suscita a nuestro entender cierto interés jurídico¹. La Comisión Europea no es ajena a este reto y considera que estos menores procedentes de Ucrania “tienen necesidades específicas de protección y, por tanto, gozan de derechos y salvaguardias adicionales”².

La doctrina consolidada sostiene de antiguo que, al margen de su nacionalidad, los menores de edad extranjeros “son titulares de derechos que no pueden

1 Según el ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, (ACNUR), a fecha de 7 de septiembre de 2022, 7.156.748 personas habían abandonado Ucrania hacia Europa debido a la agresión militar rusa. (<https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>). A nivel local, entre marzo de 2022 y septiembre de 2023, el número de ucranianos en España con documentación de residencia en vigor casi se ha triplicado, pasando de 95.391, a finales de febrero de 2022 a 276.627 a 30 de septiembre de 2023. Fuente: OPI. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. “Ciudadanos ucranianos en España con documentación de residencia en vigor”. Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/ucranianos> (con acceso, 23 de octubre de 2023).

2 EUROPEAN UNION AGENCY FOR ASYLUM, *Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania – Herramienta práctica para tutores*, Publications Office of the European Union, Bruselas, 2023, pp. 14-16. Disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2847/038381> (consultado el 7 de noviembre de 2023). La protección temporal garantiza a los menores ucranianos no acompañados una “protección completa y acceso rápido” a determinados derechos, como el acceso a una representación temprana y adecuada, la localización e identificación de “los miembros de la familia del menor que puedan residir en otro lugar” para proceder a su reagrupación, así como el “acogimiento adecuado”.

• Luis Corpas Pastor

Profesor Ayudante Derecho Civil de la Universidad de Málaga. Doctor por la Universidad de Málaga (Premio a la Mejor Tesis Doctoral de Derecho Privado del curso 2021/2022 por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada). Licenciado en Derecho (Premio Fin de Carrera de la Universidad de Málaga 2014 y Premio Nacional Fin de Educación Universitaria del Ministerio de Educación y Universidades). Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas (2020, UNED) y Licenciado en Odontología con Grado (1991, UGR); Doctor en Odontología (1995, UGR). Diversa formación de Posgrado. Experiencia profesional como Abogado, docente y empleado público estatutario-SAS. Diversas becas y estancias en el extranjero. Autor de diversas publicaciones científicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>. ResearchID: ABA-2625-2021. ScopusID: 18339384100. DialnetID: 343026. Correo electrónico: lcorpas@uma.es.

conculcarse por la legislación de extranjería³. No se trata de un tema nuevo, quizás porque la doble condición de menores de edad y extranjeros en situación irregular siempre suscita un desafío para el análisis jurídico y, en nuestra opinión, constituye uno de los aspectos más relevantes dentro del ordenamiento civil español, tradicionalmente tuitivo de las personas en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, el interés particular sobre la regulación de los menores extranjeros no acompañados⁴, en adelante MENA, goza de una reiterativa y constante vigencia en España, al menos desde los años noventa del siglo XX⁵ y se encuentra al margen del razonamiento jurídico y del debate zanjado (o zanjable) sobre la prevalencia de las normas tuitivas frente a las que pugnan por su control interno de estos menores, en cuanto personas extranjeras.

Nos referimos al aumento significativo en la cifra global de menores extranjeros en nuestro país en los últimos años y con ello, la de los no acompañados⁶; lo que provoca que el estudio en materia de protección temporal de menores sea un tema de gran importancia y actualidad.

3 CABEDO MALLOL, V. J.: "La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 56, 2006, p. 83.

4 Una definición de menores no acompañados se puede extraer del ámbito subjetivo de la resolución del Consejo de la Unión Europea, de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, cuyo art. 1 se refiere a ellos como "menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos". Cfr. Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03). D.O. núm. C 221, de 19 de julio. Disponible en <https://n9.cl/2nlw3> (con acceso el 23 de abril de 2022). Por su parte, el art. 189 del 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. (BOE núm. 103, de 30 de abril), lo define como "extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación".

5 Para un análisis detallado y actual más detallado, *vid.* CABEDO MALLOL, V. J.: "La Unión Europea y la protección de la infancia migrante, en especial la no acompañada: historia de una *déjà vu*", en AA. VV.: *Niñez, familia, migración y derechos* (coord. por I. RAVETLLAT BALLESTE Y M. L. BOBADILLA TOLEDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

6 OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN (OPI), Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. "Menores no acompañados y jóvenes extutelados con autorización de residencia". Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/menores> (con acceso el 23 de febrero de 2023). La cifra de menores y extutelados de 16 a 23 años en España superaba las trece mil quinientas personas a fecha 30 de noviembre de 2022, pero lo más relevante es el incremento continuado que se ha venido registrando. Lamentablemente las cifras no son exactas, puesto que difieren de unas fuentes a otras, lo cual tiene trascendencia a la hora de dotar económicamente a los servicios de protección de las diferentes Comunidades Autónomas. *Vid.* ORTIZ VIDAL, M. D.: "Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del comité de los derechos del niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia", *REEI*, núm. 41, 2021, pp. 1-27. Disponible en <https://doi.org/10.17103/reei.41.17> (con acceso el 30 de abril de 2022). Según la autora, debería contarse con un sistema de registro de MENA dotado de un mayor grado de fiabilidad, pues las cifras no coinciden cuando se comparan los datos que figuran en el "Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, cuya titularidad corresponde a la Dirección General de la Policía Nacional, su gestión a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y su coordinación a la Fiscalía General del Estado (arts. 35 LOEX y 215 RLOEX)" y las que publica la Fiscalía General del Estado en su Memoria anual.

No cabe duda, como afirma SERRANO SÁNCHEZ, que nos encontramos ante “el grupo social más afectado por las cegueras cognitivas y los silencios del discurso de los derechos humanos, lo que los somete a graves causas de subdiscriminación (género, etnia, cultura, nacionalidad, etc.)”⁷, fáciles víctimas de la trata de seres humanos; una de las lacras de la sociedad actual⁸.

En este estudio se abordan algunos de estos planteamientos y las soluciones que aporta la normativa interna en la protección de los MENA.

Para ello, en primer lugar, bajo el prisma del interés superior del menor, revisamos el alcance de su protección jurídica, incluyendo la referencia europea. Posteriormente, analizaremos el marco interno incidiendo en su protección específica y la aplicación práctica de la normativa de los MENA; con un análisis final relativo a los menores ucranianos no acompañados.

I. La protección jurídica civil de los menores en la Constitución española. El interés superior del menor y los MENAs.

El encaje sistemático de su art. 39 que hace la Constitución española de 1978⁹, en adelante CE, dentro del Capítulo III de su Título I y bajo la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”, eleva la protección de los menores como principio rector de la política social en España. No puede ser por casualidad este encaje, que, por otra parte, carecería de interés al formar parte de nuestro ordenamiento interno los Tratados y Convenciones internacionales en las condiciones previstas en el art. 96 CE, a no ser porque, precisamente, la protección de los derechos del niño constituye uno de los principios rectores que informan todo el ordenamiento interno. Es decir, más allá de la mera entrada al Derecho interno de lo previsto en dichos acuerdos internacionales, la protección del menor constituye un principio rector con entidad propia en nuestra Constitución que informa la política social de España.

El menor de edad goza de protección jurídica en España independientemente de si es extranjero o no, independientemente de si es residente o no; e

7 SERRANO SÁNCHEZ, L.: “La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados”, *AFD*, 2021, vol. 37, p. 463.

8 ESPUNY CUGAT, R. y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La atención a menores extranjeros no acompañados víctimas de trata en España desde una perspectiva comparada”, *Anales de derecho*, núm. 40, 2023, p. 132. Los autores consideran que el perfil de las víctimas de trata de seres humanos ha variado “paulatinamente”, identificándose cada vez más niños y niñas con especial desprotección; “especialmente en los casos de extranjeros que no están acompañados”. Sobre este tema, ampliamente tratado, *vid.* RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

9 Constitución Española de 1978. (BOE núm. 311, de 29 de diciembre); en adelante CE. El art. 39.4 CE proclama que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, por lo que el interés superior del menor se enmarca ya constitucionalmente. Hay que resaltar que nuestra norma suprema no distingue de nacionalidades en modo alguno, en cuanto a menores se trata.

independientemente de si está o no documentado. Sin embargo, el marco normativo, cuando se trata de su mayor vulnerabilidad como es el caso de los MENA, alcanza una mayor intensidad mediante el criterio interpretativo de la ley basado en el interés superior del menor¹⁰. Este principio “opera como guía o criterio rector en la toma de decisiones que le afectan, tanto si se trata de decisiones adoptadas por una autoridad administrativa o judicial, como si se trata de decisiones tomadas por los representantes del menor, en aquellos casos en que este carece de madurez para adoptarlas por sí mismo”; al menos en teoría¹¹.

El Tribunal Supremo afirma que el marco jurídico de los menores especialmente vulnerables, “menor que se encuentra en nuestro país sin familia”, como suele describirlo el Alto Tribunal (STS 16 junio 2020), exige como criterio prioritario su protección, por su especial vulnerabilidad, de acuerdo siempre con el “interés superior del niño”¹². Concepto en el que hay que diferenciar dos aspectos diferentes, que son “su evaluación”, por una parte, y “su determinación”, por otra.

Se trata de dos pasos “que necesariamente deben seguirse” para su concreción: el primero, la evaluación, “consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño”¹³. El segundo, se corresponde con un “proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior”¹⁴. Este concepto gira en torno a uno de

10 De antiguo, se especulaba con la necesidad de dotar a este concepto jurídico indeterminado de mayor concreción, sobre todo en casos de menores extranjeros no acompañados. Los MENA en España son considerados inmigrantes irregulares, pero se les aplica la legislación interna de protección de menores, a diferencia de países como Portugal, Francia, Suiza, Bélgica, Holanda, Dinamarca e Irlanda, que los contemplan tradicionalmente como solicitantes de asilo. Cfr. DIEZ MORRÁS, F.J.: “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *REDUR*, núm. 10 (dic), 2012, p. 97. Actualmente, se trata de un concepto bien estructurado, al albur de la acogida en nuestro derecho interno de la triple concreción contenida en la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño, como veremos más adelante.

11 SANTOS MORÓN, M. J.: “El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos”, *RJUAM*, vol. 2, núm. 38, 2018, p. 240. Vid. GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 14-49.

12 STS 16 junio 2020 (Roj: STS 2198/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2198, Sala de lo Civil, Recurso de casación; Ponente: Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán). En su FD 3.3, afirma que “la interpretación de los textos legales debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante para España, conforme a los arts. 96 y 10.2 CE), que en su art. 3.2 ordena que 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”.

13 MARTÍNEZ GARCÍA, C., y DEL MORAL BLASCO, C.: *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Save the children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Madrid, 2017, 27 pp. Disponible en <https://n9.cl/lbu4z> (consultado el 24 de febrero de 2023).

14 Ídem.

los aspectos más importantes relacionados los menores acompañados, como es la determinación de la minoría de edad (STS 5 julio 2022)¹⁵.

Hay que aclarar que, para el ordenamiento, todos los menores gozan de idéntica protección. Por ello, como diversas normativas internas se refieren a estos aspectos relacionados con menores extranjeros, en primer lugar, vamos a establecer una clasificación (*de lege lata*), dentro de nuestro estudio, de la norma interna sobre el tema.

2. Breve referencia a la protección del menor en el ordenamiento civil español.

Diversas normativas internas que sería prolijo describir en su totalidad se refieren en nuestro país a aspectos tuitivos del menor, sobre cuya base vamos a establecer una clasificación sucinta de la protección que el ordenamiento procura para el menor¹⁶.

15 STS 5 julio 2022 (Roj: STS 2782/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2782), de la que fue ponente la Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán. FD 4º y 5º. Los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad deben ser considerados menores de edad hasta que se determine su edad. El interés del menor requiere una valoración particularizada de cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. En este ámbito deben conciliarse, de una parte, el celo dirigido a evitar el fraude de las mafias y evitar, entre otros graves inconvenientes, el peligro que representa para los menores que están tutelados en un centro el ingreso y la convivencia con quien no lo es, con el riesgo que, de otra parte, supone tratar como mayor y dejar sin protección a quien sí es menor. Esta STS 5 julio 2022 reitera la jurisprudencia de la Sala Primera, que luego expondremos, sobre la necesaria ponderación de las razones que lleven a considerar la necesidad de recurrir al expediente de determinación de la edad de cualquier inmigrante "ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad". La doctrina de la sala fue incorporada al art. 12.4 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor (LOPJM) por el art. 1.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en vigor desde el 18 de agosto de 2015). Este precepto ha sido modificado por la disposición final 8.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (en vigor desde el 25 de junio de 2021) para prohibir expresamente la práctica de algunas pruebas (desnudos integrales, exploraciones genitales) y recoger el deber de las Entidades Públicas que adopten la medida de guarda o tutela respecto de personas menores de edad que hayan llegado solas a España de comunicar la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior, a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente". Junto a lo previsto en el art. 12.4 LOPJM, acerca de considerar en todo caso menor de edad a la persona cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad, "A partir de la sentencia 307/2020, de 16 de junio, a lo anterior, la sala ha añadido: aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial" y las dudas del Ministerio Fiscal sobre la autenticidad de tales documentos oficiales "que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer". Esto significa que los expedientes de determinación de edad instados por el Fiscal no estarán justificados (con cita de la jurisprudencia que conforma la doctrina al respecto: "La misma doctrina ha sido reiterada por las sentencias 357/2021, de 24 de mayo, 410/2021, de 18 de junio, 412/2021, de 21 de junio, 610/2021, de 20 de septiembre, y 796/2021, de 22 de noviembre". Vid. ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: "Menores no acompañados. Impugnación del decreto de edad del Ministerio Fiscal. Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2021", *Revista CEF Legal*, núm. 250, 2021, pp. 73-79. La esencia de la doctrina jurisprudencial reside en que la determinación de la edad, a través de pruebas complementarias no es admisible cuando el extranjero disponga de documentación acreditativa de su minoría de edad. No podrán emplearse indiscriminadamente las técnicas médicas de determinación de la edad, especialmente si son invasivas, "ya se trate de personas documentadas como indocumentadas", debiendo ponderarse las razones por las que se considera que un documento acreditativo de la edad "no es fiable", según juicio de proporcionalidad, antes de acudir a tales técnicas.

16 ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: "Capítulo III. Sistema normativo español sobre protección de menores", en AA. VV.: *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (dir. por C. MARTÍNEZ GARCÍA), Cizur

La primera norma reside en nuestra CE, como acabamos de ver, que en su art. 39, obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales (art. 39.4 CE). PIZARRO MORENO afirma sobre ella que “es la norma de enlace entre los elementos internacionales que exigen la protección de los menores y las normas de derecho interno”, las cuales no son más que, afirma, la “instrumentalización necesaria del mandato constitucional del art. 39 del CE de protección integral de los menores de edad y de la infancia”¹⁷.

En segundo lugar, con carácter sustantivo, el Código civil¹⁸ se refiere a los menores de edad en múltiples artículos que sería prolijo describir en su totalidad. Destacamos la regulación contenida en el Capítulo IV del Título VII de su Libro Primero, al cual nos remitimos y cuyo texto consolidado ha sido modificado en varias ocasiones. Precisamente, una de las reformas más importantes vino de la mano de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil¹⁹ y sus modificaciones posteriores²⁰, en adelante LOPJM, la cual incide sobre aspectos sustantivos y procesales que afectan a derechos fundamentales y libertades públicas de los menores, concretando la forma en que debe entenderse el interés superior del menor, que hasta entonces era caracterizado por su indeterminación, a través de una norma con una posición jerárquica superior, en tanto que se trata de una Ley Orgánica.

Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 123-130. Sobre el régimen jurídico de la protección de la infancia y la adolescencia, vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 y, más recientemente, LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R. A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- 17 PIZARRO MORENO, E.: *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, 2020, Editorial Reus, pp. 24 y ss. Afirma el autor que el interés superior del menor trasciende al mero derecho a que cuando se adopte una medida que concierna al menor sea tras evaluar sus mejores intereses, si se observa su dimensión como principio informador (tanto formal, que se proyecta en el legislador a través de la orientación de las normas, como también material, que alumbra la actuación de los poderes públicos en todos los ámbitos). Por otra parte, resalta su dimensión como principio general interpretativo que “implica que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor”. Vid. SERRANO SÁNCHEZ, L.: “La subdiscriminación”, cit., p. 466. Afirma la autora, algo drásticamente, que “la exclusión en España de los menores como sujetos de derechos a nivel constitucional los reduce a meros cuerpos [...] (que) son asimilados, cuando se trata de menores inmigrantes, a los adultos, primando su consideración de inmigrantes irregulares frente a su minoría de edad”. Sin embargo, veremos, esta afirmación debe matizarse a la luz de las modificaciones más recientes de nuestro ordenamiento civil interno, centrado más en el MENA como menor vulnerable, que como menor extranjero y con ciertas especialidades en relación a los menores ucranianos no acompañados.
- 18 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio), en adelante CC.
- 19 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17 de enero).
- 20 La última, por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (BOE núm. 134, de 5 de junio).

Así, al albur de la jurisprudencia, y de acuerdo con la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño de 2013, el concepto del “interés superior del menor” se concretó a través del art. 2 LOPJM, conformándolo desde una triple perspectiva: sustantiva, interpretativa, y procedimental²¹. De tal forma que dicho interés superior se define como el derecho que tiene el menor a ser escuchado en el proceso de toma de decisiones que le afecten y que se tenga en cuenta dicho interés en relación a los demás intereses que puedan tenerse en consideración en esos casos. Como criterio interpretativo, ante disposiciones en las que quepa interpretación, esta debe ser la que responda mejor a los intereses del menor y, finalmente, como norma de procedimiento de carácter restrictivo en cuanto a las limitaciones de la capacidad de obrar, que serán siempre tomando como referencia el interés superior del menor. Sin embargo, los criterios incluidos en dicho artículo para “facilitar” la determinación del interés superior del menor en casos concretos, combinan aspectos subjetivos y objetivos, sobre los que SANTOS MORÓN afirma que “para resolver el posible conflicto entre los criterios incluidos en el citado art. 2 LOPJM, ha de tenerse en cuenta: a) que la regla prevalente, según se deduce del conjunto de la regulación, es la protección del derecho a la vida del menor; b) que cuanto mayor sea el menor más relevancia ha de darse a sus deseos, opiniones y convicciones; y c) que cuando los representantes del menor adoptan decisiones relativas a sus derechos de la personalidad, por carecer el menor de suficiente madurez, es preciso respetar en la mayor medida posible sus deseos e inclinaciones”²².

El art. 9 LOPJM desarrolla el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, de acuerdo con su madurez y se hace referencia a las personas con discapacidad, dando entrada a las disposiciones sobre la interdicción de discriminación por esta causa, en el ámbito familiar y en cualquier procedimiento, de acuerdo a la Convención de Nueva York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada en 2008²³. Su art. 10 legitima activamente a los menores para plantear quejas ante el Defensor del Pueblo y favorece su tutela judicial efectiva mediante la figura del defensor judicial y la introducción de la posibilidad de solicitar asistencia legal, además de la participación del Ministerio Fiscal en la defensa de sus derechos. El capítulo IV se introdujo para regular el

21 El Comité de los Derechos del Niño ha abordado los derechos de los menores no acompañados en numerosas Observaciones generales, que constituyen “un corpus de ineludible referencia para los Estados y las entidades de ayuda a los refugiados y a los menores no acompañados”, como afirma PÉREZ SALOM, R.: “El principio de no devolución en el caso de los menores no acompañados solicitantes de asilo: la posición del Comité de los Derechos del Niño (CDN)”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 49, 2023, pp. 328-338. Disponible en <https://doi.org/10.7203/CEFD.49.26205> (con acceso, 4 octubre 2023), al cual nos remitimos para un mayor detalle y comprensión de dicho corpus. Cfr. SILLERO CROVETTO, B.: “Interés superior” del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017, pp. 18-20.

22 SANTOS MORÓN, M. J.: “El interés”, cit., p. 240.

23 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

ingreso en centros de protección de menores, y el establecimiento de límites en el caso de adoptarse medidas excepcionales y extremas de seguridad y de privación de libertades o derechos fundamentales motivadas por la conducta de los menores: los arts. 25 y siguientes regulan el acogimiento residencial, el ingreso, las medidas de seguridad y contención, las medidas de aislamiento, registros personales y materiales, y el régimen disciplinario, con remisión a la de procedimiento administrativo vigente entonces, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que debe entenderse hecha a la actual Ley 35/2015 y Ley 40/2015, ambas de 1 de octubre. El art. 34 LOPJM establece el régimen de visitas y los permisos de salida. Hay que resaltar que el ingreso está limitado a aquellos casos en los que no quepa otra medida tuitiva, debe ser autorizado judicialmente, y a instancias del Ministerio Fiscal o de la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor y su finalidad consiste en promover un libre desarrollo de su personalidad, encaminado a la normalización de su conducta en un ambiente educativo. El art. 13.1 LOPJM establece que debe comunicarse a la autoridad o sus agentes más próximos cualquier “situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor” que sea detectada²⁴.

La Ley tuitiva de menores introdujo también reformas procesales, a través de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al procedimiento para el ingreso, estableciendo como juez competente el de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, tanto para el procedimiento de ingreso (art. 778 bis), salvo casos de urgencia, en los que se ratificará posteriormente, en la que intervendrá el Ministerio Fiscal y será escuchado el menor; como para la entrada domiciliaria (art. 778 ter.) en la ejecución forzosa de medidas de protección del menor. En concordancia, se modificó también la Ley Orgánica del Poder Judicial, las leyes orgánicas sobre derechos y libertades de los extranjeros, de 11 de enero (LOEX²⁵), sobre las situaciones de trata de seres humanos y la Ley Orgánica 1/2004 de protección contra la Violencia de Género²⁶, en lo relativo a mujeres menores de edad afectada como posibles víctimas de violencia de género.

24 En el caso concreto de la Comunidad autónoma de Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (BOJA núm. 53, de 12 de mayo), establece en su art. 18.5, que “cualquier persona o entidad y, en especial, las que por razón de su profesión o finalidad tengan noticia de la existencia de una situación de riesgo o desamparo de un menor, deberá ponerlo en conocimiento de cualquier autoridad, que inmediatamente lo comunicará a la Administración competente, Autoridad Judicial o Ministerio Fiscal”. Resultan obligados especialmente tanto los titulares de los centros sanitarios y el personal sanitario de los servicios de salud (art. 10.6), como los de los centros educativos (art. 11.5). Por su parte, en 2019, se habilitó el formulario de notificación correspondiente, a través de la Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba el formulario normalizado de la hoja de notificación de posibles situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia. (BOJA núm. 149, de 5 de agosto).

25 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm.10, de 12 de enero).

26 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre).

En 2015, se modificó el sistema de protección de menores mediante su reforma, a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio²⁷ y la Ley 26/2015, de 28 de julio²⁸. La Ley Orgánica 8/2015 incorporó una serie de criterios generales interpretativos sobre el interés superior del menor “siguiendo una tendencia ya seguida por el Tribunal Supremo en los últimos años [fundamental es la STS de 31 de julio de 2009 (565/2009)]”²⁹.

Por su parte, la Ley 26/2015, regula la institución de guarda de hecho, deslindándola de la guarda administrativa y de la tutela administrativa en casos de desamparo. “De modo que junto a la guarda de hecho, y dentro de las competencias asumidas por la Entidad pública encargada de la protección de menores en el respectivo territorio en los supuestos de desamparo, se contemplan la guarda provisional, la guarda voluntaria, la guarda judicial y la guarda con fines de adopción”³⁰. En cuanto se detecte que existen “situaciones de necesidad del menor de edad no atendidas, surge la obligación de las entidades públicas de llevar a cabo la atención inmediata que precise cualquier menor, que puede articularse en un primer momento y sin que haya previa declaración de desamparo”³¹.

Esta reforma produjo un cambio sustancial en el CC, tratando de homogeneizar la regulación de una protección uniforme de los menores en el territorio nacional, con vocación, según su exposición de motivos, de constituir un referente para las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y muy especialmente dirigida, entre otras, a la protección de los menores extranjeros en el territorio nacional, reconociendo expresamente su derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios sociales y el derecho a obtener la documentación de residencia, una vez constatada la imposibilidad de retorno a sus países de origen o bien con su familia. Una de las peculiaridades de esta ley es que establece una jerarquía entre las posibles medidas, que se prefieren sean estables, familiares y consensuadas frente a las temporales, residenciales o impuestas, respectivamente. La Ley 26/2015 es muy importante para nuestro tema de estudio, ya que establece la presunción de minoría de edad cuando no exista seguridad en la determinación de su mayoría de edad, como luego veremos. También se introdujo un régimen jurídico aplicable a las situaciones de riesgo y desamparo (arts. 172 y ss., dentro del

27 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 175, de 23 de julio).

28 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 180, de 29 de julio).

29 PIZARRO MORENO, E.: *El interés*, cit., p. 28. Cfr. SILLERO CROVETTO, B. “El interés”, cit., pp. 14-17.

30 GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *ADC*, 2017, vol. 70, fasc. 4, p. 1391.

31 CAPOTE PÉREZ, L. J. y CALZADILLA MEDINA, M. A.: “Protección jurídica de la infancia y la adolescencia en España tras la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de los derechos del Niño de 1989”, *Miscellanea Historico-Jurídica*, vol. 19, núm. 1, 2016, p. 138. Disponible en <https://doi.org/10.1.15290/mhi.2020.19.01.05> (consultado el 7 de noviembre de 2023).

Capítulo V del Título VII del Libro Primero del CC), simplificando el régimen de acogimiento familiar y, subsidiariamente, el acogimiento residencial; no sin ciertas disfuncionalidades, como señala LÓPEZ ULLA³².

3. La posición de la Unión Europea en la protección de los menores.

En clave europea, históricamente y en relación con los MENA, ha existido cierta indefinición del interés superior del menor, que “no es un concepto unívoco en Europa, pues se le da diferente contenido de acuerdo con el tiempo y las circunstancias políticas, sociales y jurídicas de cada Estado” y, pese a que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha ido dotando de elementos a este concepto jurídico que ha ido concretándose, como se reclamaba por la doctrina³³.

Ahora, el reconocimiento mutuo y ejecución de las decisiones, el acceso a la justicia y la armonización de las legislaciones nacionales constituyen el objetivo nuclear de la cooperación judicial civil de la Unión Europea y son objeto de incesante estudio³⁴.

Este hecho, junto con la organización de España como un Estado constitucional multinivel, en el que por mor del art. 93 CE entran en nuestro ordenamiento interno las normas de la Unión Europea, hace que diversos instrumentos de Derecho europeo formen parte del ordenamiento interno; de la misma forma que el art. 96 CE introduce ciertos tratados internacionales como norma interna, una vez ratificados y publicados. Por lo que el ordenamiento da cabida a una regulación de origen supranacional, pero de plena eficacia interna, como es sabido. Tal es el caso del Reglamento Bruselas II ter, el cual dispone que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro son competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional³⁵.

32 Tanto el CC (art. 172), como la LOEX (art. 35) indican la asignación de un representante legal al menor desde el primer momento; pero, en la práctica “esto no sucede hasta que se declara formalmente la situación de desamparo”, denuncia el autor. Cfr. LÓPEZ ULLA, J. M.: “Razones para una directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73, p. 910. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.05911> (con acceso el 24 de marzo de 2023).

33 DIEZ MORRÁS, F. J.: “Indefinición del”, cit., p. 103. Lamentaba el autor que “la legislación comunitaria y la interna de los diferentes países de la Unión Europea no han otorgado aún un contenido más o menos definitivo al concepto en el contexto de las migraciones internacionales contemporáneas, con lo que se favorece la desprotección del menor de edad extranjero no acompañado que llega a Europa”.

34 Para una visión actual y comparativa de los sistemas tutivos de menores, vid. AA. VV.: *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), 2023, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza.

35 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. (DOUE L 178/2, de 2 de julio).

Mediante la Resolución 2022/C 434/02, de 5 de abril, el Parlamento Europeo solicitaba de los Estados miembros que garantizaran “que en todos los procedimientos relativos al bienestar del menor y a las disposiciones relativas a su vida futura se respeten, garanticen y apliquen plenamente los derechos del menor, y que se otorgue al interés superior de este la máxima prioridad”, a la vez que pide a la Comisión que presente “sin demora indebida” propuestas armonizadoras en los procedimientos de familia “un conjunto de directrices comunes o instrumentos no legislativos similares, que deben incluir recomendaciones y mejores prácticas a seguir por los Estados miembros para garantizar que la audiencia del menor sea realizada por un juez o un experto cualificado y que no se ejerza sobre él o ella presión alguna” y una “justicia adaptada a los menores, respetando adecuadamente la integridad emocional y física del menor, y sin demora”, en particular, pide “un marco de la UE para la protección de los derechos del menor en los litigios civiles transfronterizos” que incluya la protección del “interés superior del menor en los procedimientos familiares transfronterizos, en particular garantizando que las leyes y los procedimientos no discriminen entre los padres por razón de su nacionalidad, país de residencia o por otras causas, y absteniéndose de asumir que el interés superior del menor es permanecer en el territorio de un Estado miembro concreto”, en el que se potencie la mediación en asuntos relativos a menores³⁶.

La Unión Europea, destino frecuente del MENA, ha tenido una posición tradicionalmente biunívoca: por un lado, los países del norte y el centro de Europa han seguido un modelo centrado en su consideración como refugiados y solicitantes de asilo, mientras que, en los países del sur, generalmente, “se les incluye dentro del colectivo de inmigrantes irregulares y se le aplica el régimen interno relativo a la protección de menores”³⁷.

36 Resolución del Parlamento Europeo 2022/C 434/02, de 5 de abril de 2022, sobre la protección de los derechos del menor en los procedimientos de Derecho civil, administrativo y de familia, (DOUE, C 434/11, de 15 de noviembre).

37 VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 22, 2022, pp. 109 y ss. Disponible en <https://doi.org/10.20318/economia.2022.6809104> (con acceso el 23 de octubre de 2023). Distingue el autor, por un lado, la normativa no vinculante (*Soft law*), tal como la Resolución del Consejo de la Unión europea de 26 de junio de 1997, el Dictamen del Comité de las Regiones de 2007 sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales, el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea de 12 septiembre de 2013, o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre protección de los menores migrantes de 12 abril de 2017. Por otro lado, destaca la normativa vinculante, como las Directivas 2001/55/CE referida a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, Directiva 2005/85/CE del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los Estados miembros, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y los Reglamentos (pone de ejemplo, el Reglamento 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismo de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país; así como el Reglamento 604/2013, de 26 de junio de 2013, por el que se

II. METODOLOGÍA.

A través del método jurídico sistémico-estructural-funcional de investigación, que incluye el acceso a fuentes primarias de derecho positivo (*de lege lata*), doctrinales y jurisprudenciales, puestas en consonancia con nuestro ordenamiento interno, hemos realizado una revisión bibliográfica, así como un estudio jurisprudencial sobre la doctrina del Tribunal Supremo en lo que a los MENA se refiere. Finalmente, hemos realizado un análisis descriptivo de la situación del menor ucraniano que llega a España y del trato diferenciado, a través de la normativa general y la especial que se le brinda políticamente por España a los menores ucranianos.

III. RESULTADOS.

I. Marco normativo interno relativo a menores extranjeros no acompañados.

Hay que recordar en primer lugar que la configuración constitucional multinivel de nuestro país da cabida también a regulaciones autonómicas, las cuales coexisten con las normas internas comunes, cada una en el ámbito de sus competencias, junto con las también comunes disposiciones contenidas en aquellos Tratados y Convenciones internacionales, ratificados por España, que entran a formar parte de del ordenamiento, precisamente, cuando se publican en el Boletín Oficial, como es de sobra conocido.

En este sentido, y dejando al margen la legislación autonómica³⁸, la Convención sobre los Derechos del Niño³⁹, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en adelante CDN, constituye “el principal instrumento en nuestro país respecto de los menores”, en torno a la cual se orienta nuestra norma interna⁴⁰. En la CDN se reconoce la dignidad como derecho intrínseco, igual e inalienable “de todos los miembros de la familia humana” establecido en la Carta de las Naciones Unidas⁴¹, y también, al reconocimiento “sin distinción alguna, por motivos de raza, color o sexo, idioma,

establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida).

38 N. B. Para una visión de conjunto sobre la regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia y su adecuación a las “leyes estatales 26/2015 y 8/2015”, *vid.* SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración* y, cit., pp. 418-429.

39 Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (con acceso el 22 de marzo de 2023).

40 VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica”, cit., p. 116. *Cfr.* TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. POUS DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 151-226.

41 Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia. (BOE núm. 275, de 16 de noviembre).

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” de los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴². Los tratados internacionales conceden especial protección a la dignidad del menor, y reconocen sin ambages sus derechos y libertades proclamados en dicha Declaración. En particular, a los menores de dieciocho años, se les debe asegurar por España que “en todas las medidas concernientes a los niños” se atenderá el interés superior del menor⁴³. Noción que orbita sobre toda la interpretación que da el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en particular, en el caso de conflictos armados⁴⁴.

En segundo lugar, la propia CE, que no deja de ser una norma interna, suprema del ordenamiento, junto con la ya mencionada LOPJM, constituye lo que se ha venido en llamar la legislación de protección de menores, la cual, respecto a las personas menores de edad extranjeras que se encuentran en España, reconoce sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, estableciendo como objetivo de los poderes públicos lograr la plena integración de estos menores en la sociedad española.

Como señala MONTESINOS PADILLA, al margen de esta protección internacional “a día de hoy los Estados europeos mantienen buena parte del control sobre la entrada, la salida y la permanencia de personas en su territorio, reservándose con ello un derecho de expulsión sobre quienes no poseen su nacionalidad”⁴⁵. Por ejemplo en España, donde las normas tuitivas de la infancia coexisten con una completa regulación de extranjería a través de la Ley Orgánica de extranjería, LOEX,⁴⁶ y su Reglamento; recientemente reformado⁴⁷. Este marco jurídico

42 ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html> (con acceso el 24 de marzo de 2023).

43 Pero la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño aclara no solo la obligación de los Estados de “evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que le conciernen” como afirma en su párrafo 23, sino su concepción como “consideración primordial” en la adopción de todas las medidas de aplicación, imponiendo “a los Estados una obligación jurídica (párrafo 37)”. Al tratarse de una consideración “primordial”, esto significa que “el interés superior del niño no debe estar al mismo nivel que otras consideraciones” porque al contrario que los adultos, los niños tienen menos posibilidades de defender sus propios intereses. Vid. SILLERO CROVETTO, B.: “Interés superior” cit., p. 17.

44 N.B. De la interpretación conjunta de las Observaciones Generales núm. 13, de 18 de abril de 2011 y núm. 14, de 29 de mayo de 2013, de dicho Comité de la ONU, de los derechos del niño, se extrae que el interés superior del menor debe ser una consideración primordial en todo caso, y en especial ante “conflictos armados” (como lo es la actual invasión de Ucrania por parte de Rusia).

45 MONTESINOS PADILLA, C.: “La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Político*, núm. 110, 2021, pp. 232.

46 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm. 10, de 12 de enero).

47 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. (BOE núm. 103, de 30 de abril), modificado por sendos Reales Decretos, primero por el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. (BOE núm. 251, de 20

interno, en el caso de menores extranjeros en desamparo, como en el caso de los MENA, puede originar conflictos porque la regulación del extranjero menor de edad tiene varias soluciones, dependiendo del aspecto en el que pongamos énfasis (extranjería o minoría de edad). La resolución de estos conflictos de leyes se resuelve hoy en la forma indicada por nuestro Tribunal Supremo; es decir, primando el interés superior del menor sobre cualquier otra consideración, al albur del mandato constitucional del art. 10.2 CE, (es decir, “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”)⁴⁸. En cuanto a estos tratados, hay que tener muy en cuenta, de nuevo, la CDN y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el BOE⁴⁹, que, en su art. 3.1 especifica “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” y que, como hemos visto, forma parte de nuestro derecho interno. Es de destacar que para paliar en parte la posible descoordinación entre administraciones e instituciones comprometidas en las actuaciones con menores extranjeros no acompañados, desde 2014 existe un Protocolo marco de aplicación en casos de menores extranjeros no acompañados; sobre el cual orbita cierta polémica⁵⁰.

de octubre), y, seguidamente, por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. (BOE núm. 179, de 27 de julio). Vid. VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica”, cit., pp. 118-119. Afirma el autor que la regulación de los MENA (arts. 189-198), abarca su “definición, la determinación de la edad, la competencia sobre el procedimiento de repatriación y actuaciones previas, el inicio del procedimiento de repatriación, las alegaciones y determinación del periodo de prueba, el trámite de audiencia y la resolución del procedimiento, la ejecución de la repatriación, la residencia del menor, el acceso a la mayoría de edad cuando es titular de una autorización de residencia y el acceso a la mayoría de edad cuando no sea titular de una autorización de residencia”.

- 48 SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2021, pp. 269-270. La autora, sobre el interés superior del menor como principio informador del ordenamiento jurídico, afirma que debe observarse “en su triple virtualidad, como norma sustantiva, procesal y principio interpretativo, y proceder a la documentación del MENA desde que se asume la guarda provisional del menor por la entidad pública autonómica correspondiente”.
- 49 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- 50 Vid. Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. (BOE núm. 251, de 16 de octubre). Se especifica que la determinación de edad realizada a instancias del Ministerio Fiscal, en desarrollo de lo previsto en el art. 35.3 LOEX tendrá carácter de provisionalidad, estando a lo que se determine judicialmente. Por otra parte, vid. VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica”, cit., p. 19, quien afirma que “según el propio protocolo, en su capítulo II apartado sexto, al menor se le considerará indocumentado, lo que podría contradecir la jurisprudencia del Tribunal Supremo” (STS 24 septiembre 2014 y STS 23 septiembre 2014) “en las que se prohíbe someter a las pruebas para determinar la edad a los inmigrantes menores con pasaporte válido que se encuentran de forma irregular en España”. Cfr. STS 23 septiembre 2014 (Roj: STS 3818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3818) y STS 24 septiembre 2014 (Roj: STS 3817/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3817). Cfr. PRADO MANRIQUE, B. V.: “La coordinación de políticas públicas: Clave para la protección de menores extranjeros en calle”, *InDret*, núm. 4, 2022, 18 pp. Disponible en <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i4.05> (con acceso el 24 de marzo de 2023), quien recalca la importancia de la coordinación no solo interna (elaboración e implementación de las intervenciones o políticas públicas desarrolladas e implementadas por las distintas entidades

2. Perfil de los menores no acompañados en España.

Hasta ahora, el perfil tradicional de los MENA que acceden a España se ha venido correspondiendo mayoritariamente con niños, niñas y adolescentes, menores de 18 años y de origen extranjero, fundamentalmente provenientes de Marruecos y Argelia por motivos de proximidad geográfica, que llegan a España sin el cuidado o acompañamiento de ningún adulto⁵¹, respondiendo a un perfil “adolescente, varón, marroquí o argelino, entre 14 y 17 años, que viene a nuestro país para escapar de situaciones de gran penuria económica y encontrar oportunidades de desarrollo, en ocasiones, de forma voluntaria, y otras veces movido por su familia”⁵².

Hay que señalar que en España se han observado “importantes diferencias en el modelo de actuación de cada región”⁵³ ante la llegada del MENA, lo que suscita una indeseable incertidumbre sobre la seguridad jurídica en la protección de estos menores.

En estos casos, la normativa de protección de menores queda desplazada, en gran parte, por la de extranjería, en concreto por la LOEX. Si bien esta ley contiene una salvaguarda indirecta del derecho del menor, en la delimitación de su ámbito, cuando dice que “lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los tratados internacionales

gubernamentales, sino “externa”, destinada a “coordinar la acción de los particulares en la sociedad y mecanismos de coordinación entre los distintos poderes públicos”.

- 51 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *Informe 02|2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Consejo Económico y Social España, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2019, pp. 64-65. Se afirma en el estudio que a tenor de “la última Memoria de la Fiscalía General del Estado publicada en 2018, en 2017 se habían localizado 2.345 MENA, una cifra cuatro veces superior a la del año anterior. En su gran mayoría (97 por 100) pertenecen al sexo masculino y proceden de Marruecos (56,3 por 100), Argelia (20 por 100), Costa de Marfil (7,5 por 100) y Gambia (2,9 por 100). También se produjo en 2017 un nuevo aumento importante (17,6 por 100) del número de bebés o niños de corta edad llegados en pateras acompañados de adultos que afirmaban ser sus padres, en su mayoría. Según la Fiscalía, es imposible saber cuántos otros MENA han entrado en España a través de las fronteras de Ceuta, Melilla o Algeciras de manera oculta o clandestina”.
- 52 FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España”, *Rev Derecho Civil*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 321-362.
- 53 BRAVO, A., y SANTOS-GONZÁLEZ, I.: “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psychosocial Intervention*, vol. 26, núm. 1, 2017, pp. 56-58. La principal diferencia en cuanto a la atención a los MENA en España, atendiendo a la Comunidad Autónoma donde se encuentren inicialmente estriba en la duración de la fase de “investigación-evaluación” del menor por parte de las autoridades administrativas y, en estos casos, sobre todo, en procedimientos distintos de determinación de la edad y en cuanto a la mayor o menor celeridad en la adopción de la medida de tutela. Estas diferencias dieron lugar a la elaboración de un documento de consenso para armonizar tales actuaciones de determinación de edad. Cfr. GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M., BAÑÓN GONZÁLEZ, R., PUJOL ROBINAT, A., AGUADO BUSTOS, F. F., LANDA TABUYO, M. I., PRIETO CARRETERO, J. L., y SERRULLA RECH, F.: “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, núm. 1, 2011, pp. 22-29. Tal documento de consenso tuvo eco en la Administración, y pasó a ser en el año 2014 “un documento de referencia técnica para el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA elaborado por el Ministerio de la Presidencia”. Vid. GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M. y LÓPEZ ALCARAZ, M.: “Situación actual de la estimación forense de la edad en menores extranjeros no acompañados en España”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 45, núm. 4, 2019, pp. 133-135.

de los que España sea parte”, a tenor de su art. 1.2, parece ser que esta previsión a veces resulta ser de límites imprecisos: una y otra vez los Tribunales deben moderar las decisiones de la Administración del Estado, en la asunción de la tutela o guarda del menor, que, además está obligada a tener en cuenta dicho interés superior y su derecho a ser escuchado en el procedimiento de repatriación, pues claramente afecta a su esfera personal⁵⁴. Sea como fuere, siempre impera el interés superior del menor, por su posición como principio rector del ordenamiento. Desiderátum que a veces no pasa de ser un tópico⁵⁵.

3. La protección del menor extranjero no acompañado en el ordenamiento interno.

Una vez establecido el marco legal interno de la protección del menor, desde el punto de vista del Derecho civil, nos preocupan los siguientes aspectos: en primer lugar, la protección de los menores no acompañados en el ordenamiento interno español, en conflicto con la legislación de extranjería y su solución, atendiendo al interés superior del menor; en los casos de menores desplazados a consecuencia del conflicto bélico entre Rusia y Ucrania.

Nos proponemos estudiar las siguientes instituciones de derecho civil en relación a los MENA en España: la determinación legal de la minoría de edad (y su interpretación en virtud del interés superior del menor), la situación de desamparo atribuible por definición en estos casos, las medidas tuitivas concretas de protección del menor correspondientes y si existe algún contraste de la situación de los MENA ucranianos con respecto al panorama general en España.

A) *La determinación legal de la minoría de edad y su interpretación en virtud del interés superior del menor: la duda biológica frente al Derecho civil.*

En casos evidentes, no resulta difícil determinar la minoría de edad (bebés y menores de 12 años, por ejemplo). Sin embargo, hay un gran número de adolescentes en los que es crucial determinar con certeza su minoría de edad, ya que de lo contrario, el art. 57 de la LOEX prevé que el extranjero que se encuentre

54 ARCE JIMÉNEZ, E.: “El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación”, *CEFD*, núm. 38, 2018, p. 30. Sobre este particular, *vid.* RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten”, en *AAVV: Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coord. por CABEDO MALLOL, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.132-158.

55 GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es”, pp. 14-49. Esta autora, tras explicar magistralmente el origen del concepto y el desarrollo de su incorporación a nuestro ordenamiento “a partir de su triple dimensión”, según el Comité de los derechos del niño, destaca en un brillante estudio la utilidad del “principio del interés superior del menor” en el derecho español, pero sin entrar a valorarlo en relación con los menores extranjeros no acompañados. Lo hace desde una perspectiva actual y realista (afirma que su análisis incide en “para qué está sirviendo en realidad y no para qué debería servir o cómo debería ser utilizado”), llegando hasta el análisis profundo de su aplicación práctica por los tribunales para concluir que “el mantra del ‘interés de menor’ se viene utilizando ‘a la carta’, con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione)”.

“irregularmente en territorio español” está cometiendo una falta grave, a tenor del apartado a) del art. 53.I de dicho cuerpo legal, cuya consecuencia jurídica sancionadora puede ser su expulsión del territorio nacional, previa elaboración de un informe sobre sus circunstancias familiares y personales; a tenor de los apartados 2 y 3 del art. 191 del Reglamento de extranjería⁵⁶.

El problema radica en estos casos en las garantías⁵⁷ que deben observarse durante la tramitación de dicho expediente en tales casos dudosos. Es decir, en aquellos casos en los que bien el extranjero se encuentre indocumentado y aparente una mayor edad o bien, se tengan dudas de la autenticidad de la documentación que eventualmente porte el adolescente, donde conste su minoría de edad.

Esta situación es particularmente importante en los MENA que no conste su edad, resultando primordial el expediente de su determinación, que corresponde al Ministerio Fiscal⁵⁸. Así, la incoación de dicho expediente, según lo determinado en el art. 190 del Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería, a instancias de aquel, procurará –tras un análisis radiológico del carpo, o de la clavícula; o bien en base a un análisis dental mediante ortopantomografía– el establecimiento de un rango de edad probable del sujeto en cuestión⁵⁹.

56 FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección”, cit., p. 340. “El informe sobre las circunstancias familiares del menor debe ser solicitado a la representación diplomática del país de origen del menor. [...] también a la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda que debe facilitar cualquier información que tenga sobre la situación del menor”. Cfr. 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. (BOE núm. 103, de 30 de abril). De la lectura conjunta de ambos apartados, se extrae que son dos los informes que deben solicitarse: uno, sobre las circunstancias familiares (número 3), que recabará de la representación diplomática del país de origen del menor, la Delegación o Subdelegación del Gobierno, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras; o bien a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios, caso de faltar esta. El segundo informe, con independencia del anterior, se requerirá a “la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda” “a la Administración autonómica del territorio en el que el menor tenga su domicilio, así como a aquélla donde está ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda”.

57 N. B. Una de esas garantías es precisamente la necesidad de nombrar un defensor que esté libre de conflicto de intereses frente a la Administración. Algunos autores plantean que en España, “los niños, niñas y adolescentes no acompañados, se enfrentan a un conflicto normativo al momento de arribar al país, donde su derecho a ser oído, y, por consiguiente, su derecho de participación, se ve mermado por la discrecionalidad administrativa que puede emplear el Estado, al coexistir normas de carácter migratorio con normas que protegen los derechos de los niños, que permiten no considerar el interés superior de estos niños en las decisiones administrativas y/o judiciales que les afecten”, proponiendo un efectivo “derecho de participación” de los afectados. Cfr. INOSTROZA RETAMALES, C. A.: “El derecho de participación de niños, niñas y adolescentes no acompañados”, *IUS*, vol. 17, núm. 52, 2023, pp. 27-46.

58 Cfr. UNIDAD DE EXTRANJERÍA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Nota interna núm. 2/2018, sobre seguimiento de los expedientes de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad*, p. 3. Disponible en <https://n9.cl/eam44> (con acceso el 24 de marzo de 2023). Incide en la motivación del decreto del fiscal “hasta el punto que cualquier lector comprenda el hilo argumental que ha llevado al fiscal a formular su decreto, excluyendo cualquier atisbo de arbitrariedad”. Aclara que se trata de “una presunción *iuris tantum* reforzada” solo vencible cuando concurra además del anterior requisito, la eliminación de “cualquier duda razonable. Esto es, que se haya probado la mayoría de edad tras la valoración racional, lógica y conforme a los dictados de la ciencia y máximas de experiencia, de todos los elementos probatorios existentes”.

59 Cfr. Vid. GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M. y LÓPEZ ALCARAZ, M.: “Situación actual”, cit., pp. 133-135.

Esto sucede porque la biología, al contrario que las matemáticas o la física, es una ciencia que carece de exactitud en sus resultados, precisamente por el componente aleatorio que le es propio. Esto determina que cuando un científico se aproxima a las ciencias de la salud, con el propósito de obtener algún resultado cierto, nunca obtiene una certeza absoluta: siempre habrá un rango mayor o menor de certeza en la que siempre cabrá alguna probabilidad de error.

Entonces, el expediente de determinación de la edad, llevado a cabo por el Ministerio Fiscal, termina con un decreto de este, a través del cual, se declara la mayor o menor edad del extranjero. Sobre dicho expediente, CASTRILLO SANTAMARÍA alude a la Observación General número 6 del Comité de Derechos del Niño de 2005, según la cual la determinación de la edad, precisamente, es “la primera medida a adoptar para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia”⁶⁰.

Efectivamente, el art. 35.3 de la Ley de extranjería⁶¹ establece en los casos en que se localice a un extranjero o indocumentado “cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad” mediante las pruebas médicas correspondientes⁶².

Sin embargo, como señala FLORES GONZÁLEZ, la interpretación “correcta” de los arts. 35.3 Ley de extranjería de 2000 y 190.1 de su Reglamento, cuando las dudas sobre la edad provengan de meras “sospechas sobre la autenticidad de los documentos que porta el menor, éstas deberán dilucidarse en un procedimiento judicial con todas las garantías”⁶³ y como afirma CASTRILLO SANTAMARÍA, en ciertos casos el Fiscal ha declarado la mayoría de edad del interesado, “sin posibilidad alguna por parte del menor de formular oposición, mediante un decreto no susceptible, al menos por falta de previsión legal, de impugnación directa en la

60 CASTRILLO SANTAMARÍA, R.: “Menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la determinación de su edad”, en AA. VV.: *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023, pp. 273-294. Sin embargo, en nuestra opinión, simultáneamente, debería poder contar el posible menor con una figura como la descrita en el apartado 33 de dicha Observación General número 6: fuera de su país de origen, “[...] tan pronto se determine la condición de niño no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor...”, porque la persona no acompañada, de cuya determinación de edad depende su consideración o no como MENA, debe contar inmediatamente con asesoramiento libre de conflicto de intereses con la Administración que se tenga que encargar de él. Vid. FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección”, cit., pp. 357-358.

61 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm. 10, de 12 de enero).

62 Vid. GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M. y LÓPEZ ALCARAZ, M.: “Situación actual”, cit., pp. 24-27.

63 FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección”, cit., p. 337. Cfr. CASTRILLO SANTAMARÍA, R.: “Menores extranjeros”, cit., pp. 285-292.

vía jurisdiccional”⁶⁴, siendo múltiples las denuncias que recoge la institución del Defensor del Pueblo, acerca de irregularidades acerca de la documentación de los MENAs⁶⁵. Sin embargo, sí que es posible la impugnación procesal civil del procedimiento de determinación de edad que culmina con dicho decreto del Fiscal, a través de un proceso declarativo ordinario, en caso de vulneración de garantías o derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente⁶⁶, tanto en el propio decreto del Ministerio Fiscal, como derivada de la tramitación del expediente con el que concluye, por mor del art. 249.I. 2º LEC.

Hay que señalar que, ante una fundada vulneración de derechos fundamentales, podría incluso presentarse un posterior recurso de amparo constitucional, caso de ser desestimado el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de segunda instancia desestimatoria de la pretensión declarativa de la menor edad, dictada en el eventual recurso de apelación interpuesto a tenor del art. 477.2 LEC. Es decir, agotada la protección ordinaria con el recurso de casación, todavía es posible actuar en la protección de supuestas vulneraciones de garantías y derechos fundamentales, a través del recurso de amparo ante el TC, pero para ello hay que agotar previamente todos los recursos jurisdiccionales posibles.

COBAS COBIELLA recogía hace años la doctrina jurisprudencial del TS sobre la indiscriminada determinación de edad del MENA. El Alto Tribunal sostiene que “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad, no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad”⁶⁷, doctrina extraída de las SSTs 23 y 24 septiembre 2014⁶⁸, que se ha incorporado a las previsiones del art. 12.4 de la LOPJM, como hemos explicado y está presente en prácticamente toda la jurisprudencia reciente de la Sala de lo Civil (STS 20 marzo 2022, STS 21 marzo 2022, STS 27 abril 2022,

64 CASTRILLO SANTAMARÍA, R.: “Menores extranjeros”, cit., pp. 273-274.

65 FLORES LÓPEZ, B.: “La protección”, cit., pp. 346-347.

66 ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: “Menores no”, cit., p. 73.

67 COBAS COBIELLA, M. E.: “Menores y extranjería: situaciones de regularización”, *Rev. boliv. de derecho*, núm. 20, 2015, pp. 115-117. Concretamente, son objeto de reseña la STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 4839; ECLI:ES:TS:2014:3818, TS. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana) y la STS 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 4689; ROJ: ECLI:ES:TS:2014:3817, TS. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana). Vid. ASENSIO VELASCO, M.: “Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre menores extranjeros no acompañados”, *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 38, 2018, pp. 163-172.

68 STS 23 septiembre 2014 (Roj: STS 3818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3818; Id Cendoj: 28079119912014100014) y STS 24 septiembre 2014 (Roj: STS 3817/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3817; Id Cendoj: 28079119912014100013).

STS 2 mayo 2022, STS 12 julio 2022, STS 27 julio 2022, STS 27 julio 2022, STS 8 noviembre 2022)⁶⁹.

En la más reciente (STS 8 noviembre 2022⁷⁰), se resume la doctrina de la Sala al respecto de la determinación de la edad del MENA, como sigue:

“El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.

Aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor

69 STS 20 marzo 2022 (Roj: STS 1564/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1564; Id Cendoj: 28079110012022100322), STS 21 marzo 2022 (Roj: STS 1115/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1115; Id Cendoj: 28079110012022100228), STS 27 abril 2022 (Roj: STS 1765/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1765; Id Cendoj: 28079110012022100355), STS 2 mayo 2022 (Roj: STS 2782/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2782; Id Cendoj: 28079110012022100531), STS 12 julio 2022 (Roj: STS 3007/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3007; Id Cendoj: 28079110012022100573), STS 27 julio 2022 (Roj: STS 3225/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3225; Id Cendoj: 28079110012022100590), STS 27 julio 2022 (Roj: STS 3225/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3225; Id Cendoj: 28079110012022100590), STS 8 noviembre 2022 (Roj: STS 4106/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4106; Id Cendoj: 28079110012022100765).

70 STS 8 noviembre 2022 (Roj: STS 4106/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4106; Ponente: Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán). La sentencia resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la desestimación del recurso de apelación interpuesto ante la desestimación en primera instancia de la pretensión declarativa de la menor edad por la vía de la tutela de los derechos fundamentales. Se trataba de un ciudadano guineano que con documentación que le fue expedida posteriormente a su determinación de edad (acta de nacimiento, tarjeta de identidad consular y certificado de inscripción consular de Guinea), y, sin embargo, el Fiscal había concluido dicho expediente con un decreto con el que lo consideraba con una “edad mínima de 19 años”, y, por lo tanto, mayor de edad, oponiéndose a la revisión. En este caso, la demanda solicitaba (FD I) “que se nombrara al demandante defensor judicial y que se adoptara como medida cautelar urgente el libramiento de un oficio para que la Comunidad Autónoma asumiera su tutela”, pretensión que fue acogida al apreciar el juzgado de primera instancia conflicto de intereses entre el demandante y el Ministerio Fiscal, a quien le hubiera correspondido representarlo en juicio ante la falta de padres o tutores. Ciertamente es que el actor estaba indocumentado a su llegada, y mediante decreto, la fiscalía provincial (de Almería) acordó la necesidad de realizar pruebas radiológicas ‘previa información al interesado’ ante las dudas que suscitaban sus manifestaciones de minoría de edad. En el recurso de apelación se puso en duda la virtualidad de los documentos identificativos que se aportaron, por lo que se desestimó el recurso. La STS 8 noviembre 2022 reitera nutrida jurisprudencia de la Sala (SSTS 453/2014 y 452/2014, 24 septiembre, 11/2015, 16 enero, 13/2015, 16 enero, 318/2015, 22 mayo, 319/2015, 23 mayo, 320/2015, 22 mayo 329/2015, 8 junio, 368/2015, 18 junio, 411/2015, 3 julio, 507/2015, 22 septiembre, 720/2016, 1 diciembre, 307/2020, 16 junio, 357/2021, 24 mayo, 796/2021, 22 noviembre, 218/2022, 21 marzo, 319/2022, 20 abril, 336/2022, 27 abril, 564/2022 y 535/2022, 12 julio, y 590 y 591/2022, 27 julio), y resume la doctrina de la Sala en estos casos, que reproducimos arriba.

acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes.

En el caso, ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación (...).

En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores” (FD 6º).

En definitiva, los datos que puede ofrecer la biología sobre la edad de un individuo siempre se hallarán en un arco, en un rango entre valores de los que existe certeza de que son superiores o inferiores al valor probable a tenor de diversas exploraciones médicas. Por lo tanto, en estos casos existirá una presunción *iuris tantum* de minoría de edad y se considerará que el extranjero es menor de edad siempre que pudiera estar en la parte inferior de la horquilla de edad menor de 18 años⁷¹. Esto significa que, si está entre 17 y 21 años, se decide que es menor de edad a efectos de su protección jurídica y no expulsión del territorio nacional, lo que constituye doctrina jurisprudencial⁷².

El problema está cuando el extranjero menor de edad tiene un documento válido que así lo declara, si el Ministerio Fiscal, en aplicación del art. 12.4 de la Ley del menor⁷³, introducido por la modificación de 2015, abriese un “expediente

71 El párrafo segundo del número 4 del art. 190 del Reglamento de extranjería especifica que “se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años”, en casos en los que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años”.

72 Cfr. STS 23 septiembre 2014 (Roj: STS 3818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3818, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), STS 23 mayo 2015 (Roj: STS 2217/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2217, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán); STS 18 junio 2015 (Roj: STS 2574/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2574, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) y STS 16 junio 2020 (Roj: STS 2198/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2198, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Ponente Excmo. Sra. D^a. María de los Ángeles Parra Lucán). El inmigrante con un pasaporte válido no puede hacerse la determinación de edad sin más, debe analizarse si es o no falso el pasaporte previamente y no hacer las pruebas de determinación de la edad, sino abrir un procedimiento judicial para dilucidar la falsedad o no del pasaporte. Las pruebas de determinación de la edad se deben realizar si existen indicios de falsedad en pasaporte o si se tienen dudas fundadas sobre si el menor extranjero es en realidad un mayor de edad. Pese a que el art. 12.4 de la Ley del Menor, en la modificación de 2015, dice que será el fiscal quien haga las averiguaciones sobre la falsedad del pasaporte) en contra de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo El problema es la “manga ancha” en perjuicio del inmigrante no acompañado (personas con pasaporte válido), en contra de la jurisprudencia del TS. La determinación de la edad mediante pruebas biológicas debe realizarse de forma restrictiva y, en caso de determinación de un rango que contenga la minoría de edad, optar por considerar al sujeto como menor de edad.

73 Cfr. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero). El art. 12.4 de la LPJM,

de determinación de edad" y el mismo concluyese con la determinación de su mayoría de edad⁷⁴, como se narra en la citada STS 8 noviembre 2022.

A la hora del procedimiento de expulsión y repatriación, según el Reglamento de la ley de extranjería⁷⁵, este debe fundamentarse también en el interés superior del menor, que como afirma LÓPEZ ULLA, actualmente es menos garantista que la redacción del Reglamento anterior de 2001 y "expresamente reconoce que el modelo migratorio español carece de agilidad en la capacidad de dar respuesta a los retos del mercado laboral, generando ineficiencias con elevados costes humanos, económicos y sociales"⁷⁶.

Al margen de ello, sin embargo, al ser menor de edad, precisamente por este motivo debe ser protegido conforme a la legislación, es decir, a través de los servicios de protección de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, pese a que disponemos de normas tuitivas de menores, en la legislación de extranjería y también de derecho internacional público, "falta congruencia en la actuación para determinar su edad"⁷⁷ y ello pese a que "los dictámenes y las resoluciones del CRC son interpretaciones auténticas de la CDN, dichos pronunciamientos habrán de ser utilizados por nuestras autoridades nacionales ex art. 10.2 CE a la hora de interpretar y aplicar los derechos que el ordenamiento español reconoce a los MENA"⁷⁸.

B) La situación de desamparo y la tutela ex lege del MENA.

El MENA constituye un ejemplo claro de situación de desamparo. El art. 18.2 de la LOPJM remite al art. 172 CC, en cuanto a la definición de esta situación

incorporando la doctrina jurisprudencial de la ya citada STS 24 septiembre 2014, establece que "el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas".

74 En este caso, el interesado entraría en una "tierra de nadie jurídica": por un lado, no está bajo la protección del menor y pasaría a una posición precaria; pero como tiene un documento que declara que es menor de edad, al no tener representantes, no puede ejercitar sus derechos a la educación, laborales, o realizar cualquier trámite administrativo...

75 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. (BOE núm. 103, de 30 de abril), modificado por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. (BOE núm. 179, de 27 de julio).

76 LÓPEZ ULLA, J. M.: "Razones para", cit., p. 911.

77 ORTEGA, A., y HEREDIA, L.: "Determinación de la edad de un extranjero indocumentado, a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2020", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 31, enero 2021, p. 573.

78 MONTESINOS PADILLA, C.: "La determinación", cit., p. 251.

como “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”⁷⁹. Evidentemente, como sostiene CABEDO MALLOL, “un menor inmigrante no acompañado se encuentra casi por definición en una situación de desprotección social incuestionable, en situación de desamparo, y de ahí que deba procederse a su declaración formal”⁸⁰.

Esta declaración debe ser temprana, por lo que será casi siempre el servicio de protección de menores de las diferentes comunidades autónomas, la Entidad Pública responsable de su declaración. Como afirma SERRANO SÁNCHEZ, “el interés superior del menor extranjero no acompañado en situación irregular en este caso está en el establecimiento del límite legal máximo de 3 meses para que, si no se ha llevado (a cabo) la reintegración familiar del menor (no acompañado) en el país de origen, desde Fiscalía [...], se empuje a la Administración autonómica a la declaración de desamparo”⁸¹.

En el caso de menores extranjeros, la declaración de desamparo le compete a las autoridades españolas en virtud de la “competencia basada en la residencia del menor”, por aplicación del art. 11.2 del Reglamento europeo núm. 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio, conocido como Reglamento Bruselas II *ter* (competencia basada en la presencia del menor) el cual especifica textualmente, que será de aplicación “a los menores refugiados y a los desplazados internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en su Estado miembro de residencia habitual”⁸² y las autoridades aplicarán la ley sustantiva nacional española, en virtud de los arts.

79 El art. 172 CC hace referencia a la protección de menores de edad. Implícitamente hace referencia a los MENA por cuanto, por definición se trata de menores a los que se les ha privado de la necesaria asistencia. Ya en la LOPJM, en términos generales, la situación de desamparo, se entiende cuando se den ciertas circunstancias “con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor” (abandono, transcurso del plazo de guarda voluntaria, riesgo para la vida, salud e integridad física o mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad a consecuencia de “maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores”); el anormal desempeño de la guarda del menor debida a un “grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares”, la inducción a la explotación del menor (“grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares”, o situaciones similares), o cualquier otra situación “gravemente perjudicial” derivada del incorrecto “ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia”; considerándose un indicador de la misma, que un hermano haya sido declarado en tal situación.

80 CABEDO MALLOL, V.: “La protección”, cit., p. 89. Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 151-226.

81 SERRANO SÁNCHEZ, L.: “La subdiscriminación”, cit., p. 485.

82 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. (DOUE L 178/2, de 2 de julio).

15.1 y 16.1. del Convenio de la Haya de 1996, por lo que se constituirá una tutela por ministerio de la Ley⁸³.

Esto es así, en aplicación tanto del art. 18.1 de la LOPJM, como del art. 172.1. CC al que remite el anterior, que la constituye en favor de “la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores” cuando constatará que el menor se encuentre en dicha situación de desamparo; debiendo “adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda” con conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez si este hubiera acordado una tutela ordinaria; aunque se reconoce su libertad de circulación y residencia, a pesar de ser irregulares, siempre que no puedan ser retornados a sus países de origen, en una suerte de “estatus jurídico específico” de extranjero vulnerable⁸⁴.

En estas situaciones, “cuando la entidad autonómica dicta la declaración de desamparo es porque el MENA no va a ser retornado y ha pasado un plazo mínimo de cuatro meses”⁸⁵. La situación de desamparo supone el detonante de la protección cautelar del menor. SERRANO SÁNCHEZ alude a determinadas “figuras de protección cautelar [...] específicamente para los MENA”, tales como la guarda provisional (art. 14 LOPJM y art. 172.4 CC), la designación de defensor judicial (arts. 299 CC y 2.5.c y 10.2.e LOPJM) y guardador de hecho (art. 303 CC)⁸⁶ y si, posteriormente se dan los requisitos apropiados para ello, puede obtener una autorización de residencia⁸⁷.

En Andalucía, por ejemplo, la sospecha o constancia de una posible situación de riesgo o desamparo de una persona menor de edad se comunicará a los organismos competentes a través de la correspondiente “hoja de notificación”, sin perjuicio del uso de otros medios que se estimen necesarios⁸⁸. Dicha hoja de notificación se regula expresamente en la Orden de la Consejería de Igualdad, Políticas sociales y Conciliación, de 30 de julio de 2019⁸⁹. Parece que la finalidad de

83 Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, en AA. VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (dir. por J. A. COBACHO GÓMEZ), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, p.490.

84 Sobre el específico estatus jurídico concreto del extranjero por razón de su vulnerabilidad, Vid. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 47-60.

85 SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración acceso*, cit., p. 272.

86 *Ibid.*, p. 418.

87 Cfr. VINAIXA MIQUEL, M.: “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, *Cuad. Der. Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 584. Se reconocen además de la declaración de desamparo (y la tutela *ex lege* asumida por la administración autonómica), los siguientes requisitos: estar documentado (bien por pasaporte, o cédula de inscripción), no poder ser repatriado, y que desde su puesta a disposición ante el servicio de protección de menores haya transcurrido un mínimo de tres meses y un máximo de 9.

88 Decreto 210/2018, de 20 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de actuación ante situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (SIMIA). BOJA núm. 227, de 23 de noviembre).

89 Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba el formulario normalizado de la hoja de notificación de posibles situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia. (BOJA núm. 149, de 5 de agosto).

esta declaración podría ser, según SERRANO SÁNCHEZ, “la permanencia del menor en España” al considerarse que “la residencia habitual del menor está ahora en nuestro país”⁹⁰, siendo de aplicación lo que acabamos de exponer acerca de la competencia de las autoridades españolas en la declaración de la situación de desamparo y la consiguiente tutela.

Pero como afirma FLORES GONZÁLEZ, “el sistema de protección diseñado en la LOPJM se revela ineficaz cuando los menores de edad tienen la condición de extranjeros o inmigrantes. La tutela automática de la entidad pública no resulta un mecanismo jurídico adecuado cuando se trata de proteger a los menores inmigrantes”, por cuanto el menor inmigrante necesita defensa “con carácter general para cualquier actuación que les afecte”⁹¹ y, desde luego, libre de conflicto de intereses con respecto a la Administración.

C) *La guarda de hecho y la guarda administrativa en situación de desamparo.*

GARCÍA GARNICA sostiene que el sistema de protección de menores en España establecido por la LOPJM, supuso “un importante hito legislativo en la protección jurídica de los menores de edad. No obstante, [...] era manifiesta la necesidad de someter el sistema de protección de la infancia y la adolescencia a una profunda revisión [...] al objeto de dotarlo de una mayor coherencia y eficiencia, y de responder a los mandatos contenidos en nuevos instrumentos internacionales ratificados por España”⁹², para lo cual se necesitaban reformas sustantivas y procesales.

Como venimos exponiendo, esta modificación vino de la mano de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, y de la Ley 26/2015 de 28 de julio, modificadoras del sistema de protección a la infancia y adolescencia⁹³; “reforma en profundidad del sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia para modernizarlo y garantizar una protección uniforme en todo el territorio del Estado”⁹⁴, las cuales, configuran un “marco común de referencia, sin perjuicio del desarrollo normativo que lleven a cabo las distintas Comunidades Autónomas”⁹⁵. Según afirma PIZARRO

90 SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración acceso*, cit., p. 272.

91 FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección”, cit. pp. 356-358. Refiere la autora al caso de Italia, donde la propia Ley de adopción y acogimiento de menores de 1983 prohíbe que la entidad pública de protección de menores ejerza la función de tutor de los MENA en ese país.

92 GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda”, cit., pp. 1375-1421.

93 Cfr. CABEDO MALLOL, V. J.: “Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras”, en AA. VV.: *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, (coord. por V. J. CABEDO MALLOL e I. RAVETLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 70-74.

94 PIZARRO MORENO, E.: *El interés*, cit. p. 30. Tras la promulgación de la Ley Orgánica 8/2015, el principio del interés superior del menor se ha objetivado, además de introducirlo “como norma de procedimiento, al disponer que toda medida que se tome en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso”.

95 GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda”, cit., p. 1390.

MORENO, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio⁹⁶ incorpora una serie de criterios generales interpretativos sobre el interés superior del menor como continuación a la “tendencia ya seguida por el Tribunal Supremo en los últimos años”⁹⁷. Por su parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio⁹⁸ regula la institución de guarda de hecho, deslindándola de la guarda administrativa y de la tutela administrativa en casos de desamparo. Así lo señala GARCÍA GARNICA, cuando afirma que “junto a la guarda de hecho, y dentro de las competencias asumidas por la Entidad pública encargada de la protección de menores en el respectivo territorio en los supuestos de desamparo, se contemplan la guarda provisional, la guarda voluntaria, la guarda judicial y la guarda con fines de adopción”⁹⁹.

Es importante señalar que tan pronto como quede determinada la minoría de edad del extranjero no acompañado, automáticamente se debe declarar la situación de evidente desamparo, por lo que “en ese momento el menor inmigrante no acompañado pasa a estar bajo la guarda de la entidad pública competente”¹⁰⁰ (que será la entidad protectora de menores de la Comunidad Autónoma donde se halle el menor).

4. La invasión rusa de Ucrania y sus consecuencias sobre el panorama del MENA.

En general, a tenor del Convenio de La Haya de 1996, ratificado por España en 2010¹⁰¹, la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados corresponde a su país de residencia anterior; Sin embargo, el art. 6.I del Convenio de la Haya dispone que, si se diera este desplazamiento en casos de “desórdenes en sus respectivos países”, la competencia será para las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran tales menores como consecuencia del desplazamiento “siempre que tuviera algún familiar en otro estado miembro”.

Si ese no fuera el caso, todavía en cuanto a los menores ucranianos, sería de aplicación lo previsto en el art. 16 del Convenio de la Haya, sobre casos de “agresión militar”, que establece que la responsabilidad parental sobre un menor por ministerio de la ley se rige por el Derecho del lugar de residencia habitual del menor (es decir, por el derecho ucraniano) cuando el menor tuviera allí su

96 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 175, de 23 de julio).

97 PIZARRO MORENO, E.: *El interés*, cit., p. 28.

98 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio).

99 GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda”, cit., p. 1391.

100 FLORES LÓPEZ, B.: “La protección”, cit., p. 348.

101 Instrumento de Ratificación del Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. (BOE núm.291, de 2 de diciembre de 2010).

residencia habitual y subsistiría después del cambio de residencia a otro país. El reconocimiento de pleno derecho que el Convenio otorga a las decisiones adoptadas en otro Estado contratante (art. 23), permite que cualquier medida ucraniana esté reconocida, por tanto, de forma automática en otros Estados contratantes. Esto significa que, en menores ucranianos desplazados a España, las medidas adoptadas por su país de residencia son válidas plenamente en nuestro país¹⁰².

Hay que tener en cuenta también la Directiva 2001/55/CE de Protección Temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas¹⁰³, que se dictó como consecuencia de los desplazamientos de población civil producidos durante la Guerra de los Balcanes, pero que nunca se aplicó y se ha aplicado ahora “por primera vez”, por parte de los países de la Unión Europea, ante la grave crisis de personas desplazadas a consecuencia del conflicto de Ucrania (“la mayor crisis de desplazados y refugiados desde la II Guerra Mundial”¹⁰⁴).

El éxodo masivo de la población civil ucraniana ha modificado la normativa interna española de protección civil de los refugiados directamente afectados por la invasión militar rusa no provocada e injustificada contra Ucrania, como se afirma en la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022, de protección temporal de las personas desplazadas de Ucrania que puedan encontrarse en España¹⁰⁵. Pese a que se trata de una modificación “temporal”, provocada por una violación del Derecho internacional, nuestro Tribunal Supremo interpreta que “los ucranianos que residan en España puedan acogerse de forma inmediata y sin necesidad de previa presentación de solicitud al principio de no devolución, que debe operar con automatismo, bastando a estos efectos la acreditación de la nacionalidad y la expresión de la voluntad de acogerse a la protección internacional para no ser expulsado, siendo carga de la Administración demostrar, en su caso, que el interesado está incurrido en alguno de los supuestos de exclusión contemplados en el art. 12 del Reglamento” (STS 21 diciembre

102 UNIÓN EUROPEA: *Menores de Ucrania – cooperación judicial en materia civil Menores privados de su entorno familiar debido a la agresión militar de Rusia contra Ucrania: instrumentos europeos e internacionales aplicables en asuntos civiles transfronterizos*. European Justice. Disponible en <https://n9.cl/m27f6> (consultado el 14 de marzo de 2023).

103 Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. (DO L 212, de 7 de agosto de 2001).

104 DURÁN RUIZ, F. J.: “La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73, pp. 951-993. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.07> (con acceso el 4 de septiembre de 2023).

105 Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España. (BOE núm. 59, de 10 de marzo).

2022)¹⁰⁶ sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas¹⁰⁷.

En este mismo sentido, por ejemplo, lo interpreta la Fiscalía de Menores de Sevilla, que considera a los menores ucranianos no acompañados como “menores de riesgo”¹⁰⁸.

La doctrina del Tribunal Supremo establecida en esta STS 21 diciembre 2022 recuerda que “la Unión Europea ha acordado facilitar la acogida indiscriminada de los refugiados procedentes de Ucrania sin exigirles la solicitud de asilo, acogándose a la Directiva de Protección Temporal de 2001”¹⁰⁹.

Por lo que, mientras dure la guerra de Ucrania, es previsible que toda la normativa interna quede relegada en cuanto a las personas afectadas, y, probablemente, sean objeto de análisis en sede del Alto Tribunal decisiones administrativas relativas a la acogida subsidiaria en expedientes de asilo, tributarios de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

106 Cfr. STS 21 diciembre 2022 (Roj: STS 4822/2022, ECLI:ES:TS:2022:4822; Sala de lo Contencioso. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano).

107 Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. (BOE núm. 256, de 25 de octubre). Es decir, que motivos justificados, proporcionalmente apreciados, para considerar que la persona en cuestión hubiera cometido delito contra la paz, crimen de guerra o crimen contra la humanidad o algún delito común de naturaleza grave, etc., o represente un peligro para la seguridad nacional o amenaza al orden público. Sobre la protección temporal de menores ucranianos no acompañados, Cfr. AGENCIA DE ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA (EUAA), AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA): *Herramienta práctica para tutores. Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2023, pp. 14-16. Disponible en <https://n9.cl/7c04e> (consultado 4 de noviembre de 2023). Se afirma que la tal protección temporal “garantiza a los menores no acompañados una protección completa y acceso rápido” a derechos de los que son acreedores, como la representación, la localización y reagrupación familiar, el acogimiento adecuado; especificando que “Las familias de acogida y las comunidades u organizaciones a las que se confíe, en virtud del Derecho interno, el cuidado de menores no acompañados que sean beneficiarios de la protección temporal deben recibir subsidios familiares y de apoyo por los menores a su cargo, según lo previsto en el Derecho interno del país de acogida”, que en nuestro derecho interno se atribuye a las Comunidades Autónomas). Vid. Real Decreto 673/2022, de 1 de agosto, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las comunidades autónomas para financiar la prestación de una ayuda económica directa a las personas beneficiarias del régimen de protección temporal afectadas por el conflicto en Ucrania que carezcan de recursos económicos suficientes. (BOE núm. 184, de 2 de agosto).

108 La instrucción de la Fiscalía de Menores (AP Sevilla), a través del Decreto de la Ilma. Sr. Fiscal Doña Marta Valcarce López, de 25 de abril de 2022, entiende que la llegada de menores ucranianos a la provincia de Sevilla debe registrarse “conforme al Artículo 215 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, relativo al Registro de Menores Extranjeros No Acompañados” y recabada la información necesaria para dicho registro, procede la “inscripción de los menores ucranianos en el registro de MENORES NO ACOMPAÑADOS, como ‘menores de riesgo’, conforme a lo dispuesto en el artículo 215 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”. Se incide en la necesidad que las familias o personas que acojan o presten guarda de hecho a estos menores “deberán expresar por escrito su conocimiento de que el desplazamiento del menor no tiene por objeto la adopción”, comprometiéndose a “favorecer el regreso con su familia biológica y/o a su país de origen o procedencia”, incoándose un “expediente de riesgo” por parte del Ministerio Fiscal, con solicitud de informes sociales de las familias guardadoras, pudiendo constituir judicialmente la guarda del art. 237 CC cuando tales informes sean favorables. Cfr. Decreto Fiscalía de Menores AP Sevilla, de fecha 25 de abril de 2022, 17 pp. Disponible en <https://n9.cl/3mxiy5> (con acceso el 4 de febrero de 2022).

109 STS 21 diciembre 2022 (Roj: STS 4822/2022, ECLI:ES:TS:2022:4822; Sala de lo Contencioso. FD 6.B).

IV. CONCLUSIONES.

Tradicionalmente, el perfil de los MENA en España responde a migrantes indocumentados, provenientes del Magreb fundamentalmente. En tanto menores, su protección jurídica se rige por la LOPJM, procurándoles la medida de protección más adecuada, con intervención del Ministerio Fiscal que debe velar por sus intereses. En tanto extranjeros, su protección jurídica también reside en la LOEX. Así, el menor extranjero solo y desprotegido se pone bajo la protección de los servicios de protección de menores y debe comunicarse a la Delegación del Gobierno. Tal es el caso de menores con minoría de edad en pasaporte o bien claramente menor (con seguridad, hasta al menos los 10-11 años de edad). Entonces, habrá que poner al menor en protección y comunicar al Ministerio Fiscal. El problema se suscita cuando existen dudas sobre la edad, bien en caso de dudas sobre la validez de la documentación donde se constate la minoría de edad, o siendo indocumentados, sobre la mayoría de edad, estando facultado por la Ley para determinarla esta mediante expediente.

La doctrina del Tribunal Supremo en estos casos está consolidada: el interés superior del menor despliega sus efectos en aquellos casos en los que exista duda en cuanto a la edad. Es decir, si la determinación del rango probable de edad alcanzara en su extremo inferior los 17 años, debiendo tomar como menor de edad al interesado, en cualquier caso. Además, la doctrina sostiene que se trata de una presunción de minoría de edad *iuris tantum*, y que debería recurrirse al expediente de determinación de edad únicamente en casos tasados en menores indocumentados (STS 8 noviembre 2022), pues si la duda proviene de la sospecha sobre la validez del documento que afirme la minoría de edad, entonces habría que acudir a la jurisdicción ordinaria y no, directamente, al expediente de determinación de edad por parte del Fiscal.

El conflicto bélico en Ucrania ha ocasionado una reacción de la Unión Europea que permite, en los casos previstos, que los ucranianos que residan en España puedan acogerse de forma inmediata y sin necesidad de previa presentación de solicitud al principio de no devolución, que debe operar de forma automática, bastando a estos efectos la acreditación de la nacionalidad y la expresión de la voluntad de acogerse a la protección internacional para no ser expulsado, siendo carga de la Administración demostrar, en su caso, que el interesado está incurso en alguno de los supuestos de exclusión legalmente previstos.

En el caso de MENA ucranianos, los mecanismos de tutela no son diferentes al resto de los menores en situación similar, siendo de aplicación la legislación civil interna por el principio de "competencia basada en la presencia del menor" del Reglamento europeo núm. 2019/1111, de 25 de junio (que alcanzan su identificación, registro, atención inmediata por parte de la entidad pública correspondiente,

adopción de medidas de protección inmediata que sea necesaria, junto con la coordinación de las autoridades tanto españolas como extranjeras que posibiliten una efectiva protección). Esto unido a que lo previsto temporalmente en cuanto a la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo, ha sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido amplio, lo que en el caso de los MENA ucranianos, debería complementar la eficacia del principio del interés superior del menor, prevaleciendo el sistema de protección de menores, a través del procedimiento habitual, con participación del Ministerio Fiscal que interviene para proteger a los menores refugiados de Ucrania y procura de las Comunidades Autónomas que asuman la guarda de los menores ucranianos no acompañados (traídos por ONG o procedentes de orfanatos, en todo caso con tutores no legales).

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023.

AGENCIA DE ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA (EUAA) Y AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA): *Herramienta práctica para tutores. Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2023.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: "Capítulo III. Sistema normativo español sobre protección de menores", en AA. VV.: *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (dir. por C. MARTÍNEZ GARCÍA), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 123-130.

ARCE JIMÉNEZ, E.: "El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación", *CEFD*, núm. 38, 2018.

ASENSIO VELASCO, M.: "Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre menores extranjeros no acompañados", *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 38, 2018.

BRAVO, A. y SANTOS-GONZÁLEZ, I.: "Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención", *Psychosocial Intervention*, vol. 26, núm. 1, 2017.

CABEDO MALLOL, V. J.:

- "La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 56, 2006.
- "La Unión Europea y la protección de la infancia migrante, en especial la no acompañada: historia de un *déjà vu*", en AA. VV.: *Niñez, familia, migración y derechos* (coord. por I. RAVETLLAT BALLESTÉ y M. L. BOBADILLA TOLEDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- "Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras", en AA. VV.: *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coord. por V. J. CABEDO MALLOL e I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CAPOTE PÉREZ, L. J. y CALZADILLA MEDINA, M. A.: "Protección jurídica de la infancia y la adolescencia en España tras la aprobación de la Convención de las Naciones

Unidas de los derechos del Niño de 1989”, *Miscellanea Historico-luridica*, vol. 19, núm. 1, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, en AA. VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (dir. por J. A. COBACHO GÓMEZ), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.

CASTRILLO SANTAMARÍA, R.: “Menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la determinación de su edad”, en AA. VV.: *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023.

COBAS COBIELLA, M. E.: “Menores y extranjería: situaciones de regularización”, *Rev. boliv. de derecho*, núm. 20, 2015.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA: *Informe 02|2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Consejo Económico y Social España, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2019.

DÍEZ MORRÁS, F. J.: “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *REDUR*, núm. 10 (dic), 2012.

DURÁN RUIZ, F. J.: “La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73.

ESPUNY CUGAT, R. y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La atención a menores extranjeros no acompañados víctimas de trata en España desde una perspectiva comparada”, *Anales de derecho*, núm. 40, 2023.

ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: “Menores no acompañados. Impugnación del decreto de edad del Ministerio Fiscal. Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2021”, *Revista CEF Legal*, núm. 250, 2021.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR ASYLUM, *Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania-Herramienta práctica para tutores*, Publications Office of the European Union, Bruselas, 2023,

FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España”, *Rev Derecho Civil*, vol. 5, núm. 2, 2018.

GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M., BAÑÓN GONZÁLEZ, R., PUJOL ROBINAT, A., AGUADO BUSTOS, F. F., LANDA TABUYO, M. I., PRIETO CARRETERO, J. L., y SERRULLA RECH, F.: "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España", *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, núm. 1, 2011.

GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M. y LÓPEZ ALCARAZ, M.: "Situación actual de la estimación forense de la edad en menores extranjeros no acompañados en España", *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 45, núm. 4, 2019.

GARCÍA GARNICA, M. C.: "La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *ADC*, vol. 70, fasc. 4, 2017.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

INOSTROZA RETAMALES, C. A.: "El derecho de participación de niños, niñas y adolescentes no acompañados", *IUS*, vol. 17, núm. 52, 2023.

LASARTE ÁLVAREZ, C., RUÍZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. POUS DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LÓPEZ ULLA, J. M.: "Razones para una directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73.

MARTÍNEZ GARCÍA, C., y DEL MORAL BLASCO, C.: *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño, Save the children*, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Madrid, 2017.

MONTESINOS PADILLA, C.: "La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los menores extranjeros no acompañados", *Revista de Derecho Político*, núm. 110, 2021.

ORTEGA, A. y HEREDIA, L.: "Determinación de la edad de un extranjero indocumentado, a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2020", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 31, enero 2021.

ORTIZ VIDAL, M. D.: "Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del comité de los derechos del niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia", *REEI*, núm. 41, 2021.

PÉREZ SALOM, R.: "El principio de no devolución en el caso de los menores no acompañados solicitantes de asilo: la posición del Comité de los Derechos del Niño (CDN)", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 49, 2023.

PIZARRO MORENO, E.: *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*. Editorial Reus, 2020.

PRADO MANRIQUE, B. V.: "La coordinación de políticas públicas: Clave para la protección de menores extranjeros en calle", *InDret*, núm. 4, 2022.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten", en *AAVV.: Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coord. por V. CABEDO MALLOL e I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SANTOS MORÓN, M. J.: "El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos", *RJUAM*, vol. 2, núm. 38, 2018.

SERRANO SÁNCHEZ, L.: "La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados", *AFD*, vol. 37, 2021.

SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2021.

SILLERO CROVETTO, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017.

TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, LASARTE ÁLVAREZ, C., RUÍZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. POUS DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

UNIÓN EUROPEA: *Menores de Ucrania – cooperación judicial en materia civil Menores privados de su entorno familiar debido a la agresión militar de Rusia contra Ucrania: instrumentos europeos e internacionales aplicables en asuntos civiles transfronterizos*. European Justice.

VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 22, 2022.

VINAIXA MIQUEL, M.: “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, *Cuad Der Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019.

