

Carlos Arce Jiménez

La infancia migrante como titular de derechos fundamentales: de la especial protección a la criminalización

CONSTITUCIONAL

**LA INFANCIA MIGRANTE
COMO TITULAR
DE DERECHOS
FUNDAMENTALES:
DE LA ESPECIAL
PROTECCIÓN A LA
CRIMINALIZACIÓN**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

LA INFANCIA MIGRANTE COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES: DE LA ESPECIAL PROTECCIÓN A LA CRIMINALIZACIÓN

Prof. Dr. Carlos Arce Jiménez

Área de Derecho Constitucional. Dpto. de Derecho Público y Económico
Grupo de investigación SEJ-372 “Democracia, Pluralismo y Ciudadanía»
Universidad de Córdoba

Colección: Atelier Constitucional

Directores:

Joan Manuel Trayter Jiménez
(Catedrático de Derecho administrativo)

Belén Noguera de la Muela
(Catedrática de Derecho administrativo)

Esta obra ha sido financiada por el grupo de investigación SEJ-372 «Democracia, pluralismo y ciudadanía» de la Universidad de Córdoba

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2026 Carlos Arce Jiménez

© 2026 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@ateliereditorial.com
<https://atelieropenaccess.com/>
Tel.: 93 295 45 61

I.S.B.N.: 979-13-88510-25-0

Depósito legal: B 21155-2026

Composición: Grafime, Av. Meridiana, 310-312, 08027 Barcelona
www.grafime.com:

Impresión: Safekat

«El grado de civilización de una sociedad se mide por la forma en que trata a sus miembros más débiles»

Fiódor DOSTOYEVSKI

Las páginas del presente libro, y gran parte de mi trayectoria de trabajo en materia de Derechos Humanos y migraciones, están atravesadas por la mirada de soledad infinita y absoluto desamparo de dos niños no acompañados de Sri Lanka en el asentamiento de personas migrantes del campus universitario de Oujda (Marruecos), que por muchos años que pasen, jamás podré olvidar.

ÍNDICE

1. MINORÍA DE EDAD, MIGRACIONES Y CIUDADANÍA. ENTRE LA VULNERABILIDAD Y LA CAPACIDAD DE AGENCIA.....	11
1.A) CIUDADANÍA Y MIGRACIONES: LA NACIONALIDAD COMO ÚLTIMA FRONTERA DE LA CIUDADANÍA PLENA.....	11
1.B) MINORÍA DE EDAD, MIGRACIONES, VULNERABILIDAD Y CAPACIDAD DE AGENCIA.	20
2. EL MARCO POLÍTICO-JURÍDICO DE LA TITULARIDAD DE DERECHOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD. UNA ESPECIAL REFERENCIA A LA INFANCIA EN MOVIMIENTO.....	25
2.A) EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH).	25
2.B) EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	49
2.C) A NIVEL ESTATAL.	66
3. LA INFANCIA MIGRANTE EN ESPAÑA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y SOCIOPOLÍTICA.....	81
3.A) PERSPECTIVA SOCIOPOLÍTICA..	81
3.B) ESTATUTO JURÍDICO DE LA INFANCIA MIGRANTE EN ESPAÑA.....	94
4. PERSONAS MENORES DE EDAD QUE MIGRAN SOLAS, ¿CIUDADANÍA VULNERABLE A PROTEGER O MIGRANTES IRREGULARES PELIGROSOS A CONTROLAR?	111
4.A) INFANCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA: PARADIGMA DE LA «REALIDAD CONSTRUÍDA CRIMINALIZADORA» DE LAS MIGRACIONES EN ESPAÑA.....	111
4.B) PERSONAS MENORES DE EDAD QUE MIGRAN SOLAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	125

Índice

5. CONCLUSIONES.....	165
BIBLIOGRAFÍA.....	179

1. MINORÍA DE EDAD, MIGRACIONES Y CIUDADANÍA. ENTRE LA VULNERABILIDAD Y LA CAPACIDAD DE AGENCIA.

Como punto de partida en el análisis del objeto de estudio de esta obra, es imprescindible detenernos brevemente en la relación de cuatro conceptos desde una perspectiva social, política y jurídica: ciudadanía, migraciones, vulnerabilidad y minoría de edad.

1.A) CIUDADANÍA Y MIGRACIONES: LA NACIONALIDAD COMO ÚLTIMA FRONTERA DE LA CIUDADANÍA PLENA.

Del vínculo entre ciudadanía y migraciones me he ocupado con detenimiento a lo largo de mi trayectoria investigadora, como lo demuestra que fuera el tema básico desarrollado en mi tesis doctoral. En la misma definíamos la ciudadanía como el *concepto jurídico, político y social que determina las relaciones de derechos/deberes de la persona con la organización político-territorial y con el ordenamiento jurídico a los que se haya vinculada por unos nexos de distinta índole* (Arce C. 2012, 33). Destacamos igualmente que la dimensión subjetiva del concepto de ciudadanía ha experimentado un proceso expansivo desde su consolidación en el contexto de las revoluciones liberales; de estar limitada su titularidad plena a hombres blancos con un patrimonio mínimo y nacionales del Estado de que se tratara, paulatinamente fue incorporando a clases trabajadoras, minorías étnicas y mujeres, quedando la nacionalidad como la última frontera de la universalización de la titularidad de la ciudadanía en el marco del Estado-nación (Arce C. 2012, 323 y ss.).

De esta manera, la gestión político-jurídica del fenómeno migratorio (desde la movilidad en sentido estricto a la «integración» en los países de destino) tiene como punto de partida esta exclusión de la ciudadanía plena de los no nacionales. Ese es el marco en el que se afronta en los Estados-nación el reto de la diversidad cultural conectada a las migraciones contemporáneas¹. Desde mediados del siglo XX hasta nuestros días se han implementado diversas estrategias para dar respuesta a esa diversidad; Solanes identifica hasta 5: asimilacionismo, segregacionismo, integracionismo, pluralismo e identitarismo (Solanes 2022, 154).

En un extremo estarían la asimilación (que exige a las personas migrantes que renuncien a su cultura de origen asumiendo íntegramente la dominante en el país de acogida) y la segregación (separación total entre comunidades). En el otro la integración (donde la sociedad de acogida asume cambios para evitar el conflicto cultural, exigiendo a la población de origen migrante un esfuerzo de integración recíproco) y el pluralismo (que pone el acento en el reconocimiento de la dimensión activa de las personas migrantes, con el consiguiente efecto transformador que se deriva de ello). Partiendo de la base de que estos modelos no se han aplicado siguiendo de forma estricta las previsiones de su construcción teórica, coincidimos con Solanes en algunas de las debilidades estructurales de los mismos que señala, como puede ser sobredimensionar la relevancia de los aspectos culturales, en perjuicio de otros de una importancia no menor. Igualmente es común que se centren en la diversidad exógena, ignorando, o al menos dejando en un segundo plano, a la endógena, lo que determina un diagnóstico distorsionado y acentúa la «otredad» de los miembros de la comunidad de origen migrante con los consiguientes efectos discriminatorios que ello conlleva (Solanes 2022). A nuestro juicio, estas propuestas tampoco prestan la suficiente atención en sus postulados a que la exclusión político-jurídica de la ciudadanía plena de las personas extranjeras es un elemento nuclear que condiciona cualquier reflexión sobre esta materia, y por ende debe estar siempre presente en un plano principal en cualquier análisis. Este particular será uno de los principales focos de atención en las siguientes páginas.

Nos detendremos un instante en el abordaje sociopolítico de estos modelos. En los que apuestan por la integración y la diversidad, los conceptos de tolerancia y reconocimiento se revelan como pilares básicos, mientras que el asimilacionismo y el segregacionismo ponen el acento en las identidades (cultural, religiosa, étnica, nacional...). Desde estos valores se construyen los distintos discursos sobre las migraciones, que tienen una relevancia crucial para el desarrollo de las estructuras políticas y normativas de gestión de las mismas. En las últimas décadas se han ido imponiendo los discursos, tanto a nivel global como local, centrados en señalar teóricos aspectos negativos del fenómeno migratorio, cuando no directamente en su criminalización. Para ello se utilizan varios mar-

1. Por supuesto no ignoramos los desafíos que ha supuesto para la consolidación del Estado-nación desde sus orígenes el encaje pacífico de la diversidad endógena (minorías nacionales, religiosas, étnicas...), pero un análisis detallado de los mismos excede con mucho el objeto de estas páginas.

cos discursivos; unos centrados en la dimensión cultural y de los valores, afirmando que las personas de origen migrante y las políticas migratorias menos restrictivas representan un riesgo de choque de culturas y cuestionan la indemnidad de los valores/tradiciones de la sociedad de destino. Otros sin embargo destacan supuestas amenazas de las migraciones a la estabilidad económica, a la sostenibilidad de los servicios públicos o a la seguridad ciudadana, independientemente de que estos postulados carezcan de base científica y estadística, como veremos en los siguientes apartados. A pesar de ello, el peso de la cuestión migratoria en el debate político-mediático se ha ido incrementado exponencialmente en los últimos años. Hay cuestiones objetivas que han alimentado este protagonismo, como la globalización y la era tecnológico-digital, que generan un mundo mucho más interconectado y fluido a todos los niveles, entre los que se incluye la movilidad humana transnacional. Sin embargo, realidades contemporáneas como la crisis del Estado del bienestar o el terrorismo internacional, entre otras, han sido conectadas de forma artificiosa con las migraciones y han dado pábulo a su criminalización (León y Cheddadi 2024, 2 y ss.).

No hubiera sido posible el crecimiento de la relevancia de las migraciones en la esfera pública sin el correlativo avance de las fuerzas de extrema derecha en el ámbito occidental. A nuestro juicio, es una situación de doble dirección, ya que tampoco se entendería la pujanza de este tipo de populismo sin el protagonismo del fenómeno migratorio que se ha construido. Y ha sido imprescindible para ambas situaciones la desinformación y manipulación informativa que inunda el espacio comunicativo digital. Analizaremos este particular con detenimiento más adelante, basta ahora con adelantar como las fuerzas de derecha radical han acuñado el concepto de «nativismo», a través del cual transmiten la idea de que la población que coincide con el perfil étnico-nacional dominante en un Estado-nación debe ostentar un estatus de ciudadanía reforzado y un acceso preferente a los recursos públicos respecto a la de origen «exógeno». Vinculado a lo anterior, plantean una defensa cerrada de la homogeneidad cultural frente al pluralismo y a la diversidad derivadas de la movilidad humana, que denuncian que ponen en riesgo la identidad, los valores y las tradiciones históricas de las sociedades de acogida. Ello ha dado alas a teorías de la conspiración alentadas desde estas coordenadas ideológicas, como la del «gran reemplazo», que se articularía a través de una pintoresca coalición entre la izquierda globalista y el islamismo radical que tendría como objetivo, mediante las migraciones, ir sustituyendo a la población europea blanca y cristiana por otra mestiza y musulmana (Fernández 2021).

El contexto hostil descrito es donde se desarrolla la arquitectura social, política y jurídica que debe regular la movilidad humana en general, y la integración de las personas de origen migrante en los países de destino en particular. A los efectos que nos interesan en este apartado, es necesario poner el foco en este segundo concepto. Es un término que tiene diferentes implicaciones, ya que hace referencia tanto a las relaciones de estos nuevos miembros de la comunidad con las instituciones públicas como a las interacciones de éstos con la población mayoritaria, y también a todas las normas y los procedimientos puestos en marcha para regular estas relaciones. Para que un proceso de integración

tenga unas mínimas garantías de éxito, se deben abandonar el unilateralismo y la unidimensionalidad que presiden las propuestas asimilacionistas e identitarias, ya que como señalamos es imprescindible la bidireccionalidad entre grupos sociales de origen migrante y la sociedad de acogida, y superar el reduccionismo que implica la perspectiva exclusivamente «securitaria» y utilitarista de la movilidad humana. Y desde la dimensión político-jurídica, el proceso de integración debe conllevar la adecuada inclusión de los nuevos miembros de la comunidad en la ciudadanía como herramienta clave de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. Por último, también están las implicaciones sistémicas del éxito o el fracaso de la integración de la población de origen migrante, ya que la exclusión de la ciudadanía plena de un porcentaje relevante de la población² sostenida en el tiempo pone en peligro la convivencia social y pilares básicos del sistema democrático (Solanes 2022).

Otra de las cuestiones que dificultan la consecución de una integración exitosa es el abordaje del control de fronteras y la inclusión de las personas de origen migrante de forma desconectada, y priorizando pronunciadamente la visión policial de la primera respecto a la social de la segunda. Es algo que ha caracterizado las políticas migratorias europeas y españolas desde finales del siglo XX. En el caso específico español, a lo anterior se suma que su modelo migratorio ha sido eminentemente reactivo, sin que hasta ahora se haya afrontado desde un análisis holístico y con una visión a medio/largo plazo. Significativo fue que la primera «ley de extranjería» (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España —LO 7/1985—) respondiera más a una exigencia al Estado español para su ingreso en las Comunidades europeas que a una necesidad urgente en materia de regulación de la inmigración, ya que en ese momento España era un país emisor de flujos migratorios (tardaría todavía una década en convertirse en receptor de migraciones). Quizás la primera versión de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LO 4/2000), que sustituye a la LO 7/1985, pretendía tener un impacto proactivo en la gestión migratoria en España, pero esa voluntad inicial fue inmediatamente cercenada por la profunda modificación de la norma que fue operada por la LO 8/2000 (LOEX)³. Y ello tiene consecuencias no menores en los procesos de integración.

Los datos en materia de inclusión socioeconómica en España muestran una brecha relevante entre personas extranjeras y las de nacionalidad española, lo que certifica que estamos lejos de poder afirmar que la integración de la población de origen migrante en nuestro país está a un nivel adecuado, o al menos está bien encauzada. Haremos una breve mención a algunos datos referidos al

2. El 14,1% en el caso de España. Datos del Censo anual de población del INE a 1 de enero de 2025 <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/CensoVariables2025.htm> (05/04/2026)

3. Dirección regresiva que se consolidó en las siguientes reformas que se llevaron a cabo a través de la LO 14/2003, LO 2/2009, LO 10/2011, LO 4/2013, LO 8/2015... El Tribunal Constitucional ha realizado una labor correctora de los excesos restrictivos en materia de derechos fundamentales de estas modificaciones normativas (SSTC 137/2000, 95/2003, 236/2007...).

año 2021 obtenidos de un estudio sobre integración de la inmigración en España de Izquierdo, que nos parecen especialmente ilustrativos (Izquierdo 2022).

Es llamativo como algunas características de la comunidad de personas migrantes en nuestro país podrían indicar una potencial resiliencia reforzada frente a adversidades socioeconómicas. Por un lado, es una población significativamente más joven (2/3 de los hogares de personas extranjeras están encabezados por personas menores de 45 años, frente al 1/3 de los hogares de nacionales españoles cuya persona de referencia tiene más de 65 años). Esto conlleva una pujanza en el mercado laboral, como demuestra que cerca del 65% de las personas extranjeras cabeza de familia estén trabajando, cifra que desciende al 49% entre las españolas. Lo anterior se ve apuntalado por un nivel formativo medio superior en los hogares extranjeros (en más del 58% sus miembros cuentan con estudios medios o superiores).

El marco anterior hace aún más evidente el fracaso de los procesos de integración. Desmintiendo el bulo de un pretendido abuso de las personas de origen migrante de los menguantes recursos del Estado del Bienestar, vemos que tan solo el 10% de los hogares extranjeros perciben una pensión o prestación social económica pública, mientras que los hogares españoles triplican ese dato (35%). Las buenas tasas de ocupación de las personas extranjeras se ven condicionadas por los sectores laborales en los que mayoritariamente se desempeñan, que son los que tienen unos mayores niveles de precariedad. De hecho, España supera la media UE de concentración de personas migrantes en los ámbitos de trabajo con peores condiciones. Si en el contexto europeo los trabajadores extranjeros representan el 2,5 % de la fuerza laboral en la agricultura, en España suponen el 5,7 %. La diferencia de peso es aún mayor en el empleo doméstico, sector que además está singularmente feminizado (9,4 % en España frente al 4 % de media europea). Los datos de exclusión severa en España se disparan para las personas extranjeras en comparación con las autóctonas (32,5%-14%), y como consecuencia de ello los de exclusión residencial (el 14% de la población migrante vive en las barriadas más empobrecidas, cifra que desciende al 8,6% entre los nacionales españoles). Y dentro de las comunidades de origen migrante, las de procedencia africana tienen un plus negativo en todos los parámetros; por destacar uno especialmente dramático, el 79% de las personas africanas en España sufren exclusión residencial. En lo que respecta a la juventud de origen migrante, las dificultades de integración también son acentuadas; un informe de la Comisión Europea de 2021 señalaba que en la UE el porcentaje de jóvenes de entre los 15 y 24 años que ni estudian ni trabajan es 7 puntos superior entre los de origen migrante en relación con los nacionales UE, llegando esa diferencia a más de 10 puntos en España (Comisión Europea 2021).

Si hemos destacado que la nacionalidad se ha convertido en la última frontera de la ciudadanía plena, y que los procesos de integración de las migraciones en España no están destacando precisamente por sus buenos resultados, es perfectamente lógico que la adquisición de la nacionalidad española represente una clara alternativa para superar, al menos formalmente, los obstáculos «extra» que las personas extranjeras tienen para ejercer de forma adecuada sus derechos en nuestro país. Otra cuestión será la accesibilidad/viabilidad de esta alternativa

para la población migrante en general, y para la de algunos orígenes nacionales en particular. Haremos un par de consideraciones al respecto⁴.

Son dos los criterios principales que informan los diferentes sistemas normativos estatales de atribución/adquisición de la nacionalidad: *ius sanguinis* e *ius soli*. El primero asigna la transmisión de la nacionalidad al vínculo familiar y el segundo al lugar de nacimiento. En realidad, no hay sistemas «puros», sino que se da preferencia a uno de los criterios limitando la incidencia del otro. En el caso de España, para la atribución de la nacionalidad se potencia la aplicación del *ius sanguinis*, dando entrada al *ius soli* en algunos supuestos concretos. Para la adquisición derivativa, el criterio que prevalece es el de la residencia. La Constitución española titula el capítulo 1º del título 1º «De los españoles y los extranjeros», pero en lo que se refiere a la transmisión de la nacionalidad se limita a hacer una remisión a la ley ordinaria en el art. 11.1 CE: *La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley*. En los apartados 2º y 3º del citado artículo se determinan las dos únicas previsiones constitucionales sustantivas sobre esta materia:

2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.

3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

El grueso de la regulación de la nacionalidad se encuentra en el Código Civil, arts. 17 a 28, donde se establecen los criterios y procedimientos para la atribución de la nacionalidad española (españoles de origen) y la adquisición de la misma (por residencia, opción y por carta de naturaleza)⁵. El art. 17 CC fija la señalada preponderancia del *ius sanguinis*, al determinar como criterio general que son españoles de origen los *nacidos de padre o madre españoles*. Sin embargo, sus apartados 1.b), 1.c) y 1.d) introducen matizaciones de «*ius soli*» a ese criterio, al incorporar supuestos donde el nacimiento en España sin tener ascendencia española puede dar acceso a la nacionalidad de origen (para evitar la consolidación de «sagas familiares» extranjeras en España y para prevenir supuestos de

4. El Tribunal Supremo ha definido el concepto de nacionalidad como *el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado del individuo* (STS de 20/11/2007, Sala 5ª, recurso de casación n.º 10503/2003, FJ 9º).

5. Coincidimos con Barbero en destacar que es llamativo el hecho de que una cuestión tan relevante para determinar el acceso a la titularidad plena de la ciudadanía y de los derechos fundamentales a ella aparejados, materia que la lógica jurídica llevaría a considerar como propia del Derecho Público, esencialmente haya quedado integrada sin embargo en el Derecho privado español (Barbero 2026, 102). En la misma línea, teniendo la nacionalidad una incidencia tan clara sobre los derechos fundamentales, sus presupuestos básicos están regulados en una ley ordinaria (Código Civil), cuando pareciera que deberían tratarse en una de rango orgánico (art. 81.1 CE).

apatridia, ya sea por problemas en la atribución de nacionalidad por aplicación de la ley extranjera o en la determinación de la filiación). La marcada prevalencia del ius sanguinis ya establece una primera barrera para el acceso a la nacionalidad a las personas de origen migrante, aunque algunas de las matizaciones de ius soli la amortiguan para aquellos menores de edad extranjeros nacidos o cuya primera noticia de su existencia sea en España.

Pero más que en la atribución, es en los procedimientos de adquisición de la nacionalidad donde se revela la dureza de sus requisitos. Como hemos señalado, la principal vía de adquisición es la residencia legal y continuada en España de una persona extranjera; el plazo general exigido es muy amplio desde la perspectiva de Derecho comparado: 10 años (art. 22 CC). En el mismo precepto se establecen unos plazos rebajados de 5 años, 2 años y 1 año cuando concurren determinadas circunstancias. A los efectos que nos interesan en estas páginas, destacaremos dos de ellas. En primer lugar, se establece un plazo de 2 años para *nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes*. Son países con los que se entiende que España mantiene unos especiales lazos históricos, en la línea de lo previsto en el art. 11 CE, lo que a nuestro juicio comparte raíces con la primacía del ius sanguinis en el marco normativo de nacionalidad. En segundo lugar, se reduce a 1 año el plazo requerido para los extranjeros nacidos en España y para los que hayan estado durante al menos 2 años bajo la guarda, tutela o acogimiento de una persona o institución española. Este último aspecto tiene un potencial impacto en los menores extranjeros no acompañados que pasan por el sistema de protección de nuestro país. Desarrollaremos este particular en apartados siguientes.

Desde la perspectiva de los vínculos históricos, la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España y la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de memoria democrática, establecieron procedimientos de acceso a la nacionalidad especiales para los descendientes de sefardíes y de españoles que tuvieron que abandonar España a consecuencia de la guerra civil o la posterior dictadura del general Franco.

El citado art. 11.3 CE y los arts. 23 b) y 24.1 CC hacen referencia a la doble nacionalidad, supuestos donde una persona extranjera puede adquirir la española sin necesidad de renunciar a la originaria, exigencia general en este tipo de procedimientos, y en sentido contrario se aplica los españoles de origen que adquieran esas nacionalidades. Hasta 2021 los tratados de doble nacionalidad se habían suscrito con los Estados citados expresamente en esos preceptos, sin embargo, el 15 de marzo de 2021 se suscribió el convenio de doble nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa⁶, que sería el primero que encajaría en esa cláusula abierta de la *particular vinculación con España*⁷, aun-

6. BOE n.º 75, de 29 de marzo de 2022.

7. Algunas voces afirman que este tipo de convenios deberían formalizarse con el resto de los países miembro de la UE, dado que el proceso de integración europeo y la consolidación del concepto de ciudadanía europea representarían un especial vínculo de España con estos países.

que para los nacionales franceses se mantiene la exigencia del plazo de 10 años de residencia. Igualmente consideramos que la doble nacionalidad puede jugar un papel en la integración de los menores extranjeros que están o han pasado por el sistema de protección, tal como señalaremos más adelante.

El exigente marco normativo de acceso derivativo a la nacionalidad española se complementa con una serie de requisitos procedimentales. Podemos destacar 3 de ellos: la ya citada exigencia de la renuncia de la nacionalidad de origen (salvo los casos previstos de doble nacionalidad, art. 23 b) CC), acreditar *buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española* (art. 22.4 CC). Estos dos últimos se desarrollan en la Disposición final 7ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil y en el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia. El suficiente grado de integración se demostrará mediante la superación de sendas pruebas que acrediten un nivel mínimo de conocimientos de castellano y de *valores históricos, constitucionales y socioculturales de España*, pruebas que serán gestionadas por el Instituto Cervantes (art. 6 RD 1004/2015). Para la acreditación de la buena conducta cívica el art. 8 RD 1004/2015 contempla que *se recabarán de oficio de las Administraciones Públicas competentes cuantos informes resulten necesarios*, destacando que será preceptivo el informe del Ministerio del Interior, que *comprenderá el juicio sobre la conducta y situación del extranjero respecto de las obligaciones que impone su entrada y residencia en España*.

Consideramos que la incorporación de las exigencias de acreditación de conocimientos idiomáticos y de *valores históricos, constitucionales y socioculturales de España*, supone una apuesta por revestir de contenido «sustantivo identitario» al procedimiento de adquisición de la nacionalidad española, por una parte, y seguir priorizando en el mismo a aquellas personas procedentes de países con «especial vinculación histórica» con España (por ejemplo, el art. 6.5 RD 1004/2015 exime de superar la prueba de castellano a los países latinoamericanos y Guinea Ecuatorial), por otra.

El contexto normativo descrito tiene un previsible reflejo en las estadísticas de adquisición de nacionalidad de España. Según cifras del Ministerio de Inclusión respecto al año 2024⁸, el 60% de las nacionalizaciones correspondieron a las personas originarias de países latinoamericanos, lo que es lógico, ya que tienen una vía de acceso privilegiado a la nacionalidad por residencia respecto al resto de países (un plazo reducido de 2 años y la exención de requisitos procedimentales como la acreditación de nivel de castellano). Del resto de nacionalidades tan solo destaca Marruecos, con un 13% del total. Aunque sea un número significativo, es inferior al que le correspondería en su condición de primera comunidad de origen migrante en España⁹ y, sobre todo, por ser la que tiene

8. https://inclusion.gob.es/documents/3976286/3995073/Nota_Concesiones_nacionalidad.pdf/6c636394-3189-870b-e03b-0c1a41b1787b?t=1747897529490 (05/04/2026)

9. <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/CENSO2024.htm> (05/04/2026)

una mayor antigüedad en su presencia estable en territorio español, si tuviera unos requisitos similares a los de los países de América del Sur.

Otra de las cuestiones estadísticas significativas de los datos del Ministerio de Inclusión es el número total de naturalizaciones que se han producido en España en los últimos años. En el periodo 2009-2024, más de 2 millones de personas adquirieron la nacionalidad española, lo que es un número significativo¹⁰. En la línea de lo que planteábamos más arriba, entendemos que estas cifras están condicionadas por el régimen de extranjería restrictivo en materia de titularidad y ejercicio de derechos vigente en España, que dificulta el acceso a territorio español de forma legal y segura, alcanzar y/o estabilizar la regularidad administrativa y finalmente conseguir una integración socioeconómica aceptable. Ello conlleva que la adquisición de la nacionalidad represente para un número relevante de las personas extranjeras residentes en España la única vía factible para alcanzar un nivel de reconocimiento y ejercicio de derechos adecuado¹¹.

Para concluir estas breves consideraciones sobre el juego de los conceptos de ciudadanía, nacionalidad y migraciones, nos parecen muy interesantes las reflexiones que realizan Finotelli y La Barbera respecto a las diferentes motivaciones de las personas inmigrantes en los procedimientos de adquisición de nacionalidad. Se pueden distinguir entre unas razones más «utilitaristas», como dejar de depender del régimen de autorizaciones de residencia para permanecer en el país y conseguir el acceso a la plenitud formal de derechos que solo se le concede a los nacionales españoles, y otras más de carácter «sentimental», como muestra de apego y/o sentimiento de pertenencia a la sociedad de acogida. En el estudio de campo que realizaron las autoras se puso de relieve que ambas motivaciones pueden coexistir, e incluso afirman que están interconectadas, aunque siendo la «utilitarista» transversal y más homogénea en la mayoría de los casos, teniendo la «sentimental» una configuración más diversa según la situación. Sin embargo, la conclusión del estudio que consideramos más llamativa es cómo para las personas racializadas es mucho más complejo que arraigue el sentimiento de pertenencia tras la adquisición de la nacionalidad, ya que al ser

10. En estas cifras hay que tener en cuenta el impacto que están generando las nacionalizaciones derivadas de la vía abierta por la Ley de Memoria Democrática para las personas descendientes del exilio español vinculado a la guerra civil y la dictadura franquista. A septiembre de 2025, el Ejecutivo cifraba en más de 230.000 la concesiones y casi en 900.000 las solicitudes. De nuevo ambas provienen en su inmensa mayoría de países latinoamericanos. Está por confirmar si este movimiento representará un incremento de la comunidad española en el exterior, o si se traducirá en los próximos años en movimientos migratorios significativos de estos nuevos españoles hacia territorio nacional.

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/politica-territorial-memoria-democratica/paginas/2025/190925-nacionalidades-descendientes-exiliados.aspx> (05/04/2026)

11. En sentido contrario, este contexto explica en parte las cifras reducidas de adquisición de nacionalidad española por parte de nacionales de países UE. Por supuesto que tiene su peso que se les exija el amplio plazo general de residencia (10 años) y la renuncia a su nacionalidad de origen (salvo en el caso de Francia), pero igual o mayor relevancia tiene el hecho de que ser titulares de la ciudadanía europea prácticamente los equipara a los nacionales españoles en materia de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales.

visible su origen foráneo, el poseer un DNI español no es escudo contra la constante mirada social «extranjerizante», incluso para segundas y terceras generaciones, y ello lastra la eficacia del efecto integrador de la naturalización¹² (Finotelli y La Barbera 2022, 214 y ss.). Analizaremos en los capítulos posteriores el impacto del marco normativo internacional y nacional de atribución/adquisición de la nacionalidad en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de niños y niñas.

1.B) MINORÍA DE EDAD, MIGRACIONES, VULNERABILIDAD Y CAPACIDAD DE AGENCIA.

En el contexto expuesto de relaciones sociales, políticas y jurídicas entre ciudadanía y migraciones, emerge la cuestión del encaje de la infancia migrante como titular de derechos fundamentales en el mismo.

De forma previa hay que definir qué entendemos por «persona menor de edad». Según proclama el art. 1 de la Convención ONU sobre los Derechos del Niño (CDN), se entiende como tal *todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*. Por lo tanto, la CDN establece los 18 años como tope máximo, permitiendo que el Derecho nacional pueda rebajar esa edad límite de la minoría. Esta circunstancia tiene implicaciones diversas, ya que por una parte previene que el establecimiento de una edad de mayoría excesivamente alta pueda retrasar de forma injustificada el acceso a la ciudadanía plena, pero, en sentido contrario, una rebaja significativa de ese límite puede generar situaciones de desprotección a personas que todavía no han alcanzado la madurez suficiente para tener una autonomía total.

El Derecho UE no contiene una previsión similar, por lo que en el contexto europeo será el Derecho nacional de los Estados miembro el que establezca el límite de la minoría de edad, dentro de los parámetros planteados por el art. 1 CDN.

12. Esa eficacia también se ve comprometida por ciertos discursos que empezaron en los círculos político-mediáticos de la ultraderecha, y que han ido permeando también en los vinculados a la derecha tradicional democrática, respecto a que el acceso a la nacionalidad española se está facilitando en demasía y se está concediendo a personas que no se «sienten realmente españoles» y que tan solo quieren aprovecharse de las ventajas legales y sociales que aporta la ciudadanía española, socavando la «homogeneidad cultural de la nación». Incluso denuncian que todo ello responde a un plan orquestado por los partidos políticos de izquierdas por supuestos intereses electorales. Por ello, a pesar de que el sistema de acceso a la nacionalidad española hemos visto que es singularmente rígido y exigente, ya en 2023 Santiago Abascal (líder de VOX) afirmaba que «hay dejar de regalar la nacionalidad», postulado que tan solo 2 años después hizo suyo Alberto Núñez Feijoo (presidente del Partido Popular), al destacar que la nacionalidad española «no se regala, se merece».

<https://www.europapress.es/nacional/noticia-abascal-reivindica-dejar-regalar-nacionalidad-espanola-pone-campo-batalla-francia-ejemplo-20230707212339.html> (05/04/2026)

<https://www.rtve.es/noticias/20251014/fejoo-propone-endurecer-requisitos-nacionalidad-no-se-regala-se-merece-inmigracion/16770060.shtml> (05/04/2026)

En el caso de España, el art. 12 CE se alinea con la posición más común en el Derecho comparado al optar por los 18 años.

Partiendo de la base de que persona menor será aquella que esté por debajo de una determinada edad (18 años como regla general), se plantea la cuestión de cuál debe ser la perspectiva general que informe el tratamiento jurídico de esta etapa vital. En el caso de la minoría de edad, ha prevalecido el concepto de «vulnerabilidad». Se entiende que estas personas no han desarrollado todavía por completo las capacidades y herramientas necesarias para poder interactuar de forma plenamente autónoma en diferentes ámbitos (social, personal, económico...), y ello las pone en un riesgo más elevado de que sus derechos sean vulnerados. Para prevenir estas situaciones de vulnerabilidad, se articulan mecanismos normativos, administrativos y sociales que pretenden ofrecer una especial protección.

El concepto de vulnerabilidad se construye desde una perspectiva colectiva, ya que una persona se considera «vulnerable» porque se le incluye en un grupo que se le define como tal. No hay una definición expresa y cerrada de «vulnerabilidad» o de «grupo vulnerable», aunque en el contexto del DIDH se vincula con el derecho a la igualdad formal y el principio de no discriminación¹³. Así lo hace por ejemplo el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), por lo que se pueden considerar grupos vulnerables a los que reúnen las características por las que el art. 14 CEDH prohíbe un tratamiento jurídico diferenciado: *razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación* (Claro 2021, 100 y ss.). En esta línea, a nivel estatal la referencia de las características de grupos vulnerables sería el art. 14 CE¹⁴, que recientemente ha sido ampliado y especificado por el art. 2.1 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación¹⁵. Hay que poner de relieve que ambos preceptos afirman una titularidad individual del derecho a la no discriminación; la dimensión grupal en el texto constitucional la localizamos en el art. 9.2 CE, que al proclamar la igualdad material habla *del individuo y de los grupos en que se integra*. En lo que respecta a la Ley 15/2022, en todo el articulado posterior al citado art. 2.1 se hace un constante uso de la fórmula *persona o grupo*.

13. Entre las diferentes propuestas que se han ido planteado en este ámbito, consideramos especialmente acertado definir vulnerabilidad como la «erosión de las capacidades y opciones de las personas» (PNUD 2014, 1).

14. *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

15. *Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

En el caso específico de la minoría de edad, el Comité ONU de Derechos del Niño, en el apdo. 72 f) de su Observación General n.º 13 «Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia», realiza la siguiente afirmación general:

...se consideran vulnerables todos los niños hasta los 18 años de edad, porque no ha concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico. Los lactantes y los niños pequeños son los más vulnerables debido a la inmadurez de su cerebro, todavía en desarrollo, y a su completa dependencia de los adultos. Aunque corren peligro los niños de ambos sexos, la violencia suele tener un componente de género.

Por lo tanto, de esta afirmación se desprende que la propia condición de niño o niña lleva aparejada intrínsecamente una situación de vulnerabilidad. Sin embargo, este planteamiento general puede parecer contradictorio cuando en el apdo. 60 del propio documento el Comité hace una referencia expresa a la necesidad de *combatir la discriminación contra los grupos de niños vulnerables*, por una parte, mientras que el apdo. 72 g) se titula *Niños en situaciones de vulnerabilidad potencial*. Como consecuencia, desde la perspectiva conceptual no se puede alcanzar una conclusión definitiva respecto a la dimensión individual o grupal de la vulnerabilidad de la minoría de edad de la doctrina del Comité al respecto.

Desde otro punto de vista, algunos autores alertan de los posibles efectos adversos de una utilización excesiva de la herramienta político-jurídica de la vulnerabilidad para la protección de determinados sectores sociales. Hay que tener en cuenta que la existencia de grupos que se consideran vulnerables se deriva de situaciones estructurales de discriminación y dominación sostenidas en el tiempo, a nivel social, político y jurídico. Hay diversas manifestaciones de ese marco estructural, que incluso pueden parecer contradictorias entre ellas, ya que van desde la invisibilización casi total de estos grupos (y de sus necesidades, intereses o reivindicaciones), a una «hipervisibilidad» negativa que se condensa en el concepto «estigma», que refuerza la discriminación y/o criminalización de estos colectivos. En este sentido, hay quién señala que oficializar la denominación de vulnerable de un sector social con el objetivo de protegerlo puede generar como daño colateral el reforzar el estigma, y al mismo tiempo establecer un tratamiento paternalista que socava la capacidad de agencia de los grupos designados como vulnerables, transformando a las personas vulnerables en ciertos aspectos más en objeto que en sujeto en materia de los derechos fundamentales (Bernardini 2022, 275 y ss.). Entendemos como razonables estas prevenciones cuando hablamos de personas menores de edad, especialmente en el contexto de las migraciones, y más aún cuando de personas menores extranjeras no acompañadas se trata¹⁶.

16. Ello por supuesto no obsta para que los menores extranjeros sean unos de los grupos con mayores causas de vulnerabilidad material, cuestión que será eje central en las reflexiones desarrolladas en este trabajo.

Para prevenir este reverso negativo de la utilización de la vulnerabilidad como herramienta de protección de las personas menores en general, y de la infancia migrante en particular, es creciente la corriente doctrinal, jurisprudencial y normativa que defiende reforzar la dimensión activa de niños y niñas y su capacidad de agencia. Ésta última es un hecho objetivo en la infancia en movimiento, ya que en muchas ocasiones sus protagonistas tienen sus propios proyectos migratorios independientes de sus familias y/o son parte activa en el sostenimiento de éstas. La resiliencia que muestran en concreto las personas menores de edad que migran solas al ser capaces de sortear los obstáculos de toda índole que se les presentan en su periplo no deja de ser una muestra de una capacidad de agencia real, y es algo que debe ser puesto en primer plano en todas las decisiones legales o administrativas que afecten a estas personas (Abderrahman, Ruiz y Vilà 2023, 5-6).

Sin embargo, de nuevo nos encontramos ante un dilema de equilibrio, aunque en este caso de signo contrario al que acabamos de destacar respecto al concepto de vulnerabilidad. El reconocer el juego de la capacidad de agencia de la infancia migrante no puede suponer despojarle de los mecanismos de protección imprescindibles para afrontar los innegables factores de riesgo que deben afrontar a lo largo de toda la trayectoria migratoria (Estrada, Hosnedlová y Stanek 2024, 2 y ss.). Como veremos en los siguientes apartados, una de las ideas-fuerza de las instancias político-mediáticas de la derecha radical es negar la condición de colectivo necesitado de especial protección a la infancia migrante, resaltando su capacidad de agencia desde una perspectiva negativa. Le asignan una madurez superior en comparación con los niños y niñas «nacionales», por lo que niegan que deban integrarse en el sistema normalizado de protección de menores, afirmando que tienen que ser tratados como adultos, abriendo la puerta a su criminalización. Ésta es una de las cuestiones que condiciona toda la estructura normativa, política y social de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia en contextos de movilidad humana.

Con todos los matices derivados de las consideraciones realizadas en este capítulo inicial, podemos concluir afirmando que la edad no determina tan solo la aplicación de un marco normativo de protección a la infancia, sino que se acaba proyectando en su identidad personal y estado civil. Así lo establecen tanto el TEDH (STEDH, de 21 de julio de 2022, caso Darboe y Camara vs Italia) como el Tribunal Constitucional (STC 130/2022) (Molina 2025, 6). La aplicación de las normas de protección del menor sería en realidad una de las manifestaciones de ese estatus jurídico específico más amplio vinculado a la minoría de edad (Triguero 2022, 5). Igualmente hemos destacado, y ocupará nuestra atención en los siguientes capítulos, que ese estatus jurídico ha ido evolucionando hacia reforzar la posición activa como sujeto de derechos de la persona menor de edad, tratando de superar la tradicional posición legal pasiva más como objeto de derecho, aunque se argumentara que ello tuviera como fundamento una finalidad tuitiva. Nos parece muy certera la apreciación de Bernardini respecto a que *el problema se refiere principalmente al perfil de la efectividad de los DDF y DDHH (de niños y niñas), y no sobre su titularidad, que parece hoy*

gozar de consenso (Bernardini 2022, 287). Este aspecto es uno de los ejes centrales del presente trabajo.

Otro eje será analizar esa efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad desde una perspectiva específica: los contextos de movilidad humana. Como veremos, los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), del Derecho UE y del estatal en materia de infancia proclaman formalmente que no caben distinciones entre personas menores de edad por su origen nacional y/o condición legal migratoria. Sin embargo, cuando descendemos a la realidad normativa, administrativa y social concreta en la que se mezclan las políticas de control de fronteras, de gestión de flujos migratorios y de protección de la infancia esos principios de interdicción de la discriminación de niños y niñas de origen migrante y de prioridad reforzada del interés superior del menor, tan rocosos en su reconocimiento formal, se ven seriamente resquebrajados.

Trataremos de indagar en estas realidades desde un abordaje multidisciplinar (jurídico y sociopolítico), planteando alternativas viables para avanzar en una efectividad plena de la condición ciudadana (y de los derechos fundamentales que lleva aparejados) de las personas menores de edad en contextos migratorios.

2. EL MARCO POLÍTICO-JURÍDICO DE LA TITULARIDAD DE DERECHOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD. UNA ESPECIAL REFERENCIA A LA INFANCIA EN MOVIMIENTO.

Teniendo en cuenta que este trabajo pone un énfasis especial en el análisis de nuestro objeto de estudio en el contexto español, en los apartados a) y b) del presente capítulo ya trataremos los instrumentos normativos de DIDH y Derecho UE que inciden en la titularidad y ejercicio de los derechos de las personas menores de edad y su protección en contextos migratorios. En lo que afecta al nivel estatal, esta cuestión será tratada con mayor detenimiento en los capítulos 3º y 4º.

2.A) EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH).

En el contexto del DIDH, la citada CDN¹⁷ aprobada en 1989 en el ámbito de la ONU se ha constituido como la herramienta clave en la construcción del marco jurídico para la titularidad y ejercicio de los derechos de las personas menores de edad y su protección. Dado que el instrumento presenta las habi-

17. Convención sobre los Derechos de Niño. Aprobada el 20/11/1989. Resolución 44/25 de la Asamblea General ONU. Ratificada por España en 1990 (BOE n.º 313, 31/12/1990).

tuales carencias de la familia de tratados ONU desde la perspectiva del carácter vinculante, la verdadera importancia e impacto de la CDN reside en haberse erigido en un parámetro integrador e interpretativo de primer orden de los sistemas normativos de los Estados signatarios cuando regulan esta materia¹⁸. En este último aspecto se debe destacar la labor que lleva a cabo el Comité de los Derechos del Niño, compuesto por personas expertas independientes, y al que el art. 43 CDN asigna como función principal *examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte*. Esta labor la realiza el comité a través de los informes nacionales que se le presentan periódicamente (art. 44 CDN), pero de singular importancia son sus Observaciones Generales, donde analiza cuestiones relevantes en materia de derechos de las personas menores de edad a la luz de la CDN, y que en gran medida sirven para interpretar correctamente el alcance de la Convención.

La CDN tuvo como antecedente la Declaración ONU de los Derechos de los niños de 1959¹⁹, en la que ya se apuntan algunos de los principios fundamentales de la futura CDN. De esta manera proclama específicamente el de no discriminación (principios n.º 1 y 10) o el del interés superior del menor (principios n.º 2 y 7), por ejemplo.

Aunque por razones obvias realizaremos un análisis más detallado de la CDN, es necesario al menos citar otros instrumentos internacionales de vocación global que tienen una incidencia destacada en la materia que nos ocupa. En esta línea podemos resaltar el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993²⁰; su art. 1 reconoce que la *consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional* es el pilar sobre el que se construye toda la regulación de la materia objeto del convenio (la adopción internacional), y reconoce el derecho de la persona menor de edad a ser oída y a que se tomen en cuenta sus opiniones sobre las cuestiones que le afectan (arts. 4 y 21) o el Convenio de la Haya relativo a la competencia de ley aplicable, reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental de medidas de protección de los niños de 1996²¹, donde desde su preámbulo y en reiteradas ocasiones a lo largo de su articulado recuerda que *el interés superior del niño merece una consideración primordial*, y de nuevo hace referencia al derecho a ser oído del menor (art.23).

18. La CDN ha sido completada por 3 protocolos facultativos: los relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y a la participación de niños en los conflictos armados (Aprobados ambos el 25/05/2000 por la Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General ONU) y el relativo a un procedimiento de comunicaciones (Aprobado el 19/11/2011 por la Resolución A/RES/66/138 de la Asamblea General ONU).

19. Aprobada el 20/11/1959 por la Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General ONU.

20. Aprobado el 29/05/1993 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ratificado por España en 1995 (BOE n.º 182, 01/08/1995).

21. Aprobado el 19/10/1996 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ratificado por España en 2010 (BOE n.º 291, 02/12/2010).

En el ámbito regional (Consejo de Europa) podemos destacar el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños²². De nuevo el tratado proclama desde el preámbulo y en su articulado que el interés superior del menor es el objetivo esencial y la razón de ser de toda la estructura normativa en materia de derechos de la infancia. Este instrumento se centra en dotar de herramientas en el ámbito procesal a las personas menores de edad, haciendo hincapié en su art. 3 en el derecho que les asiste a ser informados y a expresar su opinión en los procedimientos que les afecten, así como la posibilidad de intervenir en la designación de un representante que defienda sus posiciones en el proceso, especialmente cuando pueda existir un conflicto de intereses con los titulares de la patria potestad o de la tutela/guarda legal (arts. 4 y 9)²³.

Respecto a la nacionalidad como presupuesto básico para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de niños y niñas, en el ámbito del Consejo de Europa guardan silencio tanto el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) como el instrumento sobre el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad al que acabamos de hacer referencia. El Consejo sí aprobó en 1997 el Convenio Europeo sobre Nacionalidad²⁴, el cual ratifica la competencia de los Estados para determinar quiénes son sus nacionales (art. 3). Partiendo de esa premisa, establece el derecho de toda persona a una nacionalidad y a no ser privada arbitrariamente de ella, así como la necesidad de evitar la apatridia (art. 4). En lo concerniente a niños y niñas, el art. 6 señala diferentes supuestos donde los Estados signatarios les deben atribuir su nacionalidad para prevenir situaciones de apatridia. En la misma línea los arts. 7 y 14 reclaman a los Estados medidas protectoras específicas para niños y niñas cuando sus progenitores pierden la nacionalidad o en supuestos de nacionalidad múltiple²⁵.

Con un rango normativo inferior, pero dedicadas de forma específica a la materia objeto de estudio del presente trabajo, en el contexto del Consejo de

22. Aprobado el 25/01/1996 por el Consejo de Europa (Tratado 160). Ratificado por España en 2015 (BOE n.º 45, 21/02/2015).

23. Otros ejemplos de convenios del Consejo de Europa que inciden directa o indirectamente en los derechos de la infancia:

—Convenio europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Aprobado por el Consejo de Europa el 16/05/2005 (Tratado 197). Ratificado por España en 2009 (BOE n.º 219, 10/09/2009).

—Convenio europeo para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote). Aprobado por el Consejo de Europa el 25/10/2007 (Tratado 201). Ratificado por España en 2010 (BOE n.º 274, 12/11/2010).

—Convenio europeo en materia de adopción de menores. Aprobado por el Consejo de Europa el 27/11/2008 (Tratado 202). Ratificado por España en 2010 (BOE n.º 167, 13/07/2011).

—Convenio europeo sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul). Aprobado por el Consejo de Europa el 11/05/2011 (Tratado 210). Ratificado por España en 2014 (BOE n.º 137, 06/06/2014).

24. Aprobado el 06/11/1997 por el Consejo de Europa (Tratado 166). No ratificado por España.

25. La asamblea parlamentaria del Consejo de Europa aprobó el 04/03/2016 la Resolución 2099 (2016) «The need to eradicate statelessness of children», en la que hace una especial mención a la protección frente a la apatridia de personas menores de edad migrantes o refugiadas.

Europa podemos destacar a modo de ejemplo la Recomendación del Comité de Ministros «Custodia efectiva de los menores no acompañados y separados en el contexto de la migración»²⁶, donde se determina el deber de los Estados miembro de establecer un sistema efectivo de protección adaptado a las necesidades específicas de estos niños y niñas, promover un marco político-normativo que garantice la tutela efectiva (haciendo un especial hincapié en la celeridad del nombramiento del tutor) o la necesidad de impulsar la cooperación internacional entre Estados para dar respuesta a cuestiones como la búsqueda de las familias. Por su parte, la Recomendación del Comité de Ministros «Protección de los derechos de las mujeres y niñas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo»²⁷, plantea la necesidad de incorporar un enfoque de derechos y una perspectiva de género en todas las políticas que afecten a niñas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo, para garantizarles la efectividad del principio de no discriminación y del resto de los derechos garantizados a la infancia en contexto de movilidad humana²⁸.

Centrándonos ya en la CDN, la convención representa un cambio de paradigma en la regulación de la infancia desde la perspectiva de derechos. Tal como señalamos más arriba, este instrumento promueve la consideración de las personas menores de edad como sujetos activos y no como objetos pasivos. Se les reconoce como titulares de todos los derechos reconocidos por el DIDH, y en consideración a su singular posición, se les otorga herramientas reforzadas para su ejercicio y se les provee de derechos específicos de los que carecen las personas mayores de edad (Esparza y Díaz 2023, 77-78). Montesinos identifica 4 categorías de derechos que reconoce la CDN específicamente a las personas menores de edad: *protección contra abusos y explotación; prevención de daños, satisfacción de necesidades básicas y participación* (Montesinos 2021, 236)

Partimos de la definición de «niño»²⁹ que realiza el art. 1 CDN (*todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*). Aunque hemos afirmado que la CDN refuerza la dimensión activa de niños y niñas como titulares de derechos fundamentales, en su preámbulo pone un mayor acento en su situación de vulnerabilidad y de la necesidad de una especial protección. Se remite a la afirma-

26. CM/Rec (2019)11.

27. CM/Rec (2022)17.

28. Incluso hace referencia a la obligación de tener en cuenta desde este punto de vista los desafíos que las nuevas tecnologías conllevan en esta materia: evaluar el *impacto sobre los derechos humanos, con perspectiva de género, antes de introducir la inteligencia artificial y sistemas de toma de decisiones automatizados en el ámbito de la migración* (apdo. 22).

29. Abrisketa destaca que la CDN ha optado por el término «niño» y no por el de «menor»; a su juicio de esta manera se evita la confusión que se deriva de las posibles diferencias en la edad en la que establecen la mayoría las leyes nacionales (Abrisketa 2021, 23). Sin embargo, el propio art. 1 CDN en su segundo inciso sigue manteniendo esa salvaguardia de las diferencias en la materia que se pueda establecer por el Derecho nacional, aunque la realidad es que los 18 años se han ido consolidando como el límite general asumido por la mayoría de los Estados como la frontera entre mayoría y minoría de edad, entre niñez y adultez.

ción de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 respecto a que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal*. También hace referencia a que, entre otros instrumentos de DIDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— (arts. 23 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— (art. 10) establecen *la necesidad de proporcionar al niño una protección especial*. Será en su articulado donde se ponga de relieve el señalado «cambio de paradigma»³⁰.

Ya hemos adelantado que la nacionalidad sigue siendo un concepto esencial para el acceso a la titularidad plena de la ciudadanía y de los derechos fundamentales que lleva aparejados. Es por lo que la propia DUDH en su art. 15 establece que

1. *Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*
2. *A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.*

Por lo tanto, para que niños y niñas vean garantizada plenamente su «capacidad iusfundamental», será imprescindible que igualmente se les garantice la atribución o la adquisición de una nacionalidad. Así lo hace el art. 24.3 PIDCP, que directamente afirma que *todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad*.

Como no podía ser de otra manera, esta cuestión tiene su reflejo en la CDN, cuyos arts. 7 y 8 proclaman el derecho de niños y niñas a adquirir y conservar una nacionalidad³¹. El apartado 2º del art. 7 CDN introduce un matiz relevante, ya que señala que los Estados deben garantizar estos derechos *de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes*. Por lo tanto, a pesar de la salvaguardia genérica que realiza respecto al respeto que le deben los Estados al DIDH, la propia CDN reconoce la primacía del Derecho nacional en lo que afecta al acceso a la nacionalidad.

Para garantizar de forma especial que ninguna persona en general, y ninguna menor de edad en particular, vea vulnerado su derecho a una nacionalidad, en el marco de las Naciones Unidas se aprobó la Convención sobre el Estatuto

30. Algunos autores destacan que el Protocolo Facultativo 3º de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones de 2011 también refuerza el reconocimiento de la dimensión activa de la ciudadanía de niños y niñas, ya que les permite dirigirse directamente (por sí mismos o a través de terceros en su nombre) al Comité de la CDN cuando entiendan que un Estado signatario le ha vulnerado algunos de los derechos reconocidos por la convención —art. 5 del Protocolo— (Andrés 2020, 12).

31. El DIDH da tal relevancia a la cuestión de la nacionalidad que se valora de forma conjunta con la propia personalidad jurídica reconocida por el art. 2 DUDH y art 16 PIDCP. De esta manera, los arts. 7 y 8 CDN sitúan al mismo nivel el reconocimiento de los derechos de niños y niñas a la identidad y a la nacionalidad, así como al acto de la inscripción del nacimiento, imprescindible para la efectividad práctica de la personalidad jurídica.

de los Apátridas³² (CEA). El art. 1 CEA define como apátrida *a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado*. El objetivo de la CEA es que todos sus Estados signatarios garanticen un mínimo de derechos a las personas apátridas que se encuentren en su territorio, como medio para paliar la evidente situación de vulnerabilidad de las personas afectadas por la apatridia, derechos que serán modulados por cada ordenamiento jurídico nacional, eso sí. Hay que tener en cuenta que este instrumento no hace ninguna referencia a las personas menores de edad; para ello debemos acudir a su tratado complementario, la Convención ONU para reducir los casos de apatridia³³. Su art.1 exige a los Estados parte conceder su nacionalidad *a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida*. Esa afirmación se ve completada por la presunción determinada en su art. 2:

salvo prueba en contrario, se presume que un expósito³⁴ que ha sido hallado en el territorio de un Estado contratante ha nacido en ese territorio, de padres que poseen la nacionalidad de dicho Estado.

Representando sin duda un avance significativo para la prevención de la apatridia, el hecho de que los Estados puedan matizar el alcance de la Convención mediante su Derecho nacional y que solo se aplique como regla general a las personas nacidas en sus respectivos territorios deja la puerta abierta a que se sigan generando casos de apatridia en determinados supuestos. Una de las principales causas de apatridia son los altos porcentajes de falta de inscripción de nacimientos en los países de ingresos bajos y medianos. Según los últimos datos de UNICEF, se calcula que en 2024 alrededor de 150 millones de niños y niñas menores de 5 años en el mundo no estaban inscritos en ningún registro nacional (UNICEF 2024, 1). A través de la movilidad humana, esta «infancia invisible» llega a los países de destino, donde tiene una altísima probabilidad de acabar siendo considerados como apátridas.

La CDN establece un marco para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales y la protección de niños y niñas que se basa en una serie de principios básicos que proclama en su articulado y cuyo alcance ha sido precisado por diferentes observaciones generales del Comité CDN.

El eje transversal de la CDN es el reiterado «interés superior del menor», ya que según su art. 3.1:

32. Aprobada en Nueva York el 28/09/1954. Ratificada por España en 1997 (BOE n.º 159 de 04/07/1997).

33. Aprobada el 30/08/1961. Ratificada por España en 2018 (BOE n.º 274 de 13/11/2018).

34. Término con el que tradicionalmente se denomina a las personas cuya filiación no está determinada, y apellido que se le asignaba por defecto a las personas que se encontraban en esta situación al inscribirlas en el registro público pertinente. Dado el estigma social que conllevaba ese apellido, en España el art. 196 del Reglamento del Registro Civil (RRC) prohibió esa práctica, e incluso facilita el cambio de apellido Expósito con restricciones a su publicidad (art. 21.1 RRC).

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.

La Observación General n.º 14 (2013) del Comité CDN precisa el contenido del interés superior del menor, señalando en su apartado 6 que el mismo tiene una triple dimensión:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta ... siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños ... a los niños en general ... obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.*
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...*
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños ... a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones ... de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales ... la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho...*

Por su parte, el art. 2 CDN establece una prohibición de discriminación de las personas menores de edad en el ejercicio de los derechos reconocidos en la convención, sin que quepa distinción alguna en base a la

raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Mandata el precepto en su apartado 2º a los Estados parte que tomen las medidas necesarias para evitar que se pueda producir cualquier tipo de manifestación de estas causas discriminatorias. El art. 4 CDN formula esta obligación en sentido positivo, ya que las autoridades nacionales deben adoptar *todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*³⁵.

35. La Observación General n.º 5 (2003) del Comité CDN directamente afirma que para los Estados signatarios de la CDN *la revisión general de toda la legislación interna y las directrices adminis-*

La perspectiva de género es imprescindible en el análisis del marco de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, ya que las niñas afrontan obstáculos específicos y adicionales respecto a los niños en esta materia. Y ello evidentemente tiene una especial incidencia en el principio de no discriminación del art. 2 CDN. En esta línea la Observación General n.º 18 (1989) del Comité CDN³⁶ realiza un llamamiento a los Estados signatarios para que tomen las medidas necesarias para erradicar determinadas *prácticas nocivas* que se tratan de justificar *invocando costumbres y valores socioculturales y religiosos, además de concepciones erróneas relacionadas con algunos grupos desfavorecidos de mujeres y niñas*. Como principales manifestaciones de estas prácticas que generan graves efectos discriminatorios en las niñas, y por ende inaceptables vulneraciones de sus derechos, la observación pone el acento en la mutilación genital femenina, en el matrimonio infantil, en la poligamia y en los delitos de «honor».

Tal como reiteraremos a lo largo de estas líneas, la nacionalidad y la situación administrativa migratoria tampoco son causas legítimas de tratamiento jurídico diferenciado en materia de derechos de la infancia según lo dispuesto por el art. 2 CDN.

El art. 5 CDN por su parte establece el conocido como «principio de progresividad» en la titularidad y ejercicio de derechos por parte de la infancia. El precepto comienza garantizando el rol de derechos-deberes de las personas adultas a las que legalmente les corresponda la guarda o tutela de la infancia para que esta última pueda ejercer de forma adecuada los derechos reconocidos por la CDN, estableciendo como criterio modulador *la evolución de sus facultades*. El apartado 17 Observación General n.º 7 (2005) del Comité CDN delimita con precisión el alcance de esta expresión, a la que denomina *principio habilitador*:

procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente ... comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor. Respetar las facultades en desarrollo de los niños ... es esencial para la realización de sus derechos... padres (y otros) tienen responsabilidad de ajustar continuamente los niveles de apoyo y orientación que ofrecen al niño. Estos ajustes tienen en cuenta los intereses y deseos del niño, así como la capacidad del niño para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior ... es importante tener en cuenta las diferencias individuales en las capacidades de niños de la misma edad ... La evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que res-

trativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención constituye una obligación (apdo. 18).

36. Observación conjunta con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Recomendación general n.º 31).

trinjan la autonomía del niño y su expresión y que tradicionalmente se han justificado alegando la ... inmadurez del niño y su necesidad de socialización.

Aunque es innegable la realidad objetiva sobre la que se fundamenta el principio de progresividad, determinadas interpretaciones restrictivas del mismo pueden suponer un obstáculo a la apuesta transversal que realiza la CDN por reforzar la dimensión activa de la ciudadanía de niños y niñas y el autoejercicio de sus derechos. Esparza y Díaz realizan algunas consideraciones al respecto que nos parecen ilustrativas (Esparza y Díaz 2023, 79 y ss.).

Destacan estos autores que tanto doctrina como jurisprudencia internacional³⁷ han vinculado la restricción del autoejercicio de sus derechos por parte de las personas menores de edad a una presunción de falta de capacidad y en la correlativa aplicación tuitiva del interés superior del menor. Junto a la señalada presunción de incapacidad no se puede desconocer la gran influencia que tiene el consolidado convencimiento sociológico (que ha contado con su correspondiente reflejo normativo) de que «naturalmente» son los progenitores los mejor posicionados para determinar lo más conveniente para sus hijos e hijas, y de forma supletoria la familia extensa o el Estado, en ese orden de preferencia. Este contexto determina que en no pocas ocasiones se generen conflictos entre el ejercicio directo de sus derechos por parte de las personas menores de edad y un desarrollo abusivo de esa «acción protectora» de los titulares de la guarda o tutela legal³⁸.

Compartimos con Esparza y Díaz que esta cuestión se debe afrontar desde la perspectiva expansiva de la teoría general de los derechos fundamentales, que establece como regla básica una interpretación favorable a la titularidad y ejercicio de los derechos, y que, aunque reconoce la existencia de límites para los derechos, se exige una fundamentación adecuada de los mismos y su aplicación restrictiva³⁹. Por lo tanto, el principio de progresividad debe ser interpretado desde estos parámetros. La CDN en materia de «capacidad iusfundamental» establece un criterio objetivo (la edad, el límite de 18 años para alcanzar la mayoría de edad, art.1 CDN) y otro subjetivo (*la evolución de facultades*, art. 5 CDN, o *madurez*, art. 12 CDN). Con el primero ya hemos indicado que se intenta prevenir que se establezcan límites de edad de acceso a la mayoría demasiado elevados; con el segundo, en sentido contrario, se pretende garantizar que la edad

37. Citan como ejemplos las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 2012, y *Furlan y Familiares vs. Argentina*, 2012,

38. Destaca en este sentido la regla de preferencia del autoejercicio de los derechos de niños y niñas cuando entren en conflicto con la actuación de progenitores y tutores que se ha ido consolidando en el DIDH desde el pronunciamiento de la Cámara de los Lores de Reino Unido en el caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*. 3 All E.R. 402 (1985)

39. La jurisprudencia del TEDH, a partir de su sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside vs Reino Unido*, ha determinado los requisitos que debe cumplir cualquier limitación de derechos fundamentales: debe estar determinada legalmente, contar con una finalidad legítima, ser necesaria y proporcional.

biológica no suponga un límite rígido e inamovible para la titularidad y ejercicio de los derechos de niños y niñas.

Nos parece muy atinada la llamada de atención que realizan estos autores respecto a que una apuesta demasiado decidida por el criterio subjetivo de madurez, que evidentemente tiene que valorarse caso a caso, puede acabar convirtiéndose en una presunción de incapacidad iuris tantum, que se acentúa aún más si debe acreditarse de forma previa al ejercicio del derecho. Además, la apreciación de dicha madurez irremediabilmente quedará en manos de actores externos a la persona menor de edad (desde los propios progenitores, a profesionales del sistema de protección de menores o judicial). Por otra parte, también destacan que el DIDH en general, y la CDN en particular, no han fijado parámetros generales suficientemente definidos para la concreción del principio de progresividad, cuya precisión dependerá en última instancia de los Estados firmantes de la CDN.

El 4º principio básico de la CDN lo encontramos en su art.12, que incide en la reiterada consideración de las personas menores de edad como sujetos activos de Derecho. Hay varios elementos a tener en cuenta en el art. 12. CDN. Por una parte, reconoce a los niños y niñas *el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que (les) afectan* (apdo. 1º) y que, *con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que (le) afecte* (apdo. 2º). Por otra, establece los requisitos necesarios para que la persona menor de edad pueda ejercer estos derechos (*que esté en condiciones de formarse un juicio propio ... en función de la edad y madurez del niño* —apdo. 1º—) y el formato de ejercicio (*directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado*).

La Observación General n.º 12 (2009) del Comité CDN realiza un detallado análisis del art. 12 CDN, donde trata de fijar el alcance de sus previsiones. El Comité justifica la necesidad de esta observación al señalar en el apdo. 4º *que la observancia del derecho del niño a expresar ... y a que esa opinión se tenga debidamente en cuenta sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas*. Y que esas dificultades afectan especialmente a los grupos de niños y niñas más vulnerables.

El Comité recuerda que el art. 12 CDN establece que *recae así sobre los Estados parte la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia ... deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente* (apdo. 15). Sin embargo, aclara que no existe una obligación recíproca por parte de niños y niñas a expresar su opinión, es una herramienta potestativa que la CDN pone a su disposición para utilizarla tan solo si así lo desean libremente, y en el caso de que decidan hacerlo, será sin ningún tipo de presión (apdos. 16 y 22).

La observación también precisa el alcance de las alusiones que realiza el precepto a la capacidad de las personas menores de edad en el contexto del derecho a expresar su opinión libremente. Tal como hemos señalado, la alusión del primer inciso del apdo. 1º a *que esté en condiciones de formarse un juicio propio* para el Comité no puede ser interpretada como una limitación al derecho o una presun-

ción de incapacidad, sino al contrario, como una obligación para los Estados parte de evaluar dicha capacidad. En la misma línea desaconseja el establecimiento de ninguna edad mínima para poder ejercer este derecho (apdos. 20 y 21).

El segundo inciso del art. 12.1 CDN dispone *que teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*. En este aspecto a nuestro juicio el Comité no logra cerrar de forma adecuada las lagunas interpretativas de una cuestión presidida por elementos esencialmente subjetivos. Así, en los apdos. 28 a 31 afirma que

... no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio... Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica... Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso ... la madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.

Consideramos que de esta abundancia de conceptos indeterminados es difícil inferir unos parámetros interpretativos mínimamente objetivos que puedan ser asumidos de forma generalizada en los ordenamientos y protocolos de los Estados parte. Esta circunstancia refleja los temores que expresábamos unas líneas arriba respecto a las herramientas disponibles para valorar la capacidad/madurez de niños y niñas en el ejercicio de la dimensión activa de su ciudadanía.

Sin embargo, sí nos parece más claro el posicionamiento del Comité respecto al significado de la expresión «en todos los asuntos que afectan al niño» del art. 12.1 CDN. Afirma en los apdos. 26 y 27 que la misma debe interpretarse en el sentido más amplio posible y rechaza la posibilidad de que se establezcan listados cerrados de materias o procedimientos en los que deba tenerse en cuenta la opinión de las personas menores de edad.

En un sentido parecido interpreta la expresión *la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño* del art. 12.2 CDN. Insiste la observación en que no cabe interpretación restrictiva en este aspecto, incluyendo procedimientos iniciados por el niño o la niña o por un tercero (privado o autoridad pública) y también procedimientos como la mediación o el arbitraje. Para que se pueda ejercer este derecho de forma adecuada, *los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños* (apdos. 32 a 34).

El Comité determina que la decisión de expresar su opinión de forma personal o por medio de representante corresponde a la persona menor de edad, aunque señala su preferencia respecto a que el menor lo haga de forma directa siempre que sea posible. También advierte de la necesidad de tener en cuenta la posibilidad de conflictos de intereses cuando el niño o la niña actúe por medio de representantes, especialmente en el caso de que sean sus progenitores o quiénes ostentan su tutela o guarda legal, y garantizar que el representante

transmita de forma adecuada la opinión de la persona menor de edad (apdos. 35 a 37).

Por último, la Observación n.º 12 hace una relación de medidas para garantizar este derecho: preparación (garantizar la información necesaria a la persona menor de edad de todos los aspectos involucrados en este derecho antes de ejercerlo), audiencia (contexto adecuado donde ejercer el mismo), evaluación correcta de la capacidad del niño y la niña, garantizar que se le comunique los efectos que ha tenido en el procedimiento la expresión de su opinión y tener vías de queja y recurso para los supuestos en los que sea vulnerado este derecho.

Una vez planteados los pilares básicos sobre los que la CDN construye la estructura normativa de DIDH para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de niños y niñas desde la perspectiva general, haremos referencia a algunas previsiones de la CDN que afectan de forma singular a las protagonistas del objeto de estudio de este trabajo, las personas menores de edad en contextos migratorios⁴⁰. En esta línea podemos destacar lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CDN, que establecen el derecho de niños y niñas a no ser separados de sus padres en contra de su voluntad, y a mantener relaciones parteno-filiales en contextos de movilidad humana y de familias transnacionales. Estos preceptos tienen una gran relevancia para los niños y niñas migrantes, especialmente para los que afrontan su periplo migratorio en solitario.

El Comité CDN elaboró en 2005 su Observación General n.º 6, titulada «Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen». La necesidad de una observación específica sobre esta materia se justifica en

poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia, exponer (los) problemas que experimentan los Estados ... para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos ... proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores a la luz de ... la Convención de los Derechos del Niño

Los apdos. 7 y 8 de la observación definen qué se entiende por «niños no acompañados» (*menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad*) y por «niños separados» (*menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes*).

A continuación, el Comité realiza algunas consideraciones respecto a cómo las principales previsiones de la CDN deben adaptarse a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran estos niños y niñas.

40. Evidentemente los principios generales analizados igualmente tienen plena vigencia y aplicabilidad para la infancia en situaciones de movilidad, y ellos serán objeto de una atención particular a renglón seguido.

Así, el apdo. 18 afirma que el principio de no discriminación (art. 2 CDN) es plenamente aplicable a menores no acompañados o separados, sin que esta condición o las relacionadas a su situación migratoria puedan justificar un trato discriminatorio. A pesar de ello, el propio apartado señala que estos niños y niñas pueden ser objeto de «medidas de policía o de orden público», estableciendo como requisitos para ello que sean legales, proporcionadas e individualizadas.

Por su parte, los apdos. 19 a 22 confirman que el interés superior del menor (art. 3 CDN) debe presidir todas las decisiones que se tomen sobre menores no acompañados o separados en todas las etapas de su periplo. Hace una mención expresa a que en aplicación del principio hay que tener en cuenta en estas situaciones elementos clave como la determinación de la identidad, el acceso seguro a territorio o el nombramiento de tutor con la mayor celeridad posible.

Al analizar el art. 6 CDN (derecho a la vida, supervivencia y desarrollo de los niños y niñas), los apdos. 23 y 24 ponen el acento en la necesidad de prevención de las amenazas específicas que acechan a menores no acompañados o separados en este aspecto, como puede ser que sean víctimas de trata de personas con fines de explotación o reclutados por redes de criminalidad organizada.

En lo que concierne al derecho de toda persona menor de edad a expresar su opinión libremente respecto a todas las cuestiones que le afectan y a ser oído en todos los procedimientos en los que se diriman éstas (art. 12 CDN), la observación es llamativamente parca en su apdo. 25, siendo un derecho clave para la infancia migrante y que es especialmente vulnerado en los contextos de movilidad humana. Tan solo hace algunas alusiones muy genéricas a la necesidad de tener en cuenta este derecho en el procedimiento de asilo, a que la persona menor de edad pueda tener información sobre la situación de su país de origen y el paradero de su familia, así como contar con traducción cuando lo necesite.

Por el contrario, nos parece muy pertinente que se haga una mención explícita en los apdos. 26 a 28 al juego del principio de no devolución en esta materia, a pesar de que, aunque no se hiciera esta mención, es indiscutible la plena vigencia en este contexto de lo dispuesto en el art. 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y en el art. 3 de la Convención contra la Tortura. El Comité subraya que se tiene que valorar en la aplicación práctica del principio la singular vulnerabilidad vinculada a la edad, y también las causas específicas de activación del mismo que afectan a niños y niñas, como puede ser el riesgo de reclutamiento forzoso en países que sufren conflictos armados.

El segundo bloque de contenidos de la observación se centra en establecer recomendaciones «generales y concretas» a los Estados para dar una respuesta eficaz a las necesidades de protección de las personas menores no acompañadas o separadas. Volveremos a ellas más adelante, pero nos gustaría destacar ahora algunas de ellas por su indiscutible impacto en la indemnidad de los derechos fundamentales de estos niños y niñas.

Uno de los procedimientos en los que se han documentado reiteradas vulneraciones de derechos de las personas menores migrantes es el de determinación de edad cuando se plantean dudas razonables sobre la misma. El apdo. 31 establece los requisitos que debe cumplir este procedimiento en todo caso:

... no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica ... la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando ... su dignidad humana, y... otorgando al individuo el beneficio de la duda

A pesar de esta prolija descripción, veremos que en los países de destino de estos menores (como España) no está siendo fácil garantizar la implementación práctica de las salvaguardias descritas.

En la misma línea, señala el Comité la necesidad de priorizar la identificación de los niños y niñas que se encuentren en estas circunstancias, su documentación y el inicio de las pesquisas para la localización de sus familias. Igualmente realiza recomendaciones para constituir su tutela y guarda en tiempo y forma, y para cubrir suficientemente sus necesidades de atención y alojamiento (apdos. 33 a 40). A nuestro juicio es muy significativa una afirmación que se realiza en la observación al tratar este último aspecto: *Por regla general, no se privará de libertad a los menores*. Es decir, a sensu contrario, el Comité admite que hay supuestos donde se considera legítimo desde la perspectiva del DIDH la privación de libertad de niños y niñas en contextos migratorios en general, y a los que migran solos o separados de sus progenitores en particular. Contrasta esta puerta abierta a prácticas con una incidencia tan intensa en la indemnidad de la dignidad de personas especialmente vulnerables con el celo tuitivo que se muestra en otros aspectos. En los apdos. 61 a 63 trata de acotar los supuestos y las garantías aplicables a estas situaciones.

Veta la posibilidad de que la privación de libertad se produzca «solamente» por razones vinculadas a su situación migratoria, o a la de menor no acompañado o separado⁴¹. Interpretando de nuevo el sentido contrario de la literalidad de

41. En el Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes «Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles el cuidado y la acogida adecuados», presentado a la Asamblea General ONU el 20/07/2020 (A/75/183) se realiza una contundente afirmación al respecto: *La detención de menores por razones de inmigración, tanto solos como con sus familias, es siempre una violación de los derechos del niño en sí misma, en virtud de las normas internacionales de derechos humanos*. Sin embargo, a renglón seguido el propio Relator reconoce que *pocos países del mundo prohíben explícitamente en su legislación nacional la detención de menores por razones de inmigración* (apdo. 24). La gravedad de esta situación la contextualizó el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes 5 años antes, cuando de nuevo con gran contundencia concluye que *la detención administrativa por motivos de inmigración está inextricablemente vinculada, si no por ley sí en la práctica, a los malos tratos de niños porque la especial situación de vulnerabilidad en que se les ha colocado los expone a numerosos tipos de riesgos*. Informe presentado a la Asamblea General ONU el 05/03/2015 (A/HRC/28/68). Esta distancia entre los claros posicionamientos «pro derechos» de las distintas instituciones del sistema DIDH y la realidad restrictiva sobre esta materia que acaban implementando los Estados es muestra, una vez más, de la falta de capacidad vinculante estructural de los primeros y de la reiterada prevalencia de la perspectiva de seguridad en la gestión de las migraciones, incluso cuando hay personas menores de edad implicadas.

esta expresión, será posible tener en cuenta su condición de migrante, en compañía de otras, para motivar la limitación de este derecho fundamental. Establece que solo debe acordarse en casos excepcionales, como medida de último recurso y extenderse el mínimo tiempo posible, cumpliendo siempre lo dispuesto en el art. 37 CDN y la prevalencia del interés superior del menor. También obliga a respetar en materia de acceso de asilo lo dispuesto en el art. 31 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

A pesar de estas prevenciones, seguimos considerando que la situación migratoria de una persona menor de edad debería estar excluida de consideración para determinar su privación de libertad, ya sea de forma exclusiva o concurrente con otras circunstancias. Además, entendemos que no hay supuestos en los que la privación de libertad de un niño o niña migrante no acompañada pueda superar el «filtro» del interés superior del menor, salvo que nos encontremos en el contexto de la justicia penal juvenil⁴².

También proclama la observación que se debe garantizar el acceso a la educación, a la protección de la salud y a un nivel de vida adecuado de los menores no acompañados o separados, teniendo en cuenta al mismo tiempo la obligación de evitar situaciones discriminatorias respecto al resto de menores y la de atender de forma adecuada sus necesidades particulares (apdos. 41 a 49).

En los apartados de 50 a 60 se explicitan las medidas que deben desarrollar los Estados signatarios para la prevención de la trata con fines de exploración y el reclutamiento forzoso de menores no acompañados o separados, dedicando igualmente un apartado completo a garantizar un acceso adecuado al procedimiento de asilo.

Por último, la observación general hace referencia a las distintas «soluciones duraderas» que se pueden llevar a cabo por parte de los Estados para proteger de forma adecuada a las personas menores de edad no acompañadas o separadas en contextos de movilidad humana, como son: reunificación familiar, retorno a su país de origen, reasentamiento en un país tercero, la adopción internacional o la integración en el país de acogida (apdos. 79 a 94). Sea cual sea la solución adoptada, el Comité recuerda que debe ser tomada con el principal objetivo de salvaguardar el interés superior del menor del art. 3 CDN y garantizar que éste pueda expresar libremente su opinión y sea escuchado en los procedimientos donde deben tomarse estas decisiones (art. 12 CDN). Aunque del art. 9 CDN se desprende una preferencia general por la reintegración del niño o niña en su familia⁴³, esa preferencia siempre estará subordinada al citado interés superior del menor. Cuando se plantee la posibilidad del retorno al país de origen o el

42. En algunos casos de menores acompañados de sus progenitores o de adultos de referencia, si estos últimos se encuentran privados de libertad por razones migratorias, se puede considerar posible que el interés superior de los primeros aconseje que se mantengan en su compañía, especialmente niños y niñas de corta edad, siempre y cuando las instalaciones del centro de detención sean adecuadas para ello —art. 37 c) CDN—

43. La propia observación señala en su apdo. 79 que *la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar*.

reasentamiento en un país tercero, la evaluación de las condiciones sociales, políticas y económicas de los potenciales Estados de destino deberá tener un peso específico en el proceso de búsqueda de soluciones de protección duraderas para estas personas menores de edad.

Para concluir este análisis de la CDN, hay que tener en cuenta que el DIDH no deja de ser un sistema jurídico complejo en el que confluyen diversos instrumentos normativos de diferente origen institucional. Esta situación reclama una interpretación y aplicación coordinada y coherente de los tratados que lo conforman; en la consecución de este objetivo juegan un rol valioso las «observaciones generales conjuntas» de los órganos de garantía e interpretación de los tratados del DIDH con vocación universal.

En líneas previas aludimos a la Observación general n.º 18 del Comité CDN y la Recomendación general n.º 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre las prácticas nocivas. Ahora haremos una breve referencia a sendas observaciones generales conjuntas realizadas en 2017 entre el Comité CDN y el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CPDITMF)⁴⁴. Nos referimos a la Observación general conjunta n.º 22 del Comité CDN y la n.º 3 del Comité CPDITMF sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y a la Observación general conjunta n.º 23 del Comité CDN y la n.º 4 del Comité CPDITMF sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

La Observación general conjunta n.º 22 / n.º 3, en su apdo. 11, plantea la cuestión transversal que debe informar todo el tratamiento político-jurídico de la materia objeto de estudio del presente trabajo:

Los Estados deben velar por que, en el contexto de la migración internacional, los niños sean tratados ante todo como niños.... tienen el deber de cumplir las obligaciones establecidas en (las Convenciones), con independencia de su situación de residencia o la de sus padres o tutores

Los Comités destacan que el principio de no discriminación, reconocido por el art. 2 CDN y los arts. 1 y 7 CPDITMF, *será el centro de todas las políticas y procedimientos de migración, incluidas las medidas de control de fronteras, e*

44. Órgano de seguimiento, garantía e interpretación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares —CPDITMF— (1990). Aprobada el 18/12/1990 por la Resolución 45/158 de la Asamblea General ONU. Hay que destacar que, a diferencia de la CDN, que raya la unanimidad global en su nivel de ratificación, la CPDITMF ha sido ratificada exclusivamente por países emisores de migraciones internacionales, brillando por su ausencia los principales Estados receptores, España incluida. Sin embargo, teniendo en cuenta la participación del Comité CDN en la redacción de estos documentos interpretativos, entendemos que su contenido concierne a todos los signatarios de la CDN, aunque no hayan ratificado la CPDITMF, en lo que pueda entenderse como desarrollo específico de la CDN.

independientemente de la situación de residencia de los niños o de sus padres (apdo. 22). Es muy necesaria la referencia expresa a las fronteras, ya que es el espacio geográfico y político-jurídico donde con una mayor intensidad se producen vulneraciones de los derechos fundamentales de la infancia migrante en general, y del principio de no discriminación en particular. El llamamiento a *redoblar los esfuerzos por luchar contra la xenofobia, el racismo y la discriminación y adoptar todas las medidas apropiadas para combatir esas actitudes y prácticas* que afectan a niños y niñas migrantes se revela como más necesario que nunca en la actualidad (apdo. 23).

Junto a garantizar la plena vigencia del interés superior del menor en los procedimientos individuales que afecten a niños y niñas en situación de movilidad humana, la observación defiende la proyección estructural de este principio:

Los Estados partes deben velar por que el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en la legislación de inmigración, la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas de migración (apdo. 29).

En lo concerniente al derecho a ser oída de la persona menor de edad de origen migrante, la observación hace una precisión interesante al afirmar que

Los Estados partes deben adoptar todas las medidas ... para garantizar el derecho de los niños a ser escuchados en los procedimientos de inmigración relativos a sus padres ... cuando la decisión pueda afectar a sus propios derechos (apdo. 38).

Compartimos plenamente la afirmación de los Comités respecto a que la falta de vías de acceso legales y seguras para las migraciones internacionales obligan a las personas migrantes, menores incluidas, a llevar a cabo su periplo por rutas irregulares e inseguras, lo que tiene una marcada incidencia en la indemnidad de los derechos fundamentales de la infancia migrante. En este contexto tienen un gran peso negativo unas políticas de control de fronteras que *se centran en la represión en lugar de facilitar, regular y gestionar la movilidad* (apdo. 41). Ello representa retos directos para mantener la indemnidad de lo previsto por el art. 6 CDN y el art. 9 CPDITMF, *que incluyen prevenir y reducir ... los riesgos relacionados con la migración que afrontan los niños, los cuales pueden poner en peligro el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo* (apdo. 42).

Ambos Comités denuncian que hay Estados que están aplicando una interpretación restrictiva del principio de no devolución y también se han reportado casos de devoluciones colectivas en las que se han visto implicadas personas menores de edad migrantes (algo específicamente prohibido por el art. 22.1 CPDITMF y en otros instrumentos del DIDH, —apdos. 46 y 47—), conminando a los Estados signatarios de ambos tratados a que tomen medidas oportunas para evitar estas prácticas.

Por su parte, la Observación general conjunta n.º 23 / n.º 4 realiza algunas previsiones que nos parecen muy relevantes. En su apdo. 3 llaman la atención respecto a la situación de las personas menores que se encuentra en la franja de edad entre los 15 y los 18 años en contextos migratorios. Alertan de que suelen recibir unos niveles de protección inferiores en comparación con niños y niñas migrantes de edades inferiores, y también de que son las principales perjudicadas de las malas praxis en los procedimientos de determinación de edad. Los comités recuerdan a los Estados que deben asegurar la misma «intensidad» de protección durante toda la niñez, sin perjuicio de que las medidas concretas se adapten a las diferentes etapas de la misma. En este sentido se señala con acierto la necesidad de reforzar la preparación para la transición a la vida adulta en estos últimos años de la infancia. Dedicaremos un análisis pausado al hecho de que precisamente la infancia migrante que se encuentra en esa franja de edad está siendo una de las principales dianas de las campañas de criminalización de las migraciones impulsadas por las diferentes instancias políticas y mediáticas de la derecha populista radical.

En la misma línea nos permitimos un breve inciso para traer a colación la Observación General n.º 20 del Comité CDN «sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia» (2016). Este documento hace algunas consideraciones sobre las personas adolescentes migrantes de capital importancia para nuestro objeto de estudio:

A muchos ... se les deniega el acceso a la educación, la vivienda, la salud, las actividades recreativas, la participación, la protección y la seguridad social. Incluso cuando los derechos ... están protegidos por las leyes y las políticas, los adolescentes pueden enfrentarse a obstáculos administrativos y de otro tipo para tener acceso a esos servicios, ... solicitud de documentos de identidad o números de seguridad social, procedimientos de determinación de la edad peligrosos e inexactos, obstáculos lingüísticos y financieros, y el riesgo de que el acceso a los servicios se traduzca en la detención o la expulsión (apdo. 76).

Como veremos, en ese espacio que separa la igualdad formal de la material es donde se encuentran los obstáculos más comunes para un ejercicio adecuado de los derechos de este sector social. Dado que un porcentaje mayoritario de menores migrantes no acompañados pasan por los sistemas de protección de la infancia, y con mayor motivación incluso que en los casos de los jóvenes extutelados «nacionales» al carecer del arraigo o redes de apoyo sociofamiliares que estos últimos pueden tener, también es imprescindible tener en cuenta que

Los adolescentes que se preparan para abandonar el sistema de cuidado alternativo necesitan ayuda para preparar esa transición, tener acceso a empleo, vivienda y apoyo psicológico, participar junto a sus familiares en actividades de rehabilitación si ello redundaría en su interés superior y acceder a los servicios de acompañamiento de extutelado... (apdo. 54).

Volviendo a la Observación general conjunta n.º 23 / n.º 4, ésta insiste en la urgencia de proscribir la detención administrativa de niños y niñas por su *situación migratoria o la de sus padres* (apdo. 5). Entendemos muy pertinente la matización que realizan los Comités respecto al alcance del art. 37 b) CDN:

...la posibilidad de detener a niños como medida de último recurso, que puede aplicarse en otros contextos como la justicia penal de menores, no es aplicable en los procedimientos relativos a la inmigración, ya que estaría en contradicción con el principio del interés superior del niño y el derecho al desarrollo... Por consiguiente, la detención de los niños y sus familias como inmigrantes debe estar prohibida por la ley y su abolición garantizada en teoría y en la práctica (apdos. 10 y 12)

Considera la observación que se debe evitar la separación de menores migrantes de sus progenitores por expulsiones de estos últimos derivadas de su situación administrativa irregular, recomendando a los Estados que se articulen procedimientos de regularización para las familias que se encuentren en su territorio con menores a cargo (apdo. 29).

Otra de las cuestiones que reclama una interpretación coordinada y coherente de diferentes instrumentos de DIDH es la perspectiva de las personas menores de edad como potenciales receptoras de la condición de refugiado o de protección internacional, realidad intrínsecamente relacionada con la movilidad humana y que cuantitativamente tiene un peso muy llamativo: en 2024 se estimaba que el 41% de las personas refugiadas en el mundo eran niños y niñas (ACNUR 2025, 36). En este campo hay que tener en cuenta que a la citada tensión entre la condición de niño y la de migrante que afronta la infancia en movimiento transnacional, se añade una nueva variable, la de solicitante de protección internacional. El reto reside en conjugar las tres dimensiones desde una perspectiva de Derechos Humanos y con pleno respeto al interés superior del menor proclamado por el art. 3 CDN (Abrisketa 2021, 121). Desafortunadamente, la preeminencia de la perspectiva de seguridad y de control que ha presidido la regulación de las relaciones bilaterales migraciones-infancia y migraciones-protección internacional condiciona sobremanera ese objetivo «tridimensional», a pesar de los buenos propósitos de voluntad política en el ámbito del DIDH que se plasmaron en la Declaración ONU de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes⁴⁵

Protegeremos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, independientemente de su condición, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño como consideración principal (apdo. 32).

45. Aprobada por la Asamblea General ONU el 13/09/2016 (A/71/L.1).

Como consecuencia de los compromisos asumidos a raíz de esta declaración, en 2018 se aprobaron sendos instrumentos: el Pacto mundial sobre los refugiados (PMR)⁴⁶ y el Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular (PMMSOR)⁴⁷. No se puede soslayar que, si ni siquiera instrumentos de DIDH tan consolidados como la CDN se libran de la etiqueta «soft law», en el caso de estos pactos dicha carencia de carácter vinculante es aún más acentuada. A pesar de ello, tienen el valor de dar continuidad a la consolidación de los principios básicos sobre los que se construye la dimensión activa de la ciudadanía de niños y niñas en contextos migratorios y el ejercicio de los derechos fundamentales a ella aparejada.

Haremos una breve referencia a las menciones que hace el PMR a la situación concreta de las personas menores de edad en contextos de protección internacional. Parte de la proclamación del respeto del interés superior del menor (apdo. 13). Posteriormente señala la obligación de atender las necesidades específicas de niños y niñas en estos contextos, priorizando su identificación temprana para derivarlos a los procedimientos y recursos adecuados a la mayor brevedad posible, haciendo hincapié en evitar los que conlleven la privación de libertad (apdos. 59 y 60). También apuesta por reforzar la accesibilidad a la educación (apdo. 68) y a la atención sanitaria (apdo. 72) de las personas menores de edad refugiadas, la perspectiva de género para las niñas (apdo. 74), la participación de este colectivo (apdo. 77), su seguridad alimentaria (apdo. 80) ... Todo ello con una redacción tan abierta y genérica que evidencia la señalada escasa capacidad vinculante del pacto.

Más allá del PMR, los dos principales tratados de DIDH de ámbito global, y con mayor vocación de aplicación vinculante, que hay que tener en cuenta en este marco serían la CDN y la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 (CER).

En el caso de la CDN, su art. 22 determina la obligación de los Estados de garantizar que los niños y niñas puedan obtener la condición de refugiado cuando cumplan los requisitos para ello, así como la asistencia humanitaria para que puedan ejercer los derechos que les reconoce la CDN de forma adecuada. En su apdo. 2º el precepto llama a los Estados a que cooperen con instituciones públicas y privadas, a nivel nacional e internacional, para proteger a las personas menores de edad refugiadas. Hace una especial mención a la situación de las que se encuentran sin un adulto de referencia, estableciendo la necesidad de intentar la localización de este último, y de proteger a las personas menores refugiadas sin referentes familiares al mismo nivel que al resto de niños y niñas que se encuentran en circunstancias análogas.

Por su parte, el CER no hace ninguna previsión específica para la infancia refugiada. El ACNUR publicó un manual de interpretación del CER y su protocolo donde se realizan algunas consideraciones sobre cómo se debe aplicar este instrumento a las personas menores de edad (apdos. 213 y ss.). En primer lugar,

46. Aprobado por resolución de la Asamblea General ONU el 17/12/2018 (A/RES/73/151).

47. Aprobado por resolución de la Asamblea General ONU el 19/12/2018 (A/RES/73/195).

afirma que, si va acompañada de un progenitor o familiar de referencia al que se le reconozca la condición de refugiado, dicho reconocimiento se extenderá a ese menor en aplicación del «principio de unidad de familia». Estaríamos en una situación diferente en el caso de la infancia no acompañada; aquí el manual afirma que el acceso a la condición de refugiado que parta de la propia iniciativa del menor no acompañado va a depender *de su grado de madurez y de discernimiento*. En este sentido considera que *normalmente puede presumirse que los menores de 16 años no son suficientemente maduros*, aunque matiza que para tener en cuenta esta madurez también deben valorarse *sus antecedentes personales, familiares y culturales*. En el caso de que se considere que no tiene esa suficiente madurez, se sopesarán otros datos externos a la voluntad del menor para determinar si reúne los requisitos del estatuto de refugiado (situación del país de origen, de su familia, de las personas con las que haya realizado su periplo migratorio...) (ACNUR 2019). Entendemos que estas pautas de interpretación son acordes con el principio de progresividad del art. 5 CDN, aunque coincidimos con la apreciación de Abrisketa respecto a que poner un énfasis excesivo en la necesidad de acreditar el grado de madurez de niños y niñas solicitantes de asilo puede no ser compatible con su interés superior. El temor fundado necesario para alcanzar el reconocimiento de protección internacional puede concurrir aunque la persona menor de edad tenga dificultades para definirlo y/o probarlo, por lo que en estos supuestos habría que tener una perspectiva «pro actione» a la hora de valorar la capacidad de niños y niñas para solicitar asilo, acudiendo a medios probatorios del temor fundado alternativos, a los que el propio manual hace referencia (Abrisketa 2021, 120-121).

Retomando el análisis del PMMSOR, este instrumento reafirma la vigencia transversal del interés superior del menor en el contexto de las migraciones internacionales. El apdo. 15 h) del Pacto proclama la necesidad de instaurar una *perspectiva infantil* que informe toda la regulación de los flujos migratorios transnacionales a nivel de DIDH y del Derecho nacional. Desde un abordaje más concreto, se hace una llamada a los Estados para tener en cuenta este principio en los procesos de reunificación familiar —apdo. 21 i)—, en las medidas a implementar para reducir las situaciones de vulnerabilidad en este ámbito (con una especial incidencia en el caso de personas menores no acompañadas o separadas) —apdo. 23—, en velar por el interés superior de estas últimas cuando son detectadas en un contexto fronterizo, se recuerda que el estatus migratorio del menor no puede restringir la eficacia del principio —apdo. 29 h)—; más complejo vemos la posibilidad de mantener el interés superior del menor durante su expulsión (que el Pacto eufemísticamente denomina como «regreso» —apdo. 37 g)—).

Una especial incidencia sobre las personas migrantes menores de edad tiene el Objetivo 4 PMMSOR, que llama a los Estados a *velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada*. El objetivo contiene algunas previsiones que ponen el foco en la citada «infancia migrante invisible», como cuando señala la necesidad de *mejorar los sistemas de registro civil, en particular para incluir a las personas no inscritas* —apdo. 20 a)— o al afirmar que se deben

fortalecer las medidas para reducir la apatridia ... registrando los nacimientos de los migrantes, garantizando que tanto las mujeres como los hombres puedan transmitir la nacionalidad a sus hijos y otorgando la nacionalidad a los niños nacidos en el territorio de otro Estado, especialmente en los casos en que, de no hacerlo, el niño sería apátrida...
—apdo. 20 a)—

Igualmente señala el PMMSOR que los Estados deben garantizar los derechos básicos de la infancia migrante. A modo de ejemplo podemos destacar las diferentes referencias que realiza al derecho a la educación (—apdo. 21 g)—, —apdo. 29 h)—, —apdo. 31 f)—). Se insiste en la especial protección que necesitan las personas menores no acompañadas, también en la garantía de acceso a los derechos sociales —apdo. 23 f)—.

Por último, hay que poner de relieve que el PMMSOR establece como objetivo específico *Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos* (Objetivo n.º 8). Determina una serie de obligaciones a los Estados en materia de búsqueda y salvamento, de información a las familias de las personas desaparecidas, de identificación y repatriación de cadáveres ... Aunque de una forma muy tibia e indirecta, el apartado 24 b) del objetivo señala que las actuales políticas de gestión migratoria y control de fronteras dificultan la existencia de vías de tránsito legales y seguras de los flujos migratorios, y que ello incrementa exponencialmente el riesgo de muerte y desaparición en contextos de movilidad humana. El pacto subraya la necesidad de modificar estas políticas por parte de los Estados, *prestando particular atención a los menores migrantes, especialmente los no acompañados o separados*. Y esta llamada de atención especial está fundamentada en las terribles cifras de niñas y niños migrantes muertos y desaparecidos en esas vías irregulares y peligrosas de las migraciones internacionales; la OIM ha documentado 4.395 personas menores de edad muertas o desaparecidas en el periodo 2014-2025 en las diferentes rutas migratorias globales⁴⁸.

Cerraremos este apartado aludiendo al importante rol en el contexto regional del DIDH que tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como órgano garante del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) del Consejo de Europa, en la materia que nos ocupa en este trabajo. Desde un punto de vista general, la importancia del TEDH reside en gran medida en que es uno de los organismos del sistema institucional del DIDH cuyas resoluciones tienen una mayor capacidad vinculante. A lo anterior se suma que la compleja relación entre Derechos Humanos y las migraciones ha sido una cuestión con gran protagonismo en la ju-

48. Datos del Proyecto «Migrantes desaparecidos» de la OIM <https://missingmigrants.iom.int/es> (06/04/2026). La propia OIM señala que son datos muy conservadores debido a las dificultades para obtener información en estos contextos, por lo que la dimensión de esta tragedia es mucho mayor de lo que se puede acreditar fehacientemente.

risprudencia del TEDH, incluida la singular situación de niños y niñas en contextos de movilidad humana.

Como no puede ser de otra manera, el TEDH confirma una vez más que el interés superior del menor debe ser el criterio marco que informe todas las decisiones que afecten a personas menores de edad en contextos migratorios⁴⁹. Sin embargo, de la misma manera advierte el Tribunal de Estrasburgo que este principio no tiene un carácter absoluto⁵⁰, ya que, a pesar de su preferencia, debe ser valorado de forma conjunta con otros intereses legítimos y/o circunstancias fácticas para tomar decisiones justas y equilibradas. Por ejemplo, en un procedimiento que pueda conllevar la expulsión de una persona menor de edad por su condición migratoria, junto a su interés superior hay que valorar los lazos que unen al menor con los países de origen o destino, la situación general del primero, circunstancias personales del menor (como la edad), nivel de dependencia de su familia...⁵¹ (Faggiani 2021, 8).

Otro de los principios sobre los que se asienta la doctrina del TEDH respecto a la infancia en general, y a la infancia migrante en particular, es situarla dentro de los colectivos que considera como vulnerables⁵². Esta consideración implica que la condición de niño o niña debe prevalecer sobre la migratoria como regla general y son acreedores de medidas de protección reforzada⁵³ (Abrisketa 2021, 136 y Claro 2021, 113-114).

Esta situación de vulnerabilidad se ha valorado por el TEDH junto a otros principios reconocidos en la CEDH cuando ha tenido que pronunciarse sobre potenciales vulneraciones de los derechos fundamentales de niños y niñas en contextos migratorios. En este sentido destaca su jurisprudencia sobre situaciones de privación de libertad de personas menores de edad por su situación migratoria en relación con el art. 3 CEDH, que proclama que *nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*. El TEDH ha considerado que para que se pueda entender que la privación de libertad de niños y niñas por su irregularidad administrativa con el objetivo de proceder a su expulsión es un trato «inhumano o degradante» prohibido por el art. 3 CEDH no es suficiente la vulnerabilidad «intrínseca» de la minoría de edad a la que hemos aludido, sino que deben concurrir otras circunstancias «agravantes» como la corta edad, las condiciones del lugar de detención, la duración de la privación de libertad...⁵⁴. Una de las situaciones que ha considerado que pone de mani-

49. STEDH de 6 de julio de 2010, caso Neulinger y Shuruk vs Suiza.

50. STEDH de 8 de marzo de 2016, caso I.A.A. y otros vs Reino Unido.

51. STEDH de 1 de marzo de 2006, caso Tuquabo-Tekle y otros vs Países Bajos / STEDH, de 10 de julio de 2014 caso Tanda-Muzinga vs Francia / STEDH de 18 de octubre de 2016, caso Ünner vs Países Bajos

52. STEDH, de 5 de julio de 2011, caso Rahimi vs Grecia y STEDH, 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Migunga vs Bélgica.

53. STEDH, de 4 de noviembre de 2014, caso Tarakhel vs Suiza.

54. STEDH, de 19 de enero de 2010, caso Muskhadzhiyeva y otros vs Bélgica / STEDH, de 13 de diciembre de 2011, caso Kanagaratnam vs Bélgica, / STEDH, de 19 de enero de 2012, caso Popov vs

fiesto la vulnerabilidad extrema es la de la infancia migrante no acompañada, y por lo tanto justifica que se tenga en cuenta su condición de menor sobre la situación administrativa irregular y que su privación de libertad por razones migratorias pueda vulnerar el art. 3 CEDH⁵⁵ (Claro 2021, 108-112). En la misma línea también se identifica como muestra de singular vulnerabilidad en la minoría de edad el hecho de que el niño o niña sea solicitante de protección internacional⁵⁶.

En este contexto nos parece muy pertinente traer a colación la reflexión que realiza Abrisketa respecto a los riesgos que implica que la vulnerabilidad sea el pilar sobre el que se construye la garantía de los derechos fundamentales de la infancia en contextos migratorios. Aunque, por supuesto, tiene que ser una variable siempre valorada en todos los procedimientos que afecten a niños y niñas en situación de movilidad, la afirmación categórica de que es una característica «inherente» o «intrínseca» a su condición puede dar lugar a interpretaciones expansivas que dificulten la apuesta por el reconocimiento efectivo de la dimensión activa de la ciudadanía de las personas menores de edad migrantes y de su capacidad de agencia (Abrisketa 2021, 135).

Por último, es necesario señalar que otro de los elementos que ha valorado el TEDH en su jurisprudencia sobre posibles vulneraciones de derechos fundamentales de menores migrantes es el derecho a una vida familiar. El art. 16.3 DUDH proclama que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*, el art. 8 CEDH garantiza el derecho a *una vida familiar*, y los analizados arts. 9 y 10 CDN determinan que niños y niñas tienen derecho a tener una relación estable con sus progenitores incluso en supuestos de movilidad humana y de familias transnacionales. A pesar de todas estas previsiones, el TEDH ha considerado que el derecho a la vida familiar de las personas migrantes menores de edad puede estar condicionado por las políticas migratorias y de control de fronteras.

El TEDH hace una interpretación conjunta del art. 8 CEDH y el art. 14 CEDH (prohibición de discriminación), para evitar un tratamiento jurídico diferenciado de las personas extranjeras no justificado. Refuerza la posición de las personas menores de edad, ya que en ocasiones las relaciones familiares entre adultos las incardina más como manifestación del derecho a la vida privada y se les exige acreditar unos vínculos reales más allá de la mera existencia de la relación de parentesco formal⁵⁷. Sin embargo, tal como hemos afirmado, ni siquiera los niños y niñas migrantes tienen un derecho absoluto a la vida familiar que determine, desde una perspectiva positiva, una garantía incondicionada de la reagru-

Francia / STEDH, de 22 de noviembre de 2016, caso Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar vs Malta / STEDH, de 7 de diciembre de 2017, caso S.F. y otros vs Bulgaria.

55. STEDH de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs Bélgica / STEDH de 5 de abril de 2011, caso Rahimi vs Grecia / STEDH de 13 de junio de 2019, caso Sh.D. y otros vs Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia.

56. STEDH de 4 de noviembre de 2014, caso Tarakhel vs Suiza.

57. STEDH de 9 de octubre de 2003, caso Slivenko vs Letonia.

pación familiar⁵⁸ o un blindaje total ante la expulsión, desde la negativa. Por lo tanto, el derecho a la vida familiar de niños y niñas en contextos de movilidad humana puede, como cualquier otro derecho fundamental, ser limitado si se supera el más que consolidado en la jurisprudencia del TEDH «test de proporcionalidad»⁵⁹. El TEDH identifica entre los fines legítimos que pueden dar soporte a su limitación el control migratorio⁶⁰ (Faggiani 2021, 4 y ss.), revelando una vez más la influencia de la perspectiva de seguridad a la hora de establecer el marco de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de niños y niñas en contextos migratorios.

2.B) EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Una vez analizados los principales instrumentos de DIDH que afectan a nuestro objeto de estudio, teniendo en cuenta la condición de Estado miembro de la UE de España, se impone que nos detengamos en las previsiones del Derecho de la Unión al respecto.

Antes de nada, es necesario poner el acento en que la gestión de las migraciones, el control de fronteras y la protección de menores son materias donde los Estados miembro siguen manteniendo un alto nivel de competencias (y son reacios a su cesión a las instituciones comunitarias), aunque se está avanzando en la consolidación de políticas comunes en estos ámbitos.

El primer foco de atención debe ser el Derecho primario UE, en concreto la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁶¹, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶². En lo concerniente a la titularidad y ejercicio de los derechos de niños y niñas, la referencia sería el art. 24 CDFUE que, bajo el título «Derechos del menor», señala

1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

58. A la hora de decidir la admisión o no de una solicitud de reagrupación, se podrá valorar la quiebra real de vínculos familiares que supondría una respuesta negativa, los lazos efectivos con el país de destino, la situación que afrontan los familiares en el país de origen y la ponderación de objetivos de control migratorio y orden público del Estado de acogida. STEDH de 31 de enero de 2006, caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer vs Países Bajos.

59. Que sirva a fines legítimos establecidos por la ley, que la limitación del derecho sea un medio adecuado para obtener esas finalidades y que se aplique de forma proporcionada. STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside vs Reino Unido*.

60. STEDH de 9 de julio de 2021, caso M.A. vs Dinamarca.

61. 2000/C 364/01.

62. Versiones consolidadas de ambos tratados (2016/C 202/01)

2. *En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.*
3. *Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.*

Como se puede observar, el precepto ratifica algunos de los principios básicos establecidos por el DIDH para el tratamiento político-jurídico de la persona menor de edad: derecho a la protección en consideración a sus necesidades, a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta «en función de su edad y madurez» (principio de progresividad), el principio del interés superior del menor y el derecho a mantener contacto con sus progenitores.

En el TUE encontramos también algunas referencias a los derechos de niños y niñas. Su art. 3 proclama que la UE *fomentará ... la protección de los derechos del niño* (apdo. 3), dentro de su territorio y en las relaciones internacionales (apdo. 5). Por su parte, las referencias que hace el TFUE a las personas menores de edad están vinculadas a las políticas migratorias y a la lucha contra la criminalidad. De esta manera, el art. 79 TFUE indica:

1. *La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar... una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.*
2. *A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán... medidas en los ámbitos siguientes:*
 - d) *la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.*

El art. 83 TFUE insiste en este último aspecto, cuando afirma que se

podrán establecer ... normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: ... a trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños

En cuanto a la nacionalidad de niños y niñas, la CDFUE no hace referencia alguna al respecto, como tampoco lo hace sobre el concepto de nacionalidad en general, lo que es factible que se interprete como un reconocimiento implícito de la competencia exclusiva de los Estados miembro sobre este extremo (Barbero 2026, 93). Sin embargo, no puede olvidarse que en el contexto de la Unión la atribución o adquisición de la nacionalidad de un Estado UE siempre tiene un

impacto relevante a nivel comunitario, ya que conlleva automáticamente la adquisición de la ciudadanía europea (art. 9 TUE y art. 20 TFUE).

Como primera conclusión, llama la atención las escasas referencias en el Derecho primario UE sobre una materia tan sensible como la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, que como hemos visto sí tiene un marco normativo bastante más robusto en el DIDH.

Existe un antecedente específico en el ámbito comunitario que data del año 1992, la denominada Carta europea de los derechos del niño⁶³. El rango menor del instrumento, y el hecho de que sea previo a las reformas jurídico-institucionales estructurales que se operaron en la UE a partir de 2009 tras la entrada en vigor el Tratado de Lisboa⁶⁴, matiza su relevancia. A pesar de ello, es pertinente mencionar algunos aspectos de la Carta.

Es significativo que el documento distinga entre diferentes categorías de personas menores de edad: nacionales de un Estado UE, las que estén a cargo de un nacional UE, las que estén a cargo de un nacional de un tercer país que resida legalmente en territorio UE y los menores refugiados y/o apátridas que residan en un Estado miembro. Otorga a las dos primeras categorías el reconocimiento pleno de los derechos recogidos en la Carta, mientras que para el resto introduce un matiz relevante, ya que ese reconocimiento se hará *de acuerdo con su legislación nacional y sin perjuicio de las limitaciones que para alguno de estos derechos pudieran resultar del ordenamiento comunitario* (apdo. 7.5). Desde el punto de vista subjetivo se suma al criterio general de establecer como límite máximo para alcanzar la mayoría de edad los 18 años (apdo. 7.2).

Igualmente, siguiendo la estela de la CDN, la Carta reconoce, entre otros, el principio de no discriminación (apdo. 7.6), el derecho a la identidad y a una nacionalidad (apdos. 7.10 y 7.11), derecho a la protección de sus progenitores o del tutor legalmente designado en su defecto (apdo. 7.12) o el principio del interés superior del menor y a ser oído en todos los procedimientos que les afecten (apdo. 7.15)⁶⁵.

A nuestro juicio, quizás lo más llamativo de la Carta era esa categorización de menores por su nacionalidad o situación administrativa en el contexto de la UE, de difícil encaje con un respeto adecuado de los principios de no discriminación y del interés superior del menor, que deben priorizarse en todo contexto y situación. Entendemos que esas potenciales limitaciones quedan superadas por lo dispuesto por el art. 24 CDFUE.

63. Aprobada por la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo

64. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (C2007/306/01).

65. El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) también ha ido afianzando el reconocimiento de estos principios en su jurisprudencia. Por ejemplo, así lo hace respecto al principio del interés superior del menor (STJUE, de 14/07/2022, caso CC vs VO —C-572/21—; STJUE de 15/07/2021, caso Reino Unido CG vs The Department for Communities in Northern Ireland —709/20 [GC]—, STJUE de 12/05/2022, caso W. J. vs L. J. J. —644/20—, entre otras) (López 2022).

En la línea de lo que hemos puesto de relieve en el apartado dedicado al DIDH, el abordaje político-jurídico de los derechos de la infancia por la UE se ha hecho principalmente en el contexto de las migraciones. Y también aquí nos encontramos con las dificultades derivadas de una gestión de los flujos migratorios y del control de fronteras desde una perspectiva esencialmente de seguridad y policial⁶⁶, lo que en la materia que nos ocupa genera fricciones entre la condición de migrante y de menor de los niños y niñas en situaciones de movilidad humana. Otra cuestión que hay que tener en cuenta es que, tal como hemos adelantado, a pesar de los esfuerzos comunitarios por promover una política migratoria común, los Estados miembro siguen siendo muy refractarios a la posibilidad de ceder competencias en materia migratoria, ya que es uno de los escasos reductos «visibles» de «soberanía nacional efectiva». De hecho, el citado art 79 TFUE, incluye una salvaguarda específica en su apdo. 5º

El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia

Esta circunstancia, unida al constante crecimiento electoral de la derecha populista en los Estados UE durante las últimas décadas, con la xenofobia y la criminalización de las migraciones como principal eje de su discurso político, ha reforzado aún más la deriva «securitaria» de la gestión europea de los flujos migratorios.

Otro de los grandes vacíos del marco regulatorio UE de las migraciones lo encontramos en la falta de una política común de integración y de un instrumento normativo de carácter vinculante sobre la materia. En la actualidad se encuentra en vigor el Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027⁶⁷ que, aunque propone principios, valores y actuaciones comunes en este contexto, finalmente deja en manos de los Estados miembro la activación de planes estructurales de inclusión de personas migrantes (Solanes 2022, 156).

Si queremos indagar en las previsiones de los instrumentos de la arquitectura normativa que sostiene las políticas migratorias y de control de fronteras de la UE que inciden en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las

66. Desde el Consejo Europeo de Tampere —Finlandia— (1999), que puso las primeras piedras para una política de asilo y migración común en la UE basada en un «enfoque global de las migraciones», hasta el actual Pacto europeo de Migración y Asilo (2024), las políticas migratorias y de asilo de la UE han estado inescindiblemente vinculadas (cuando no directamente subordinadas) a las de seguridad, con una especial incidencia en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada de ámbito transnacional.

https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (13/04/2026)

https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_es (13/04/2026)

67. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 24 de noviembre de 2020 (COM(2020) 758 final).

personas menores de edad, en primer lugar, debemos acudir al denominado Código de Fronteras Schengen (CFS)⁶⁸, norma que trata de establecer unos criterios comunes para el control de las fronteras exteriores de la UE. Su art. 20 determina que en las fronteras se aplicarán unas *normas específicas de inspección para determinadas categorías de personas*, entre las que se incluyen a las menores de edad, remitiéndose al Anexo VII del CFS. Para el caso de niños y niñas que vayan con personas adultas, *el agente de la guardia de fronteras comprobará la patria potestad del acompañante*⁶⁹. En el supuesto de que la persona menor de edad viaje sola, *la guardia de fronteras deberá asegurarse, mediante una inspección minuciosa de los documentos y justificantes de viaje, de que... no abandonan el territorio contra la voluntad de las personas que ejercen la patria potestad* (o tutela). El mismo anexo mandata a los Estados miembro la creación de *puntos nacionales de contacto*, para que los agentes de fronteras puedan realizar consultas respecto a cualquier duda que pueda surgir en los controles fronterizos que impliquen a menores de edad. Como vemos, son escasas y fragmentarias las previsiones de este reglamento respecto a los derechos de la infancia.

La institución de la UE encargada de implementar las políticas fronterizas de la UE es la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX), regulada por el Reglamento (UE) 2019/1896, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (RFRONTEX). En esta norma sí se hacen referencias de mayor calado a las situaciones donde los derechos de los menores se pueden ver afectados en la ejecución de las competencias de la agencia.

Así, el art. 3.1.a) RFRONTEX prevé *mecanismos y procedimientos para identificar a las personas vulnerables y los menores no acompañados*, y el art. 38.1.m) mandata la puesta en marcha de procedimientos para que menores no acompañados *sean remitidos a las autoridades nacionales competentes para que reciban la asistencia adecuada*.

El art. 48 RFRONTEX señala que en los procedimientos de retorno en los que participe FRONTEX se deben respetar *plenamente* los derechos de los menores. En dichos procesos participarán «supervisores de retorno forzoso» para garantizar el respeto de los derechos fundamentales en general, y de las personas menores de edad en particular (arts. 51 y 52 RFRONTEX).

68. Reglamento (UE) 2016/399, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras. En sus considerandos iniciales el reglamento explicita la conexión entre migraciones y seguridad: *El control fronterizo debe contribuir a la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, así como a la prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros* (considerando 6º).

69. Aunque no lo especifique, entendemos que esa comprobación se extiende a la guarda, tutela o a cualquier otro título que legalmente habilite a una persona adulta a traspasar una frontera internacional con un niño o niña bajo su responsabilidad.

El art. 80 RFRONTEX, titulado *Protección de los derechos fundamentales y estrategia de derechos fundamentales*, proclama en su apartado 1º que FRONTEX *garantizará la protección de los derechos fundamentales en la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento*, haciendo referencia expresa a la CDN. Por su parte, el apdo. 3º ordena que la agencia tenga en cuenta las *necesidades especiales de los niños y los menores no acompañados*, y que la misma *prestará especial atención ... a los derechos de los niños, y garantizará el respeto del interés superior del menor*.

El art. 81 RFRONTEX hace referencia a un código de conducta en materia de derechos fundamentales que elaborará FRONTEX de forma conjunta con su foro consultivo⁷⁰ *prestando especial atención a las personas vulnerables, incluidos los niños, los menores no acompañados ...*

En un principio parece que el RFRONTEX, al menos desde una perspectiva formal, presta una atención significativa a la protección de los derechos de niños y niñas en situación de movilidad humana. Sin embargo, la redacción excesivamente genérica de los preceptos que tratan la cuestión y, sobre todo, la realidad de la práctica diaria de la acción de FRONTEX (con su prioridad absoluta a las cuestiones de seguridad y de «lucha contra la inmigración irregular») ponen en cuestión la efectividad material de estas previsiones.

Siguiendo en el contexto del control migratorio y fronterizo de la UE, la siguiente norma relevante es la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, conocida como «Directiva retorno». Al igual que en el analizado RFRONTEX, encontramos diversas previsiones en la directiva que pretenden tener una vocación tuitiva respecto a niñas y niños migrantes que se vean involucrados en procedimientos de «retorno» (expulsiones, devoluciones, repatriaciones...). Ya en su considerando 22º la Directiva retorno pone de relieve que el «*interés superior del niño*» *debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva ... el respeto de la vida familiar debe ser una consideración primordial ...* Estos principios también son consagrados expresamente en el art. 5, junto al principio de no devolución.

Por su parte, el art. 3 Directiva retorno define como personas vulnerables a los menores migrantes en general y a los no acompañados en particular. A pesar de esa declaración de vulnerabilidad, el art. 10 abre la posibilidad de expulsar personas menores no acompañadas, recordando la necesaria salvaguardia de su interés superior, una asistencia adecuada y la garantía de que serán entregadas *a su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno*. Tampoco la citada vulnerabilidad les blindará ante la posibi-

70. Órgano encargado de asesorar a FRONTEX en materia de derechos fundamentales, en el que intervienen, entre otros, la FRA, EASO o ACNUR (art. 108 RFRONTEX). También establece la figura del «agente de derechos fundamentales» (art. 109 RFRONTEX), para tratar de garantizar el respeto de los mismos en la acción de FRONTEX.

lidad de ser privados de libertad como medida cautelar para garantizar su expulsión, incluidos los casos en que ésta se produzca por motivos exclusivamente relacionados con el estatus migratorio del niño o la niña o de su familia⁷¹. Así lo establece el art. 17 Directiva retorno tanto para menores solos o acompañados de sus familias. El precepto hace un recordatorio genérico al interés superior del menor, señala que será el *último recurso y ... por el menor tiempo posible*, que se les debe garantizar el acceso al ocio y a la educación, la intimidad para los privados de libertad en familia, y para las personas menores de edad no acompañadas, *en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad*.

Por lo tanto, consideramos que la protección que se pudiera dar a niños y niñas migrantes con las reiteradas alusiones a su interés superior o su consideración de personas vulnerables quedan en gran medida vaciadas de contenido cuando se abre la posibilidad de aplicar medidas con tanta incidencia en los derechos fundamentales como la expulsión o la privación de libertad por razones migratorias de hasta 18 meses con unos requisitos tan abiertos y laxos como los previstos en la directiva.

Otro de los sectores del Derecho UE que tiene una relevancia singular para la titularidad y ejercicio de los derechos de la infancia migrante es el que regula la protección internacional. El punto de partida lo encontramos en el reconocimiento general del derecho de asilo que proclama el art. 18 CDFUE. Por su parte el art. 67 TUE establece que la UE *desarrollará una política común de asilo*, mientras que el art. 78 TFUE precisa los elementos que debe desarrollar dicha política común. Como consecuencia del Pacto Europeo de Migración y Asilo, el marco de Derecho derivado que regula esa política común de asilo se verá transformado sensiblemente a partir de junio de 2026. Las normas de referencia sobre la materia hasta esa fecha⁷² serán derogadas por la entrada en vigor de sus correspondientes sustitutas⁷³.

71. Hay que tener en cuenta que la propia directiva establece que el internamiento puede tener una duración que oscila entre los 6 y los 18 meses (art. 15 apdos. 5 y 6).

72. Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida / Directiva 2013/33/UE de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional / Reglamento (UE) n.º 604/2013 de 26 de junio de 2013, por el que se 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 un apátrida

73. Reglamento (UE) 2024/1347 de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida / Reglamento (UE) 2024/1348 de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión / Reglamento (UE) 2024/1351 de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración / Directiva (UE) 2024/1346 de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para

Dado que el proceso de elaboración del presente trabajo coincide con el periodo de transición entre un sistema y otro no es posible realizar una evaluación con mínima perspectiva sobre las consecuencias prácticas que este cambio va a tener sobre la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de niños y niñas en situaciones vinculadas con la protección internacional⁷⁴.

Nos limitaremos por ahora a señalar que el nuevo marco normativo sigue proclamando formalmente la vigencia en este ámbito de los principios básicos del DIDH respecto a los derechos de niñas y niños, como el interés superior del menor, su derecho a ser oído, no discriminación⁷⁵... Igualmente continúan las normas derivadas del Pacto situando a niñas y niños solicitantes de protección internacional (solos y acompañados) entre los colectivos vulnerables. Mantienen similares definiciones de menor y menor no acompañado⁷⁶. De la misma manera se conserva el mandato a los Estados miembro para que garanticen a las personas menores de edad en contextos de protección internacional el acceso a derechos sociales como la educación y la sanidad, a que adapten las prestaciones dirigidas a solicitantes y titulares de protección internacional a sus necesidades y activen los mecanismos de tutela legal correspondientes.

Sin embargo, no se ha aprovechado este profundo cambio normativo para erradicar previsiones del anterior sistema que a nuestro juicio ya eran incompa-

la acogida de los solicitantes de protección internacional / Reglamento (UE) 2024/1350, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión / Reglamento (UE) 2024/1349, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno Reglamento (UE) 2026/464, de 24 de febrero de 2026, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2024/1348 en lo que respecta al establecimiento de una lista de países de origen seguros a nivel de la Unión / Reglamento (UE) 2024/1356, de 14 de mayo de 2024, por el que se introduce el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores / Reglamento (UE) 2024/1359, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo.

74. Otra norma UE en materia de asilo que puede tener implicaciones para los derechos de la infancia migrante es la Directiva 2001/55, de 20 de julio de 2001 (Directiva de Protección Temporal —DPT—), prevista para situaciones de «afluencia masiva» de personas desplazadas que no pueden volver a sus países de origen por situaciones de conflicto o equivalentes. Como el propio nombre de la directiva indica, la DPT trata de establecer mecanismos de protección temporales para estos flujos de personas y repartir de forma «equitativa» el esfuerzo entre los Estados miembro (art. 1 DPT). Los arts. 13 y ss. DPT hacen referencia a la situación de las personas menores extranjeras no acompañadas en estas situaciones, reafirmando una vez más la vigencia de los principios básicos proclamados por la CDN también en este contexto y estableciendo la obligación de los Estados miembro de garantizar el acceso a la sanidad y la educación a estos niños y niñas, así como la del establecimiento de la correspondiente tutela para su protección. La DPT fue activada en 2022 por el Consejo UE (Decisión de Ejecución UE 2022/382) como consecuencia de la llegada de personas desplazadas desde Ucrania tras el inicio de la invasión rusa (Wang y Corres 2024, 7 y ss.).

75. O el principio de unidad de familia como específico del Derecho de asilo.

76. «Menor», un nacional de un tercer país o un apátrida menor de dieciocho años / «Menor no acompañado», el menor que llega al territorio de los Estados miembro sin ir acompañado de un adulto que sea su responsable, ya sea con arreglo al Derecho o la práctica del Estado miembros en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de dicho menor, incluido el menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros (art. 2 Reglamento (UE) 2024/1351).

tibles con un verdadero respeto del interés superior del menor y con una visión «pro derechos» del estatus jurídico de niñas y niños en este ámbito. A modo de ejemplo podemos destacar que la nueva política común sigue contemplando la posibilidad de privar de libertad a personas menores solicitantes de asilo, solas y acompañadas (Art. 13 Directiva (UE) 2024/1346). Como ya hemos reiterado a lo largo de estas páginas, vemos muchas dificultades para encontrar algún supuesto donde la mejor manera de servir al interés superior del menor conlleve su privación de libertad, y mucho menos en el contexto de un procedimiento de solicitud de protección internacional. Partiendo de esta base, el precepto trata de establecer algunas garantías como que el internamiento de menores sea una medida de último recurso o que en el caso de niñas y niños no acompañados sea una opción «excepcional». La prohibición de que la privación de libertad de menores solicitantes de protección internacional se pueda realizar en centros penitenciarios o compartiendo espacio con personas adultas más que una garantía a nuestro juicio pone de relieve la inadecuación estructural de la medida para estos casos.

Otro ejemplo de cómo van a seguir en vigor este tipo de circunstancias lo encontramos en el art. 27 de la nueva Directiva (UE) 2024/1346, que mantiene una alternativa muy cuestionable desde la perspectiva tuitiva: la posibilidad de que personas menores de edad solicitantes de asilo no acompañadas que superen los 16 años se deriven a centros de acogida de adultos. Entendemos que este tipo de prácticas son otra manifestación de la tendencia de no considerar como «verdaderos menores» a niñas y niños que migran solos cuando llegan a la adolescencia, y por consiguiente entender que se les debe asignar un nivel de protección inferior.

Hemos adelantado que los efectos que las previsiones novedosas del sistema entrante respecto al anterior no podrán valorarse con un mínimo de seriedad hasta que no haya transcurrido un plazo razonable desde su entrada en vigor. Sin embargo, nos parece muy acertado el resumen que hace Ceriani sobre los potenciales riesgos para la infancia en contextos de migración en general, y de protección internacional en particular, que puede conllevar la aplicación del paquete normativo derivado del Pacto Europeo de Migración y Asilo:

- *Falta de acceso al territorio y al procedimiento de asilo: Por la «ficción de no entrada», la asunción de la responsabilidad por «terceros países seguros», y en los casos en los que niños/as provienen de países con tasas bajas de reconocimiento del estatuto.*
- *(Incremento de la) Detención: Por los nuevos procedimientos acelerados en frontera y al temor de «fugas» mientras se llevan a cabo los mismos.*
- *Escasa consideración de los motivos para pedir asilo que son específicos de la infancia por la aplicación de los procedimientos acelerados a los niños/as acompañados.*
- *Aumento de la migración de niños/as no acompañados: Ya que son las únicas personas menores que estarán exentas de procedimientos acelerados.*

- *Ausencia de garantías jurídicas: Las normas se quedan cortas en relación con la identificación de vulnerabilidades, los estándares mínimos de acogida, el acceso a la asistencia letrada, y la posibilidad de apelar decisiones.*
- *Falta de acceso a servicios básicos y permanecer varados en centros: La permanencia de la infancia acompañada en centros de tránsito o cerrados podría prolongarse hasta 7 meses. En caso de que el retorno no fuera posible, en la práctica llegarían a estar más tiempo.*
- *Retornos sin garantías ni plan de reintegración: Por la presión para desocupar los centros de tránsito o detención (Ceriani 2023, 87)*

Excede con mucho el objeto de estas páginas un análisis detallado del gran impacto que para la indemnidad de los derechos fundamentales de las personas migrantes (menores incluidas) está teniendo el despliegue masivo de instrumentos de nuevas tecnologías para la gestión migratoria y el control de fronteras por parte de la UE y sus Estados miembro al que estamos asistiendo en los últimos años⁷⁷. A simples efectos ilustrativos podemos destacar EURODAC, cuya regulación vigente deriva también del reiteradamente citado Pacto europeo de migración y asilo⁷⁸. Es una base de datos donde se recogen «datos biométricos» (huellas dactilares e imágenes para reconocimiento facial) de personas relacionadas con los sistemas de asilo, control de fronteras y migratorio de la UE y sus Estados miembro, con el objetivo de auxiliar en el mejor cumplimiento de las funciones de dichos sistemas, todo ello impregnado por un abordaje esencialmente «securitario». Poniendo el foco en nuestro objeto de estudio, hay que señalar lo dispuesto por el art. 14 del reglamento, titulado *Disposiciones específicas aplicables a los menores*.

El artículo hace las correspondientes alusiones formales al respeto del interés superior del menor en el procedimiento de toma de datos biométricos del niño o niña, pero determinados aspectos del precepto entendemos que son difícilmente conciliables con dicho principio. En primer lugar, no hay límite de edad para la recopilación de estos datos, tan solo se especifica que de *la toma de datos biométricos de los menores de seis años se encargarán funcionarios*

77. Ya nos ocupamos de este particular con detenimiento en un trabajo anterior al que nos remitimos (Arce 2023). Baste ahora con destacar que una multiplicidad de sistemas de este perfil se ha puesto en marcha en las fronteras europeas: Sistema de Información Schengen (SIS), Sistema de Información de Visados (VIS), Sistema de Entrada y Salida (SES), Eurodac, Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV), Registro de Nombres de los Pasajeros (RNP/PNR) o el Sistema de Información Anticipada sobre los Pasajeros (API). El acceso a varias de ellos (SIS, VIS, SES, Eurodac y SEIAV) se coordina a través del Portal Europeo de Búsquedas (PEB) (Arce, C. 2023, 23 y ss.).

78. Reglamento (UE) 2024/1358 de 14 de mayo de 2024, sobre la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1350 y de la Directiva 2001/55/CE y de la identificación de nacionales de terceros países y apátridas en situación irregular, y sobre las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley.

formados específicamente para tomar los datos biométricos de menores, de manera adaptada a sus necesidades y con sensibilidad. A sensu contrario se infiere que a partir de dicha edad la toma de datos la podrá realizar un funcionario «estándar» y sin esa especial adaptación y sensibilidad. Se establece que las personas menores, *cuando sea posible*, irán acompañadas de un familiar y/o representante (si son menores no acompañados), por lo que habrá casos que pasen el proceso solas. Se establece una contradictoria prohibición del uso de la fuerza contra los menores que se resistan a la recolección de sus datos, ya que, aunque se afirma *que no se utilizará ninguna forma de fuerza contra los menores*, a renglón seguido se abre la posibilidad de *como último recurso, se podrá recurrir a un nivel proporcionado de coerción*. Desconocemos cómo se pueden hacer compatibles ambas previsiones. Por último, especialmente llamativo es lo dispuesto por el apdo. 3º:

Los datos de Eurodac correspondientes a un niño menor de catorce años solo se emplearán a efectos de aplicación de la ley contra dicho menor cuando existan motivos ... para considerar que dichos datos son necesarios para la prevención, detección o investigación de los delitos de terrorismo u otros delitos graves de los que dicho menor sea sospechoso

Por una parte, el fijar la edad de 14 años para estos fines es peculiar, dado que en un buen número de los ordenamientos penales nacionales de los Estados miembro (entre ellos España), los menores de 14 años son inimputables. Por otra, el vincular de forma expresa a la infancia migrante con el terrorismo y otras formas de delincuencia grave es un síntoma más del constante proceso de criminalización que está sufriendo este colectivo en los últimos tiempos.

El siguiente hito normativo en el contexto UE con relevancia para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de niñas y niños en situaciones de movilidad humana lo hallamos en la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Ya hemos analizado que el DIDH ha ido consolidando un derecho a la vida familiar⁷⁹, que es predicable de toda persona independientemente de su edad, pero por razones obvias este derecho tiene una especial incidencia en las personas menores de edad migrantes. Si ningún derecho reconocido por el DIDH es absoluto, el derecho a la vida familiar se ve especialmente condicionado cuando tiene que desarrollarse en contextos migratorios.

Las previsiones de la citada Directiva 2003/86/CE se deben enmarcar en lo dispuesto por la CDFUE, directa o indirectamente, en esta materia. Así el art. 7 CDFUE exige el *respeto... a la vida familiar*, el art. 9 CDFUE reconoce el *derecho a fundar una familia*, el art. 24.3 CDFUE proclama el derecho de niños y niñas *a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre* y el art. 33 CDFUE destaca la necesidad de *conciliar vida*

79. Arts. 12 y 16 DUDH / arts. 17 y 23 PIDCP / arts. 8, 9 y 16 CDN / arts. 8 y 12 CEDH.

familiar y vida profesional. También se conecta el derecho a la vida familiar con la prohibición de discriminación por nacimiento del art. 21 CDFUE. Para Faggiani estos artículos de la Carta configuran un *estándar autónomo de protección del derecho a la familia* en el contexto de UE (Faggiani 2021, 10). Y a los efectos que nos interesan en este trabajo (los que inciden sobre la infancia migrante), igualmente el derecho a la vida familiar estará afectado por lo señalado en la Directiva retorno y el nuevo paquete normativo que desarrolla el Pacto europeo de migración y asilo, ya analizados.

Centrándonos en el contenido específico de la Directiva 2003/86/CE, en su art.1 dispone que

El objetivo de la presente Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros.

Por lo tanto, se parte de la existencia de un derecho subjetivo a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en la UE, pero condicionado. El primer requisito lo establece el propio art.1: la residencia legal. El segundo gran límite será la determinación de los familiares que pueden ser objeto de reagrupación, que se relacionan en el art. 4. Los hijos menores de edad del reagrupante y del cónyuge del primero tienen una especial prioridad entre ellos⁸⁰. Los arts. 5 y 6 fijan los principios básicos que deben regular el procedimiento de solicitud, y los arts. 7 y 8 los requisitos materiales, económicos y de plazo de residencia mínimo que le pueden exigir los Estados miembro al reagrupante (estos últimos representan el principal obstáculo para el ejercicio de este derecho).

Hay previsiones en la directiva que se incardinan en esa mirada «pro derechos» que debería informar toda norma que afecta a personas menores de edad, como el mandato que realiza para tener en cuenta el interés superior del menor al resolver las solicitudes de reagrupación que les afecten (art.5.5), o la posibilidad de que el menor no acompañado al que se le reconozca la condición de refugiado en un Estado UE pueda solicitar la reagrupación de sus familiares (art 10.3). Sin embargo, nos encontramos de nuevo en esta norma la categorización de niñas y niños según su menor o mayor cercanía a la mayoría de edad. Por su parte, el inciso final del art. 4.1 afirma que

Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia ... podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación ...

80. Al formar parte, junto al cónyuge, de la «familia nuclear» (considerando 9º Directiva 2003/86/CE).

El apdo. 6º del mismo artículo contempla

Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años ... Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años ... los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar

Insistimos en que esta categorización es a nuestro juicio difícilmente compatible con el respeto a los principios del interés superior del menor y de no discriminación. Como destacaremos en las conclusiones de este trabajo, consideramos que cualquier tratamiento jurídico diferenciado de niñas y niños por motivos de edad solo puede tener como objetivo garantizar con la mayor amplitud posible el ejercicio de sus derechos fundamentales en cada etapa de la minoría de edad, adaptándose a las necesidades específicas que se plantean en cada una de ellas, nunca como excusa para restringir derechos a los adolescentes migrantes, redundando en su criminalización.

El TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de reagrupación familiar en relación con las personas menores de edad. De esta manera la STJUE (GS) de 27 de junio de 2006, caso Parlamento Europeo vs Consejo de la Unión Europea (asunto C-540/03), afirma que el juego del interés superior del menor no obsta al carácter condicionado del derecho a la reagrupación familiar reconocido en la Directiva 2003/86/CE

... estas normas hacen hincapié en la importancia que tiene para el niño la vida familiar y recomiendan a los Estados tener en cuenta el interés del menor, pero no confieren a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en ... un Estado y no pueden interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar (apdo. 59)

Con una interpretación opuesta al posicionamiento que hemos expuesto unas líneas arriba, el TJUE en la citada resolución afirma que las exigencias específicas en materia de integración a niñas y niños mayores de 12 años del art 4.1 de la directiva no vulneran el principio de no discriminación por edad

... puesto que corresponde a una fase de la vida del menor en la que éste ya ha vivido durante un período relativamente largo en un país tercero sin los miembros de su familia, de manera que la integración en otro ambiente puede resultarle más difícil (apdo. 74)

Sostenemos que esa realidad fáctica que describe el TJUE, que puede ser cierta en algunos supuestos, no puede justificar la interpretación restrictiva del

ejercicio de un derecho de una persona menor de edad imponiéndole requisitos adicionales. En sentido contrario, de ella debe derivarse una obligación de los Estados para establecer las medidas específicas necesarias para facilitar la integración de estas personas menores de edad, que efectivamente pueden tener retos adicionales en comparación con otros casos.

Por último, el TJUE confirma que las personas menores de edad refugiadas tienen un reconocimiento reforzado del derecho a la reagrupación familiar en comparación con los casos generales, como en el supuesto de los menores extranjeros no acompañados refugiados para la reagrupación de sus ascendientes de primer grado⁸¹ o cuando cumplan la mayoría de edad durante la tramitación de la solicitud de reagrupación⁸² (Faggiani 2021, 11 y ss.).

Más allá del ordenamiento jurídico comunitario en sentido estricto, es necesario hacer referencia a algunos documentos de carácter político de instituciones UE que tratan el objeto de estudio de estas páginas. Desde una perspectiva general, podemos destacar la Comunicación de 24 de marzo de 2021 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño»⁸³, que propone los siguientes objetivos

1. *Empoderar a los niños para ser ciudadanos y miembros activos de sociedades democráticas ... La UE debe promover y mejorar la participación inclusiva y sistémica de los niños a escala local, nacional y de la UE.*
2. *Inclusión socioeconómica, salud y educación: una UE que combata la pobreza infantil y promueva sociedades y sistemas educativos y sanitarios inclusivos y adaptados a los niños.*
3. *Combatir la violencia contra los niños y garantizar la protección de la infancia: una UE que ayude a los niños a crecer sin violencia*
4. *Justicia adaptada a los menores: una UE cuyo sistema judicial defienda los derechos y las necesidades de los niños*
5. *Sociedad digital y de la información: una UE donde los niños puedan navegar con seguridad por el entorno digital y aprovechar sus oportunidades*
6. *Dimensión mundial: una UE que apoye, proteja y empodere a los niños de todo el mundo, también durante las crisis y los conflictos.*
7. *Integrar una perspectiva infantil en todas las acciones de la UE.*

Todas las acciones necesarias para alcanzar estos objetivos se deben realizar en el marco establecido por, entre otros documentos UE, las *Directrices de la UE*

81. STJUE de 12 de abril de 2018, decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de La Haya —Países Bajos— (asunto C-550/16).

82. STJUE de 16 de julio de 2020, decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado —Bélgica— (asuntos acumulados C-133/19, C-136/19 y C-137/19).

83. COM(2021) 142 final,

para la promoción y protección de los derechos del niño (2017), cuya finalidad sería

*recordar las normas internacionales sobre los derechos del niño y proporcionar orientación práctica a los funcionarios de las instituciones ... UE y a los Estados miembros ... con objeto de (i) reforzar su cometido a la hora de promover y proteger los derechos de todos los niños en la acción exterior de la UE, fomentando ... el fortalecimiento de los sistemas propios de los países socios, y (ii) reforzar ... la cooperación de dichos funcionarios e instituciones con las organizaciones internacionales y de la sociedad civil.*⁸⁴

Ya en el terreno específico de la infancia migrante nos encontramos con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de abril de 2017, titulada «Protección de los menores migrantes»⁸⁵.

En el documento la Comisión hace una llamada a las instituciones UE y a los Estados miembro para *abordar las causas profundas y proteger a los menores en las rutas migratorias*. Aunque en este apartado se plantean objetivos sobre los que se pueden alcanzar amplios consensos, como evitar que niñas y niños caigan en manos de redes de trata de personas o evitar las graves violaciones de derechos que pueden sufrir en las rutas migratorias irregulares, haciendo un especial hincapié en las personas menores que migran solas, no se deja de intuir que para la UE todas estas medidas están inescindiblemente vinculadas con el control de los flujos migratorios por vías irregulares.

En el objetivo de *identificación y protección rápidas y completas*, el documento sí que parece tener una mirada más claramente «pro derechos» de la infancia migrante. A modo de ejemplo, es especialmente pertinente la exigencia de una mejora de los protocolos aplicables a niñas y niños desaparecidos en contextos migratorios, que deben ser equiparables a los de las personas menores desaparecidas nacionales UE.

El apartado *acoger adecuadamente en la Unión Europea* plantea iniciativas razonables para mejorar este aspecto, pero se sigue dando por sentada la existencia de medidas respecto de las cuales a nuestro juicio el objetivo no debería

84. Consideramos relevante para nuestro objeto de estudio la definición de *todas las formas de violencia contra los niños* que realiza la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2019, sobre los derechos del niño con ocasión de la celebración del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (2019/2876/(RSP): *la violencia física, los abusos sexuales y los insultos, la violencia en línea y fuera de línea, el matrimonio forzado, el trabajo infantil, la prostitución, la trata de seres humanos, el tráfico de órganos, la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los crímenes de honor, la mutilación genital femenina, el reclutamiento, el servicio militar y el uso de niños soldados y de niños como escudos humanos, la privación, el desamparo y la desnutrición, así como la violencia psicológica y todas las formas de acoso* (apdo. 11).

85. COM(2017) 211 final.

ser su paliación, sino directamente su supresión, como el internamiento administrativo de niñas y niños por motivos migratorios

Cuando el documento contempla la necesidad de *garantizar un acceso rápido y efectivo a los procedimientos de determinación del estatus y de aplicación de las garantías procedimentales*, entre otras cuestiones señala la necesidad de *procedimientos de determinación de la edad fiables, multidisciplinares y no invasivos*. Más adelante veremos que, desafortunadamente, las vulneraciones de derechos de niñas y niños migrantes por las reiteradas malas praxis en estos procedimientos necesitan de medidas más contundentes que declaraciones genéricas en documentos no vinculantes. En la parte final del documento se hace la habitual referencia a la prioridad transversal del interés superior del menor en todas las medidas que les afecten.

Comparte título con la comunicación que acabamos de analizar (protección de los menores migrantes) una Resolución del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2018⁸⁶. En gran medida reproduce lo ya expuesto en la citada comunicación del Consejo, pero incluye algunas afirmaciones más contundentes desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales de la infancia migrante, tales como:

... la Comisión debe adoptar procedimientos de infracción contra los Estados miembros en casos de detención sistemática y prolongada de menores y de sus familias, con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los menores (apdo. 15).

... hace hincapié en que los Estados miembros no utilizarán la coacción con objeto de obtener los datos biométricos de los menores (apdo. 16).

Lamenta la persistencia y generalización del fenómeno de la apatridia infantil; pide a la Unión y a sus Estados miembros que garanticen un tratamiento adecuado de la apatridia infantil en las legislaciones nacionales (apdo. 20).

Destaca que la creación de nuevas rutas seguras y legales permitiría a la Unión y a los Estados miembros atender mejor las necesidades de protección, en particular de los menores, y socavar el modelo de negocio de los traficantes (apdo. 24).

Concluimos este apartado con una breve referencia a la situación del marco político-normativo UE de las personas menores de edad en situación de movilidad humana más vulnerables, como son la que migran solas. Ya hemos visto que son recurrentes las menciones a esta realidad en los diferentes instrumentos normativos y documentos políticos que abordan de forma general las cuestiones de infancia y migratorias⁸⁷, pero dada la complejidad de esta realidad parece que

86. Resolución PE 2018/2666.

87. También la jurisprudencia del TJUE se ha ocupado en diversas ocasiones de circunstancias relacionadas con los derechos de la infancia migrante no acompañada. A modo de ejemplo, la STJUE

se impone la necesidad de regularla de forma específica. Uno de los escasos instrumentos que tratan de forma exclusiva esta materia, además de tener casi 30 años de antigüedad, es un documento no vinculante: Resolución del Consejo UE de 26/06/1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países (97/ C221/03). Tres lustros después el Parlamento Europeo aprobó la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE⁸⁸, que realiza una serie de recomendaciones generales a los Estados miembro que, como en el caso de su predecesora, carecen de carácter vinculante. Además de reiterar el necesario respeto a la prevalencia del interés superior del menor en todo caso, entre otras cuestiones

3. *Condena vigorosamente las lagunas existentes en materia de protección de los menores no acompañados en la Unión Europea y denuncia las condiciones de acogida, a menudo deplorables, de estos menores, así como las numerosas violaciones de sus derechos fundamentales en ciertos Estados miembros ...*
6. *Deplora la fragmentación de las disposiciones europeas relativas a los menores no acompañados ...*

Pasados unos años, el Consejo Económico y Social de la UE (CESE) en su Dictamen «La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa», aprobado por el Pleno de 18 de septiembre de 2020 (DO C 429), hace alusión de nuevo a este vacío normativo y sus consecuencias

... en ausencia de un marco jurídico preciso, los Estados miembros se enfrentan a grandes dificultades para gestionar el problema de los MENA de una forma concertada y coherente ... en los Estados miembros, la situación de los MENA se caracteriza por enormes disparidades en las legislaciones que definen la forma en que deben ser tratados y los procedimientos a los que están sujetos (apdo. 2.8)

Debido a esta situación hay voces en la doctrina que ponen de relieve la necesidad de una norma UE que aborde de forma concreta esta realidad. En este sentido, López reclama una directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante (López 2022). Sin negar que una norma específica podría solucionar algunos de los inconvenientes de la actual dispersión regulatoria en una materia tan sensible, a nuestro juicio la prioridad debe ser la

de 14/01/2021, cuestión prejudicial planteada por Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Bolduque, Países Bajos (caso C-441/19) que en el contexto de la aplicación de la directiva 2008/115/CE (Directiva retorno), recuerda la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor de forma adecuada cuando se plantee el retorno de niñas y niños no acompañados, para comprobar si en el Estado de destino puede tener una acogida correcta (Faggiani 2021, 10).

88. Resolución PE 2012/2263(INI).

modificación del enfoque general de la política legislativa de la UE sobre la infancia migrante acompañada y no acompañada, asumiendo el reclamado abordaje «pro derechos» que supere su recurrente vinculación (y subordinación) a objetivos de seguridad y de control migratorio.

2.C) A NIVEL ESTATAL.

Como ya adelantamos al inicio del presente capítulo, en este apartado haremos referencia exclusivamente al marco normativo español aplicable a los derechos de la infancia desde una perspectiva general; lo concerniente a niñas y niños en contextos migratorios (tanto los que migran acompañados como los que lo hacen solos) será desarrollado en los siguientes capítulos.

Como punto de partida, hay que recordar que, en España, en su condición de Estado miembro de la UE, son aplicables todas las previsiones del Derecho de la Unión sobre los derechos de la infancia, ya sea directa e integralmente (como las contenidas en reglamentos) o a través de la trasposición de sus mandatos al ordenamiento español con cierto margen de flexibilidad (las reguladas en directivas).

También nuestro sistema constitucional establece mecanismos para que el DIDH tenga su incidencia en el ordenamiento jurídico nacional. Por supuesto, está la vía de las modificaciones normativas que se realicen en el mismo como consecuencia de la ratificación de un tratado internacional. En la materia que nos ocupa, destacamos en su momento que el propio Comité CDN considera que es una obligación de los Estados signatarios de la convención realizar las reformas legislativas necesarias para adaptar sus ordenamientos al tratado⁸⁹.

Pero igual o mayor importancia tienen las previsiones que realiza la Constitución española de 1978 (CE) respecto a la aplicabilidad de los tratados suscritos como parte integrante de nuestro ordenamiento, y la muy relevante función interpretativa que les asigna el texto constitucional. De esta manera, consagra la primera perspectiva el art. 96.1 CE al disponer

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional

89. Observación General n.º 5 (2003) apdo. 18. Se debate en la doctrina española el nivel de obligatoriedad que deben tener las resoluciones de los Comités garantes de los tratados del DIDH, como es el caso del Comité CDN. Consideramos que, siendo un órgano creado por la CDN y sus funciones determinadas por la misma, esas resoluciones deben entenderse como vinculantes dado que emanan de un instrumento internacional que es vinculante en su integridad (Montesinos 2021, 256).

Este precepto debe entenderse en el marco de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁹⁰, cuyo art. 26 ratifica la obligatoriedad de los tratados para los Estados signatarios y en su art. 27 determina la primacía del Derecho Internacional sobre el nacional. Los arts. 28 a 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, reiteran lo expuesto por este instrumento internacional.

Por su parte, el art. 10.2 proclama que

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Esto significa que los tratados de DIDH, con la DUDH a la cabeza, serán un parámetro interpretativo para todas las normas españolas que desarrollen los derechos fundamentales reconocidos por la CE, llegando a configurar su contenido mínimo⁹¹. Sin embargo, ello no quiere decir que el DIDH sea un parámetro directo de constitucionalidad, lo que puede resultar una paradoja, ya que, dada la aplicabilidad directa del Derecho Internacional en el ámbito interno, los tribunales ordinarios están operando una suerte de «control difuso de convencionalidad indirecto»⁹². Algunos autores como Montesinos reclaman que el TC debería dar el paso de reconocer el DIDH como parámetro de constitucionalidad de confirmad con lo dispuesto en el art. 10.2 CE, opinión que compartimos (Montesinos 2021, 255).

Y en la cuestión específica de los derechos de la infancia, debemos acudir al art. 39.4 CE que proclama que

Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Este escueto apartado da un paso más allá que el art. 10.2 CE. Este precepto reenvía al DIDH como parámetro interpretativo de las normas que afectan a *los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce*. Sin embargo, el texto constitucional no hace un reconocimiento específico de los derechos de la infancia, directamente asume que en el ordenamiento jurídico español niñas y niños tendrán los derechos que el DIDH determine, con la CDN como clave de bóveda de ese reconocimiento, todo ello en el marco establecido por los arts. 10.2 y 96.1 CE.

90. Aprobada en el contexto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por España en 1972 (BOE n.º 142, de 13/06/1980).

91. STC 36/1991, FJ 5º.

92. STC 140/2018, FJ 6º.

Obviamente lo anterior no obsta a que las personas menores de edad sean titulares de todos los derechos fundamentales que la CE reconoce en su sección 1ª del capítulo 2º del Título 1º (junto al art. 14 y la objeción de conciencia del art. 30.2 CE). En algunos casos, la minoría de edad representará un obstáculo temporal para el ejercicio (que no titularidad) de algunos de estos derechos, como consecuencia del ya mencionado «principio de progresividad»⁹³.

A pesar del señalado reenvío al DIDH que hace el art. 39.4 CE, la Constitución de 1978 sí contiene algunas previsiones concretas en materia de protección de los derechos de la infancia. El art. 20.4 CE expone *estas libertades* (expresión, opinión, información...) *tienen su límite en ... la protección de la juventud y de la infancia*. El derecho a la educación reconocido en el art. 27 CE, y muy especialmente el reconocimiento de la gratuidad y universalidad de la enseñanza básica, tienen como principales destinatarias a las personas menores de edad. La protección de la familia y de los hijos independientemente de su filiación también pone en el centro a la infancia (art. 39 CE). El art. 48 CE mandata a los poderes públicos promover la participación de la juventud en todos los ámbitos. Por su parte, el art. 49 CE reconoce la necesidad de una protección especial de las personas menores con discapacidad⁹⁴.

Tras esta breve alusión a la CE, debemos acudir al marco jurídico infraconstitucional. Y en este ámbito, la norma de referencia es la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). La LOPJM desarrolla y especifica las principales previsiones de la CDN en el contexto español.

El art. 1 LOPJM establece dos cuestiones esenciales: considera menores a todas las personas con menos de 18 años (salvo que la ley aplicable haya determinado la mayoría previamente) y señala que la LOPJM será aplicable a niñas y niños que «se encuentren» en España, independientemente de su nacionalidad o situación administrativa⁹⁵.

El art. 2 LOPJM proclama el carácter preferente y transversal del interés superior del menor en todo aquello que le afecta. Es interesante que el precepto no se limita a la enunciación genérica del principio, sino que detalla elementos básicos que deben tenerse en cuenta para su aplicación práctica. Determina que las *limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*. También se establecen criterios de interpretación para la aplicación del interés superior del menor (como tener en cuenta la opinión del

93. Como es el caso del ejercicio de los derechos políticos reconocidos en el art. 23 CE, p.ej.

94. Y aunque no se haga una mención expresa en el texto constitucional, en las leyes de desarrollo de derechos fundamentales se incluyen previsiones específicas de protección de los derechos de niñas y niños. En este sentido podemos destacar las LO 1/1982 y LO 3/2018 cuando desarrollan los derechos al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconocidos por el art. 18 CE.

95. Aunque haremos referencia a ello de forma más detenida, hay que tener en cuenta que España es un país fuertemente descentralizado desde el punto de vista territorial, y que, en concreto, el grueso de las competencias en materia de protección de menores corresponde a las Comunidades Autónomas (CCAA). Por lo tanto, muchas de las previsiones de la LOPJM se deben desarrollar a través de procedimientos y de instituciones del ámbito autonómico.

menor o evitar la discriminación, p.ej.), parámetros de ponderación (edad y madurez o la preparación para la transición a la vida adulta, entre otras) y garantías procesales (como el derecho a ser oído del menor o incluir en la motivación de una resolución que afecte a una persona menor cómo se ha tenido en cuenta ese principio).

Sin perjuicio de que niñas y niños son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos por la CE (y por el DIDH, al que reenvía expresamente el art.39.4 CE), el capítulo 2º del Título I de la LOPJM hace mención específica a determinados derechos en los que se entienden imprescindibles ciertas precisiones para garantizar su adecuado ejercicio por parte de las personas menores de edad⁹⁶. A los efectos que nos interesan en este trabajo, es necesario detenernos un momento en el art. 9 LOPJM, que reconoce el derecho a ser oído y escuchado del menor.

El precepto establece que ese derecho debe reconocerse en el ámbito familiar y en todo tipo de procedimientos⁹⁷, sin que quepa ninguna clase de discriminación. Este derecho será modulado por el nivel de madurez de la persona menor de edad, aunque el artículo indica que esa madurez se presume en todo caso a partir de los 12 años. Se establecen medidas para garantizar el ejercicio de este derecho (suficiente información en lenguaje comprensible, intérprete en caso de que sea necesario, poder designar representante, evitar conflictos de intereses cuando se actúe a través de representante...). Compartimos con Arce que la expresión «cuando no convenga» usada por el art. 9 para determinar los casos en que *se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales* es demasiada ambigua, y puede conllevar problemas en su aplicación práctica en los supuestos de potenciales conflictos de intereses entre representante y personas menores de edad (Arce, E. 2018, 18).

El apdo. 3º afirma que cuando se *deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor*. Nos resulta complejo identificar los supuestos en los que interés del menor imponga que no sea escuchado, al menos a través de representante, con todas las prevenciones y cautelas previstas en ese mismo artículo. Por supuesto que dicho interés puede determinar que se tome una decisión que no se ajuste, o incluso sea totalmente contraria, a la opinión expresada por la persona menor, pero eso es algo que difiere mucho de impedir que se exprese.

96. Hace referencia al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), derecho a la información (art. 5), libertad ideológica (art. 6), derecho de participación, asociación y reunión (art. 7) o a la libertad de expresión (art. 8).

97. En otras normas más allá de la LOPJM también se reconoce este derecho. A modo de ejemplo, destacar el art. 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que no solo reconoce este aspecto concreto, sino que establece la capacidad de actuar en estos procedimientos de *los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela*.

Nos parece muy significativo el capítulo 3º que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añadió al Título I de la LOPJM, titulado de los «deberes del menor» (nuevos arts. 9 bis, ter, quáter y quinquies)⁹⁸. El preámbulo de la Ley 26/2015 justifica la modificación en los siguientes términos

... desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes. En este sentido, se introducen cuatro nuevos artículos en los que se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular.

Desde un punto de vista teórico-formal, el razonamiento puede ser impecable. Sin embargo, no podemos dejar de poner de manifiesto la existencia de una creciente tendencia (social, política y mediática) que considera imprescindible remarcar de forma muy explícita la existencia de deberes correlativos al reconocimiento de derechos cuando de colectivos sociales subalternos o vulnerables se trata. Esa relación equilibrada de derechos y deberes que conlleva la ciudadanía, que parece obvia y/o implícita cuando nos referimos a las capas sociales mayoritarias, se entiende que no es tan clara si queda «elíptica» en el caso de los sectores tradicionalmente discriminados. Por lo expuesto, consideramos que este tipo de precisiones explícitas no son necesarias, ya que los mandatos que aparecen en los nuevos preceptos ya se encontraban recogidos en otras normas de carácter general del ordenamiento jurídico español, que por supuesto también vinculan a niñas y niños. A nuestro juicio, este celo de claridad normativa, además de innecesario, alimenta al menos indirectamente la visión criminalizadora de las personas menores de edad más vulnerables (como la infancia migrante, especialmente la no acompañada).

Los arts. 10 y 11 LOPJM hacen una relación de medidas protectoras y principios de actuación de las administraciones cuando interactúan con las personas menores de edad. Respecto a las medidas, el art. 10 indica que éstas pueden recabar el apoyo de la Fiscalía, de las defensorías del pueblo (estatal y autonómicas) o incluso del Comité CDN mediante denuncias individuales, entre otras. En su apdo. 3º, hace una referencia expresa a los menores extranjeros:

Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados ...

98. La disposición final 23ª LOPJM destaca que esos preceptos no tienen carácter orgánico.

Por su parte, el art. 11 LOPJM contempla unos principios que en gran medida son una adaptación de los generales que hemos ido desarrollando hasta ahora al contexto concreto de la acción administrativa. Entre los más específicos podemos destacar a modo ilustrativo el llamamiento que realiza a la *sensibilización de la población ante situaciones de desprotección, el carácter educativo de todas las medidas que se adopten o la protección contra toda forma de violencia* que pueda afectar a niñas y niños.

Aunque trataremos con mayor detalle en los siguientes capítulos la cuestión de la determinación de la edad, dado que sus principales incidencias tienen lugar en el campo de las migraciones, basta ahora señalar que el art. 12.4 LOPJM establece los elementos básicos que deben presidir este procedimiento

Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad ... en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere ... las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente ... presentado ... no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad ... 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 ... riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas

Los arts. 14, 14 bis, 18, 19 y 19 bis LOPJM (en relación con el art. 172 CC) hacen referencia a algunas de las instituciones con mayor incidencia práctica en la protección de la infancia migrante, y muy especialmente, en la de la no acompañada. Nos referimos a la conocida como «tutela automática», la guarda provisional y la declaración de desamparo. Como veremos más adelante, en el despliegue ágil y eficaz de estas instituciones se juegan cuestiones clave para una protección adecuada de las personas menores migrantes no acompañadas.

Es muy interesante la prolija descripción que hace el art. 17 LOPJM de las situaciones de riesgo en las que se pueden encontrar niñas y niños, y de las diferentes actuaciones que deben poner en marcha las administraciones competentes sin dilación para atajarlas. Aunque, en base al principio de no discriminación proclamado por la propia LOPJM, lo dispuesto en este precepto debería ser aplicado en pie de igualdad a todas las personas menores de edad con independencia de su nacionalidad o situación migratoria, en su implementación práctica se localizan disfunciones cuando se ve involucrada la infancia migrante. Por exceso, porque, por ejemplo, en determinadas situaciones niñas o niños españoles tienen menos posibilidades de acabar en un centro de acogida que los de origen migrante, al contar con unas redes de apoyo (reales o presumidas) familiares y sociales más extensas. Por defecto, porque hay un evidente trato diferenciado por nacionalidad en una situación de riesgo tan extremo como puede ser la desaparición de una persona menor de edad, siendo un ejemplo paradig-

mático de ello las de menores migrantes que se producen en frontera o los que se encuentran en centros de acogida y supuestamente «se fugan». Los recursos que se activan por parte de las administraciones para dar respuesta a estas circunstancias, y el impacto social de las mismas, varían radicalmente si estamos ante una persona menor española o una extranjera que se encuentre en alguno de los contextos señalados.

También desarrolla la LOPJM otras cuestiones que inciden de forma relevante en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, pero cuyo tratamiento detallado excede con mucho el objeto de este trabajo (acogimiento nacional o transfronterizo, la adopción, los centros de acogida...). Ello no obsta a que se realice alguna referencia a estos aspectos en particular en páginas posteriores cuando sea necesario.

Ya hemos mencionado la Ley 26/2015, que junto a la LO 8/2015, de 22 de julio, realizaron modificaciones de calado en el *sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. De hecho, varios de los preceptos clave de la LOPJM que acabamos de analizar deben su redacción actual a esta reforma integral del sistema (por ejemplo, el art. 2 LOPJM sobre el interés superior del menor o el art. 9 LOPJM sobre el derecho a ser oído y escuchado).

Otra norma con evidente impacto en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas menores de edad en España es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM). Sin entrar en un análisis profundo desde la perspectiva del Derecho Penal de esta norma, entendemos imprescindible hacer referencia a dos de los pilares sobre los que se construye el sistema de responsabilidad penal del menor en España, y que en los últimos tiempos han suscitado un intenso debate social y político, a raíz de algunos hechos delictivos especialmente graves (y con gran impacto mediático) en los que se han visto implicadas personas menores de edad.

El primer pilar sería el intervalo de edad en el que pueden ser responsables penalmente niñas y niños bajo los parámetros de la LORPM, que ocuparía el periodo que va entre los 14 y los 18 años (art. 1 LORPM). Sobre este particular hay voces que reclaman la rebaja de la edad penal al menos a los 12 años⁹⁹, porque consideran que en la franja entre 12 y 14 años no es adecuada la respuesta jurídica que ofrece el art. 3 LORPM ante la comisión de delitos especial-

99. En el ámbito de la UE tenemos el caso extremo de Irlanda, donde se permite enjuiciar a niñas y niños a partir de los 10 años en supuestos de delitos graves. Dato del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil

<https://www.oijj.org/actualidad/noticias/el-defensor-de-la-ninez-de-irlanda-pide-elevar-la-edad-minima-de> (14/04/2026).

Siguiendo esta tendencia, al cierre de este trabajo de investigación el gobierno de Suecia anunció que se iba a proceder a la rebaja de la edad penal en el país escandinavo de 15 a 13 años para delitos graves

https://www.eldiario.es/internacional/gobierno-conservador-suecia-encarcelara-ninos-13-anos-delitos-graves-pese-criticas-internas_1_12943012.html (14/04/2026).

mente graves (medidas de protección de menores previstas en el CC y en la LOPJM)¹⁰⁰. En el otro extremo del marco temporal, se debate la posibilidad de que las personas menores de entre 16 y 18 años puedan responder penalmente como adultas, al menos en casos de determinados delitos, y/o que las medidas que se impongan a un menor en consideración de la LORPM se transformen en sanciones penales ordinarias si durante su cumplimiento se alcanza la mayoría de edad.

El otro foco del debate se centra en que la LORPM afirma ya desde su exposición de motivos que establece

... un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa ... que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa ... Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa ... rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares ... Ley establece un amplio catálogo de medidas aplicables, desde la referida perspectiva sancionadora-educativa, debiendo primar nuevamente el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más idónea ...

De lo expuesto se desprende que el procedimiento en general, y las medidas que se les pueden imponer a los menores infractores en particular, tienen una finalidad esencialmente educativa, y que por ello finalidades legítimas del Derecho Penal de adultos como la retribución o la prevención general, quedan matizadas en el primer caso y directamente proscritas en el segundo. Sin embargo, con el auge de la reiterada criminalización de niñas y niños vulnerables y del populismo punitivo se están poniendo en cuestión estos presupuestos, reclamando un incremento del papel de la retribución proporcional a la gravedad del ilícito penal cometido y de la disuasión ejemplarizante (prevención general) en la justicia penal juvenil. Consideramos que esta deriva es incompatible con una apuesta por el refuerzo del interés superior del menor como principio preferente en todos los sectores del ordenamiento jurídico, y de la perspectiva «pro derechos» de la infancia que sostenemos en estas páginas.

100. En el año 2025 tuvo una gran repercusión el estreno de la serie «Adolescencia» en la plataforma Netflix, donde se plasman con maestría los elementos centrales de este debate. La serie versa sobre el caso de un menor de 13 años que comete un asesinato que tiene como víctima una compañera de clase, y pone de relieve la importancia de los factores sociales, familiares, educativos, políticos e incluso tecnológicos que se entrecruzan en la criminalidad juvenil de nuestros días, y la dificultad que existe para dar una respuesta jurídica adecuada a una realidad tan compleja y poliédrica <https://www.netflix.com/es/title/81756069> (14/04/2026).

También en el ámbito penal, pero ya desde la perspectiva tuitiva de las personas menores de edad, la citada reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia operada en 2015 afrontó la realidad de la «violencia vicaria», que se produce cuando en contextos de violencia de género el agresor ataca a hijas e hijos, normalmente menores de edad, de su pareja o expareja como medio para infringir el mayor daño posible a la misma¹⁰¹. Para ello se modificó la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (LOPIVG), para que se considere incluida la violencia vicaria en esta denominación

... la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte... de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1 LOPIVG).

Igualmente, en 2015 se introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR) un nuevo art. 544 quinquies, donde se contemplan medidas específicas de protección a niñas y niños afectados por situaciones de violencia de género como la suspensión de la patria potestad, tutela, guarda, curatela o acogimiento y/o suspensión o modificación de regímenes de visita que le pudieran corresponder al agresor (Torres 2023, 7 y ss.).

Desde la perspectiva del principio de progresividad en el ejercicio de los derechos de la infancia, hay dos normas relevantes en el ordenamiento jurídico español. Por una parte está la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Una de las principales novedades de esta ley fue situar en el centro del ejercicio del derecho a la atención sanitaria la «autonomía del paciente», que reclama el «consentimiento informado»¹⁰² del paciente para que se pueda llevar a cabo cualquier tratamiento médico (art. 8 Ley 41/2002). El art. 9.4 de la norma explicita que las personas menores de edad con más de 16 años deben prestar este consentimiento por sí mismas, sin la mediación de sus progenitores o tutores, salvo en los casos en que tenga la capacidad modificada (Esparza y Díaz 2023, 87).

En la misma línea transita la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Su art. 13 bis afirma que *las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales*. Esta previsión ha sido una de las más debatidas desde la entrada en

101. Siniestra estrategia que se resume en la terrible expresión «te voy a dar donde más te duele» (Ramallo 2022, 90).

102. Definido como *la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*. art. 3 Ley 41/2002.

vigor de la LO 2/2010, y de hecho ha sido objeto de dos reformas contradictorias. La LO 11/2015 la modificó, estableciendo la necesidad del consentimiento de los representantes legales de las mujeres entre 16 y 18 años, reforma que fue dejada sin efecto por la LO 1/2023, que retomó la redacción inicial. Esta última modificación fue avalada por la STC 92/2024.

A nuestro juicio, estas previsiones representan una adecuada interpretación del principio de progresividad desde una perspectiva «pro derechos», en el sentido de que evitan que el límite de la mayoría de edad suponga un obstáculo rígido e insalvable para tomar decisiones que afectan de forma directa a derechos fundamentales personalísimos como la vida o la integridad física, o que pueden condicionar de forma irreversible al libre desarrollo de la personalidad. A partir de los 16 años se entiende que lo habitual es que la persona menor de edad tenga el suficiente grado de madurez para decidir sobre cuestiones que le van a afectar de una forma tan directa e intensa. En gran medida estos han sido los argumentos manejados por el TC en la citada STC 92/2024 (FJ 6º).

El siguiente hito normativo estatal con relevancia en materia de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas menores de edad es la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIAV). Por razones obvias este instrumento normativo pone el foco en la consideración de la infancia como sector social especialmente vulnerable en determinados contextos. En este sentido, el art. 1 LOPIAV realiza una completa exposición de los elementos básicos de la norma. Su apartado 1º afirma que su objetivo es

...garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño ...

En el apdo. 2º del precepto realiza una prolija definición de lo que debe entenderse por violencia a los efectos de la LOPIAV

toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza ... su ... desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación... se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos ... el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no

solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados ... cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.

En contraposición con la violencia contra niñas y niños que se tiene que prevenir, el apdo. 3º hace referencia al «buen trato» hacia ellos que se debe promover

... aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve ... los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación ...

Por su parte el art. 2 LOPIAV señala que sus previsiones son aplicables a toda persona menor de edad que se encuentre en España, independientemente de su nacionalidad o situación administrativa. Una de las características principales de la norma es su abordaje proactivo y preventivo, priorizando la detección precoz de las situaciones de riesgo y poniendo un especial acento en las medidas educativas y de sensibilización.

En los arts. 9 a 13 LOPIAV se hace una relación de los derechos específicos que tienen niñas y niños frente a situaciones de violencia (información, derecho a ser oído o a una atención integral). Se hace hincapié en la garantía de sus derechos en el ámbito de los procesos derivados de las situaciones de violencia que les afecten, a través de la figura del defensor judicial cuando se den conflictos de intereses con sus representantes legales y con una asistencia jurídica gratuita adecuada.

Es llamativo cómo la ley trata de implicar a toda la sociedad en la prevención de la violencia que afecta a niñas y niños, estableciendo en su Título II un *deber de comunicación de situaciones de violencia* con un amplísimo alcance, que va desde la ciudadanía en general a la obligación cualificada exigible

... a aquellas personas que por razón de su cargo, profesión, oficio o actividad, tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de niños, niñas o adolescentes y, en el ejercicio de las mismas, hayan tenido conocimiento de una situación de violencia ejercida sobre los mismos (art. 16.1 LOPIAV).

En el resto de la norma se hace una relación exhaustiva de medidas de sensibilización, prevención, detección precoz... de situaciones de violencia que afectan a las personas menores de edad en distintos ámbitos (familiar, educativo, sanitario, servicios sociales, nuevas tecnologías y de ocio/deporte), así como las funciones de las distintas instituciones en cada uno de ellos.

Cerramos este apartado con una breve referencia a una de las dimensiones con una singular importancia en España en el tratamiento de político-jurídico de los derechos de la infancia: la distribución de competencias entre Estado y Co-

munidades Autónomas (CCAA) en el marco de una descentralización territorial del poder tan marcada como la establecida por la CE de 1978.

En este contexto los preceptos constitucionales de referencia son los arts. 148 (que define las competencias que pueden asumir las CCAA) y 149 (que relaciona las competencias exclusivas del Estado). La primera cuestión a tener en cuenta para nuestro objeto de estudio es que ninguno de los dos artículos hace referencia a la competencia en materia de infancia. En ese contexto, teniendo en cuenta lo dispuesto por el apdo. 3º del art. 149¹⁰³, en el inicio del despliegue del Estado autonómico los primeros estatutos de autonomía asumieron competencias en materia de infancia. Esta asunción fue desarrollada con la aprobación de leyes autonómicas de protección del menor o en el contexto de sus leyes de servicios sociales¹⁰⁴. Sin embargo, la asunción de la materia por parte de los estatutos no la convierte en competencia exclusiva de las CCAA; muestra de ello es la aprobación a nivel estatal en 1996 de la ya analizada LOPJM.

En los estatutos de «nueva generación» que se aprobaron a principios del siglo XXI se incorporó el abordaje jurídico de la infancia desde la dimensión activa de su ciudadanía, superando su consideración como objeto pasivo de protección, en la línea de lo establecido por la CDN. De la misma manera que estos estatutos incorporan por primera vez el reconocimiento de una «tabla de derechos» para la población de su territorio, igualmente plasman la perspectiva de niñas y niños como titulares de derechos y hacen referencia de una forma más expresa a la competencia autonómica sobre menores de edad. A pesar de ello, sigue siendo una materia donde confluye normativa estatal y autonómica, como lo demuestra la aprobación de la LOPIAV tras la entrada en vigor de esta «segunda oleada estatutaria».

Tomando como ejemplo el Estatuto de autonomía de Andalucía de 2007 (LO 2/2007, de 19 de marzo), en su capítulo dedicado a «Derechos y deberes» incluye el art. 18, que determina

- 1. Las personas menores de edad tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes.*
- 2. El beneficio de las personas menores de edad primará en la interpretación y aplicación de la legislación dirigida a éstos.*

Por su parte, el art. 61.3 del Estatuto proclama

103. *Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos*

104. Esto último se debe a que algunas de las CCAA incluyeron la protección de la infancia en el marco más amplio de la «asistencia social», definida como competencia autonómica por el art. 148.1.20 CE.

Corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de menores:

- a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye ... la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal.*
- b) La participación en la elaboración y reforma de la legislación penal y procesal que incida en la competencia de menores a través de los órganos y procedimientos multilaterales ...*

Como consecuencia de estas previsiones estatutarias, la CA de Andalucía cuenta con su propia ley autonómica sobre la materia (Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía). En gran medida replica la estructura de la LOPJM en el ámbito andaluz, ya que hace referencia a los principios que deben regir toda actuación sobre niñas y niños que se dé en la CA y reconoce expresamente sus derechos. Precisa y concreta las competencias de la Junta de Andalucía en este campo, determina las instituciones autonómicas que deben ejercerlas y los objetivos a conseguir con ellas. Por supuesto, hace una llamada a la coordinación con el resto de las administraciones implicadas en la garantía de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia y en su protección.

Sánchez destaca que esta convivencia entre normativa estatal y autonómica se da principalmente a través del uso de la herramienta de la legislación básica, donde el Estado establece las bases generales de la regulación de una materia dejando margen a las CCAA para que las desarrollen y especifiquen. En concreto, puede entenderse que la regulación de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas menores de edad en España, desde el punto de vista competencial, se ha desarrollado en el marco establecido por el art. 149.1.1 CE, que proclama que es competencia exclusiva del Estado

La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales

La jurisprudencia constitucional afirma que el Estado en el uso de este título establece un mínimo común que deben respetar las CCAA en su normativa de desarrollo y ejecución, lo que no implica una uniformidad total en esta materia, y que el Estado no puede agotar todo el contenido regulatorio de estos derechos. Esto no significa que estemos ante una herramienta residual que solo se puede utilizar de forma excepcional¹⁰⁵ (Sánchez 2022, 166 y ss.).

Sin embargo, el Estado no solo esgrime lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE en particular, y la legislación básica en general, para intervenir normativamente

105. STC 188/2001, STC 61/1997 o STC 37/1987, entre otras.

sobre los derechos de la infancia. Ello se confirma cuando revisamos los títulos competenciales señalados por las dos principales normas de carácter estatal en esta materia, como son la LOPJM y la LOPIAV. Por una parte, vemos que aluden a competencias exclusivas estatales que se ven concernidas por sus disposiciones (p.ej., *Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo* —149.1.2 CE—, *administración de Justicia* —149.1.5 CE—, *legislación procesal* —149.1.5 CE— ...), mientras que por otra se refieren a competencias sectoriales donde conviven normas estatales y autonómicas a través del mecanismo de legislación básica y de desarrollo más allá del art. 149.1.1 CE (p.ej. *Bases y coordinación general de la sanidad* —149.1.16 CE—, *Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social* —149.1.17 CE—, *normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución* —149.1.30 CE— ...) (Sánchez 2022, 152 y ss.). El reto de la distribución competencial, más que en el marco de los principios básicos y los mecanismos generales, está en la aplicación en cada caso concreto, sobre todo en materias sometidas a una fuerte tensión social y política que trasciende la cuestión territorial, como es el caso de los derechos de la infancia en general, y de la infancia migrante en particular. Retomaremos esta cuestión cuando analicemos el encaje de las niñas y niños migrantes no acompañados en el sistema de protección de la infancia español, gestionado esencialmente por las CCAA.

Una vez se ha establecido, de forma más o menos pacífica, el reparto competencial, en aquellos ámbitos donde hay competencias compartidas entre administraciones de diferentes niveles territoriales deben establecerse mecanismos de coordinación entre ellas. Para ello se crearon la Conferencia de presidentes, que reúne a los presidentes de las CCAA y al presidente del Gobierno para *la deliberación de asuntos y la adopción de acuerdos de interés para el Estado y las Comunidades Autónomas* (art. 146 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público —LRJSP—) y las Conferencias sectoriales, integradas por ministros del Gobierno central y consejeros de las CCAA competentes en una materia concreta para *ejercer funciones consultivas, decisorias o de coordinación orientadas a alcanzar acuerdos sobre materias comunes*¹⁰⁶ (arts. 147-148 LRJSP). La LOPIAV contempla en su art. 7 la Conferencia Sectorial de infancia y adolescencia, que tiene como objetivos

- a) *La coherencia y complementariedad de las actividades que realicen las administraciones públicas en el ámbito de la protección y desarrollo de los derechos de la infancia y la adolescencia...*
- b) *El mayor grado de eficacia y eficiencia en la identificación, formulación y ejecución de las políticas, programas y proyectos impulsados*

106. En concreto, son *informadas sobre los anteproyectos de leyes y los proyectos de reglamentos... cuando afecten de manera directa al ámbito competencial de las otras Administraciones Públicas o cuando así esté previsto en la normativa sectorial aplicable / Establecen planes específicos de cooperación / Intercambian información / Fijan los criterios objetivos que sirvan de base para la distribución territorial de los créditos presupuestarios...* art. 148 LRJSP

por las distintas administraciones públicas en aplicación de lo previsto en esta ley.

- c) La participación de las administraciones públicas en la formación y evaluación de la Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia.*

Como veremos más adelante, un debate recurrente en la CSIA es cómo articular medidas políticas, jurídicas y financieras para coordinar la respuesta ante los desafíos derivados de la acogida de personas migrantes menores no acompañadas, especialmente cuando en momentos de repunte de llegadas se tensionan los sistemas de protección de las CCAA de primera acogida (Ceriani 2023, 18).

3. LA INFANCIA MIGRANTE EN ESPAÑA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y SOCIOPOLÍTICA.

3.A) PERSPECTIVA SOCIOPOLÍTICA.

Una de las líneas argumentales básicas de este trabajo incide en poner de relieve que cualquier proceso de investigación jurídica debe ir acompañado de un análisis de la realidad sociopolítica a la que debe aplicarse el sector del ordenamiento estudiado. Y ello por dos razones básicas; la primera porque es la única forma de valorar, siguiendo las normas del método científico, el impacto material que éste va a tener sobre dicha realidad, la segunda porque el contexto sociopolítico condiciona decisivamente la configuración del marco normativo que regula una materia y su aplicación práctica.

Lo anterior cobra una singular relevancia para nuestro objeto de estudio, ya que pocas cuestiones tienen un peso similar al de las migraciones transnacionales en el debate sociopolítico durante las últimas décadas a nivel global, europeo y español. No se podrían entender las políticas migratorias (y los instrumentos normativos utilizados para implementarlas) de la UE y de España sin la construcción mediática y política que se ha llevado a cabo del fenómeno, que en muchas ocasiones está muy alejada de su «realidad real» (Arce, C. 2019). Por lo expuesto, entendemos imprescindible el breve abordaje sociopolítico de las migraciones, y de la infancia migrante más específicamente, en el contexto español que proponemos en este apartado antes de analizar el estatuto jurídico de niñas y niños migrantes en nuestro país.

El primer dato a tener en cuenta es la profunda transformación que ha sufrido España desde los años 90 del pasado siglo hasta nuestros días desde el punto de vista de la movilidad humana. De ser un país emisor de migraciones con una

presencia de población de origen extranjero testimonial, a ser uno de los principales Estados de destino a nivel global. Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)¹⁰⁷, a 1 de enero de 2025 España tenía 49.128.297 habitantes, de los cuales 6.911.971 tenían nacionalidad extranjera (14,1%). Ello conlleva un acentuado incremento de la diversidad en un muy corto plazo, lo que evidentemente plantea desafíos sociales, políticos y jurídicos. Esta diversidad es aún mayor si se tiene en cuenta que el 19,3% de la población ha nacido fuera de España¹⁰⁸. En la siguiente tabla exponemos las 20 principales comunidades de personas extranjeras en España, cifras de las que podemos obtener conclusiones interesantes

País	n.º personas	% sobre total extranjeros
Marruecos	968.999	14%
Colombia	676.534	9,8%
Rumanía	609.270	8,8%
Venezuela	377.809	5,5%
Italia	345.777	5%
Reino Unido	266.462	3,9%
Perú	260.544	3,8%
China	238.372	3,4%
Ucrania	202.105	2,9%
Honduras	177.929	2,6%
Argentina	148.585	2,1%
Alemania	131.830	1,9%
Ecuador	132.372	1,9%
Francia	127.015	1,8%
Paraguay	122.635	1,8%
Pakistán	116.641	1,7%
Rusia	110.665	1,6%
Portugal	109.930	1,6%
Bulgaria	109.604	1,6%
Brasil	105.990	1,5%

Datos del INE a 1 de enero de 2025.

107. <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/CensoVariables2025.htm> (15/04/2026).

108. Esa diferencia del 5% con el total de las personas extranjeras se explica en su mayor parte por las personas que han adquirido la nacionalidad española de forma derivativa.

Como vemos, las comunidades de origen migrante más numerosas en España provienen de dos regiones del planeta prioritariamente: América Central/Sur (alrededor del 29%) y Europa (otro 29%). Les siguen a mucha distancia África (con la representación hegemónica de Marruecos —14%—) y Asia (con poco más del 5%).

Esta configuración de la población extranjera en España trae causa de razones jurídicas e histórico-culturales. Entre las primeras destaca que 16 de las 20 nacionalidades más representativas tienen vías de acceso legales y seguras a territorio español, ya sea por llevar aparejada la ciudadanía europea o porque pertenecen a Estados con exención de visado (tan solo Marruecos, China, Pakistán y Rusia no se encuentran en ninguna de esas situaciones). También es significativo que la inmensa mayoría de esas nacionalidades tengan un vínculo histórico, político o cultural con España, ya sea por el pasado colonial o por el proyecto de integración europea (quedarían fuera de estas circunstancias China, Ucrania, Pakistán, Rusia y Brasil).

El panorama descrito desmonta en gran medida el imaginario social, político y mediático que se ha ido asentando en los últimos años respecto al perfil mayoritario de las personas migrantes en España. Si se proyecta la idea de que ese perfil corresponde a personas africanas y musulmanas que acceden por vías irregulares a nuestro país, vemos que la realidad se acerca mucho más al de europeas y americanas, que proceden de países de tradición cristiana y que vienen haciendo uso de la libertad de circulación que les concede la ciudadanía europea o de la exención de visado de la que disfruta su país de origen. Por lo tanto, muchos de los presupuestos en los que se basa la narrativa xenófoba de la derecha populista carecen de base fáctica. Volveremos a este particular en las siguientes líneas.

En España a 1 de enero de 2025 había 1.105.242¹⁰⁹ de personas extranjeras menores de edad empadronadas, de un total de 7.960.945 de niñas y niños de 0 a 17 años que hay en España, lo que prácticamente calca en esta franja de edad el peso poblacional de las personas migrantes en general (13,9%)¹¹⁰. Sin embargo, esta cifra no da una imagen real de la importancia que tiene la inmigración en el relevo generacional, ya que como veremos las personas extranjeras nacidas en España tienen vías de acceso privilegiado a la nacionalidad española, por lo que es común que desde el nacimiento o en los primeros años de vida acceden a la nacionalidad. Un reciente informe de FUNCAS dimensiona esta realidad, al cifrar en un 39% los menores de 5 años en España que tienen origen extranjero (nacidos en el extranjero o con el menos un progenitor nacido en el extranjero), independientemente de que tengan o no la nacionalidad española (FUNCAS 2025). Este último dato tiene un doble significado, ya que pone de relieve el imprescindible rol de las migraciones en cualquier estrategia para paliar el creciente envejecimiento de la población española, pero también muestra la dimen-

109. Por lo tanto, el 16% de la población extranjera es menor de edad.

110. https://ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=68519#_tabs-tabla (15/04/2026).

sión del reto de asegurar una integración adecuada de primeras y segundas generaciones de personas de origen migrante.

Los citados desafíos se plasman en datos. La infancia migrante acumula diferentes factores de vulnerabilidad. La franja de edad de 0 a 17 años es la que tiene un mayor riesgo de pobreza (tasa AROPE), circunstancia que alcanzaba al 29,2% de los menores de edad en España en 2024. A lo anterior se suma la sobrerrepresentación de población extranjera en estas circunstancias: en 2024 el 43,7 de las personas extranjeras no UE y el 28,2 % de las que son nacionales de la UE, en comparación con el 14,9% de las españolas (EAPN 2025, 33-34). Esta combinación fatal hace que las tasas de pobreza que afectan a niñas y niños de origen migrante hayan oscilado entre el 50 y el 55% en el periodo 2008-2023, aunque dentro de este colectivo también encontramos diferencias «generacionales» (los menores migrantes de 1ª generación superan en 10 puntos el riesgo de pobreza respecto a los de 2ª) y por país de origen (por ejemplo, del 41,5% de tasa AROPE de niñas y niños de origen ecuatoriano al 80,8% a los que provienen de Marruecos) (FUNCAS 2025, 66 y ss.).

Sin embargo, esas cifras de pobreza y exclusión social que afectan de una forma tan destacada a las personas menores de edad de origen extranjero no se traducen en las situaciones negativas que esgrimen las voces políticas y mediáticas que fomentan una visión criminalizadora de la infancia migrante. Así, aunque se insista en vincularla con la inseguridad ciudadana, las estadísticas de criminalidad juvenil (entre 14 y 17 años) indican que la gran mayoría de infractores penales menores de edad en nuestro país tienen nacionalidad española (en 2024 superaron el 80% del total, 10.799 sobre 13.491)¹¹¹.

Por lo tanto, vemos que los datos no avalan el discurso de criminalización de las migraciones (que pone un especial foco en la infancia migrante). Los que esgrimen la «teoría de la amenaza o competencia» (que dibujan a las personas migrantes como competidores de la población nativa vulnerable por los recursos sociales escasos y como un riesgo para la sostenibilidad del Estado del bienestar), la «amenaza identitaria» (como la ya citada teórica estrategia del «gran reemplazo») (Mariscal y Rinken 2022, 2-3) o los que vinculan la inmigración con un incremento de la inseguridad no encuentran un fundamento material en el que sostener sus postulados.

A pesar de ello, estos discursos avanzan inexorablemente en la UE y en España. Se utilizan nuevas formas de propagar el racismo y la xenofobia que los presentan como posicionamientos más aceptables socialmente. Rey lo denomina como «neoracismo», que usa un lenguaje «políticamente correcto» y evita los argumentos más rudimentarios del «racismo biológico», poniendo el acento en supuestas diferencias culturales/civilizatorias. De esta manera muchas personas participan de la «discriminación neoracista» sin ser totalmente conscientes de ello (Rey 2022, 10). Estas situaciones no serían posibles sin la ola de desinformación en materia migratoria que inunda el mundo digital, que se ha consagrado como

111. <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25721> (15/04/2026).

la fuente informativa prioritaria de gran parte de la población en los últimos años, circunstancia en la que centraremos nuestra atención en las próximas líneas.

Lo anterior tiene sus consecuencias en la percepción social sobre las migraciones. La 11ª entrega de la Encuesta Social Europea (2023)¹¹² planteó la siguiente pregunta: ¿hacen los inmigrantes a tu país un lugar peor para vivir? En el caso de España, casi el 21% de las personas encuestadas respondieron afirmativamente a esta pregunta. Si ya nos puede parecer preocupante esta cifra, casi se puede considerar como moderada en comparación con otros países europeos: en Grecia la respuesta afirmativa alcanza el 53%, en Italia el 46% o en Alemania el 33%, por ejemplo. Y esta percepción negativa en ocasiones acaba desembocando en las expresiones más extremas y graves; en el último informe del Ministerio del Interior sobre delitos de odio en España¹¹³ se constata que en 2024 el 41% de esta tipología delictiva en España tuvo como motivación el racismo y la xenofobia.

Hemos destacado el rol de la desinformación en la materia que nos ocupa. La RAE la define como *acción y efecto de desinformar* y por desinformar entiende *dar información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines o dar información insuficiente u omitirla*. Por su parte la Comisión Europea considera que la desinformación es

*... información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público ... no incluye los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios claramente identificados como partidistas*¹¹⁴

La desinformación afecta de forma singular a los colectivos vulnerables, y se convierte en una herramienta esencial para el discurso de odio, que pone en su diana a dichos sectores sociales, con un marcado protagonismo de las personas migrantes (menores incluidas). Hay diversas iniciativas normativas tanto a nivel UE como español para tratar de combatir la desinformación y el discurso de odio que afectan a estos colectivos; excede con mucho el objetivo de estas páginas un análisis detallado de esta materia¹¹⁵. Baste ahora destacar que hay una doble estrategia: en un primer nivel se quieren establecer obligaciones a las empresas tecnológicas para que se impliquen en la prevención de la desinformación y el

112. <https://www.europeansocialsurvey.org/news/article/round-11-data-now-available> (15/04/2026).

113. https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2024/2024-INFORME_2024_Delitos_incidencias-_odio.pdf (15/04/2026).

114. COM(2018) 236 final.

115. Nos remitimos a las consideraciones que hicimos al respecto en un reciente trabajo (Arce C. 2024).

discurso del odio en el ámbito digital¹¹⁶, y en un segundo tipificar penalmente los comportamientos más graves en este ámbito¹¹⁷.

El papel de las plataformas digitales, con destacado protagonismo de las redes sociales, en la difusión de la desinformación y el discurso de odio es a estas alturas innegable, tanto por el hecho de que el espacio digital se ha convertido en el ámbito comunicativo por excelencia como por su potencial de impacto, inimaginable en la era analógica. Es por ello por lo que, como hemos señalado, la regulación de este fenómeno trate de poner el foco en las grandes corporaciones tecnológicas que monopolizan este espacio (RSD) o que merezca un reproche penal agravado cuando se realizan estas conductas utilizando herramientas tecnológicas (art. 510.3 CP).

La desinformación que afecta a las personas migrantes, menores incluidas, suele incidir de forma recurrente en las mismas cuestiones ya reseñadas: supuestos abusos y/o preferencias en el acceso a los servicios sociales, vinculación a la criminalidad común o al terrorismo, imposiciones culturales ... Coincidimos con Souto en destacar que, además de dificultar el ejercicio de los derechos fundamentales y la integración de la ciudadanía de origen migrante, la desinformación y el discurso de odio no solo afecta a la colectivos vulnerables, sino que también socava la cohesión social y los pilares del sistema democrático (Souto 2024, 138). Insistimos en que precisamente este discurso está siendo el «caballo de Troya» del populismo de ultraderecha para impugnar los principios del Estado democrático y de Derecho en las últimas décadas.

Aunque hemos puesto de relieve el papel central que las redes sociales han alcanzado en el ejercicio de la libertad de información, y que esta circunstancia hizo pronosticar desde algunas instancias la inminente caída en la irrelevancia de los medios de comunicación tradicionales, estos últimos siguen teniendo un gran protagonismo en la configuración de la opinión pública. Ello no obsta al hecho de que estos medios hayan adaptado sus formas de comunicar al espacio digital, lo que desafortunadamente ha redundado en muchas ocasiones en un descenso en la calidad de la labor periodística y que la misma se permee, cuando no se convierta en foco y/o correa de transmisión, de desinformación¹¹⁸.

En el tratamiento mediático de las migraciones se ha generalizado que el punto de partida sea el abordaje de esta realidad como un «problema», no como un hecho social poliédrico y en gran medida inherente al ser humano. Igualmen-

116. En esa línea transitan el Reglamento (UE) 2022/2065 de 19/10/2022 relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales —RSD—) o la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).

117. Por ejemplo, la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JAI230 de 28/11/2008 *sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal* o lo establecido por el art. 510 del Código Penal español.

118. La digitalización de los medios tradicionales ha conllevado una precarización laboral de los profesionales de la comunicación, intrusismo profesional, una preferencia por la inmediatez frente a la aplicación de los buenos usos periodísticos en la obtención y difusión de la información, la primacía del «clickbait» sobre el análisis de fondo... (De Miguel 2016).

te se parten de presupuestos que carecen de aval científico o estadístico, como que el incremento de la diversidad cultural sea consustancialmente conflictivo y disruptivo (Durán y otros 2023, 12). Este marco comunicativo es mucho más propicio a los discursos criminalizadores de las migraciones que los «pro derechos». Los medios de comunicación españoles no representan una excepción en esta materia. Stuardo, Soler y Riera realizaron un estudio sobre el discurso mediático en materia de migraciones en España desde que nuestro país se convirtió en uno de los principales destinos de la movilidad humana transnacional que corrobora esta situación (Stuardo, Soler y Riera 2021).

Los autores destacan la prevalencia del uso de un lenguaje negativo en el tratamiento periodístico del fenómeno migratorio en España, siendo frecuentes los términos bélicos («invasión» es recurrente, por ejemplo). También señalan que, aunque los códigos deontológicos de la profesión periodística ponen especial énfasis en evitar estereotipos y el tratamiento de noticias que pueda tener efectos discriminatorios (aunque sean indirectos), son habituales estas prácticas en los medios españoles. Incluso cuando se pretende dar una visión positiva de las personas migrantes, es normal que se haga desde una perspectiva utilitarista (en qué beneficia su presencia a la sociedad de acogida) que no se plantea su condición de titulares de derechos fundamentales. Las narrativas donde las personas migrantes exponen en primera persona sus necesidades y reivindicaciones brillan por su ausencia.

El trabajo pone de relieve que se suele presentar a las personas migrantes como «objetos pasivos» de las políticas migratorias y de control de fronteras, y no como ciudadanía activa titular de derechos. Su condición de migrante opaca el resto de sus dimensiones como individuo. En esta línea nos parece muy interesante como en la mayoría de las ocasiones se les trata mediáticamente de forma colectiva, muy especialmente cuando de infancia y mujeres en situaciones de movilidad se trata; algunos estudios han cifrado esta circunstancia hasta en un 90% de las publicaciones que hacían referencia a ellas. Además, en el caso de menores y mujeres migrantes, es aún más común asignarles una condición pasiva y su victimización extrema.

Por último, el artículo indica que todas estas conclusiones se dan con una mayor intensidad sobre personas migrantes que provienen de países de mayoría musulmana: sobrerrepresentación del factor cultural-religioso y de elementos negativos (criminalidad, conflictos de convivencia...) en todas las noticias que les afectan.

Esta visión distorsionada de las migraciones (y de la infancia migrante) que ofrecen los medios de comunicación mayoritarios facilita la desinformación sobre esta realidad, y ese es el contexto donde en gran medida se cimenta el constante crecimiento de la derecha radical tanto en la UE como en España. Las formaciones políticas de este espectro ideológico han utilizado diversos temas de forma reiterada como palancas de crecimiento electoral: la denominada «ideología de género», la «agenda verde», la «identidad nacional», y con un protagonismo muy destacado, la «invasión migratoria». Entre esos temas se suelen crear vínculos e interconexiones, como es el caso de la islamofobia, que sirve de nexo

para sus postulados identitarios y xenófobos (Fernández 2021, 247 y ss.). En la misma dirección se sitúa el rechazo frontal al multiculturalismo; desde una perspectiva étnica, cultural y religiosa plantean la necesidad de defender la esencia «blanca» y cristiana europea frente a la amenaza «mestiza» e islámica que señalan que anida en el fenómeno migratorio y en los postulados multiculturales (Stuardo, Soler y Riera 2021, 47).

Durante las primeras etapas de la expansión electoral de la ultraderecha europea a lomos del discurso criminalizador de las migraciones se hablaba de la «excepción española», dado que este fenómeno se mantenía en niveles marginales en la democracia representativa de nuestro país. Esta circunstancia se ha justificado por el rechazo que durante décadas ha generado en gran parte de la población el nacionalismo español extremo, al considerarlo heredero de la dictadura franquista. También por el hecho de que la ventana de oportunidad que se abrió para nuevas formaciones políticas a partir de la crisis social y financiera que se inició en 2007 fue aprovechada en España por formaciones de izquierda (Podemos) y liberales (Ciudadanos), sin que en ese momento supiera la derecha populista encontrar la vía adecuada de crecimiento, entre otras razones, porque el fenómeno migratorio no se situaba entre las principales preocupaciones sociales (Mariscal y Rinken 2022, 3).

A partir del año 2013 comenzó a crecer la preocupación social sobre las migraciones y su influencia sobre el debate público y las preferencias electorales, aunque de una forma comparativamente inferior respecto a otros países de la UE como Alemania (Rinken 2025, 89-90). De forma coetánea se da en España la irrupción de VOX en las instituciones representativas; aunque inicialmente la palanca electoral de esta formación fue el conflicto territorial en Cataluña y cuestiones como las políticas de género, rápidamente fue ganando presencia su discurso contra la inmigración (Mariscal y Rinken 2022, 3). Hasta ese momento, el discurso migratorio no había tenido un peso relevante en el debate político y en las propuestas electorales de las formaciones partidarias, ya que se interpretaba que no tenía capacidad suficiente para modificar las preferencias del electorado (León y Cheddadi 2024, 6). Esto comienza a cambiar con VOX, en un doble sentido que se retroalimenta: el incremento de la alarma social sobre el fenómeno de las migraciones beneficia a los partidos que sostienen un discurso de «mano dura» contra la inmigración, y a su vez, el discurso criminalizador de las personas migrantes de estas formaciones incrementa dicha alarma social.

Un buen ejemplo de los posicionamientos de VOX en materia de migraciones lo encontramos en su programa electoral para las elecciones generales del año 2023¹¹⁹. Lo primero que llama la atención es que el apartado del documento que se dedica a esta materia se denomina «Inmigración e identidad nacional», lo que anuncia ya ese enfoque étnico-cultural de los desafíos derivados de la movilidad humana propio de las formaciones de derecha populista. En las propuestas concretas hay una reiterada vinculación entre inmigración y crimina-

119. <https://www.voxespana.es/programa/programa-electoral-vox> (15/04/2026).

lidad; a los efectos que nos interesan en estas páginas destaca la propuesta de cerrar *los centros de MENA que crean inseguridad en nuestras calles*. Es una conexión directa entre la infancia migrante más vulnerable con la delincuencia, siguiendo la línea de criminalización de estas niñas y niños que comenzaron hace unos años. No pierden ocasión de reforzar la idea de que las personas inmigrantes abusan de los recursos sociales, y por ello prometen eliminar *las ayudas públicas a inmigrantes en situación ilegal y las subvenciones a ... cualquier entidad que destine sus fondos a promover o ayudar a la inmigración ilegal*. Desde la perspectiva identitaria propone priorizar los flujos migratorios que provienen de *naciones que comparten idioma e importantes lazos de amistad, historia y cultura con España*, endurecer los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española y *tolerancia cero con toda forma de fundamentalismo islámico*. Por último, pone mucho énfasis en reforzar el control de fronteras (afirma que es necesario un *bloqueo naval que proteja nuestras costas de la llegada masiva de inmigrantes ilegales*) y en cerrar cualquier vía de posible regularización a las personas que hayan accedido a territorio español de forma irregular.

Siendo relevantes las propuestas programáticas propias de los partidos de la derecha radical en materia migratoria, en el sentido de que deben entenderse como apoyadas y asumidas directamente por sus votantes, a nuestro juicio de igual o mayor importancia es la capacidad que están teniendo para desplazar el eje del debate sobre estas cuestiones. Gran parte del electorado que están ganando estos partidos son antiguos simpatizantes de las formaciones tradicionales de centro-derecha; éstas, en un intento de retener o recuperar a ese grupo de electores están asumiendo postulados de la ultraderecha en sus propuestas sobre políticas migratorias y de control de fronteras, normalizando con ello en el debate sociopolítico argumentos que hasta hace muy poco se consideraban totalmente extemporáneos por su radicalidad.

Como ya hemos adelantado, en el caso de España el partido mayoritario de la derecha tradicional (Partido Popular) hasta la irrupción de VOX no había tenido grandes incentivos para plantear un discurso extremadamente duro contra la inmigración. Aunque, por supuesto, siempre ha mantenido una posición más restrictiva en estas cuestiones que las formaciones partidarias de la izquierda, no las situaba en el centro de su estrategia discursiva. Sin embargo, la consolidación de la derecha radical en España ha empujado al PP a incrementar el protagonismo de las migraciones en su comunicación política.

León y Cheddadi han realizado un análisis comparativo de los mensajes en redes sociales sobre inmigración de VOX y PP de los últimos años, donde se constata el incremento del interés de esta última formación de confrontar y competir con la derecha populista en estos temas, aunque se siguen observando algunas diferencias entre los mensajes de ambos partidos. Coinciden en el tono crítico-negativo general, pero el PP pone más énfasis en la crítica a las políticas de gestión de los flujos migratorios y de control de fronteras de los gobiernos de orientación progresista de las últimas legislaturas, mientras que VOX expresa un mensaje más centrado en lo identitario y en la crítica directa a las propias personas migrantes (León y Cheddadi 2024). Sin embargo, durante el pasado año

2025 se ha incrementado la dureza del debate político sobre la inmigración en España debido algunos sucesos como los acaecidos en Torre Pacheco (Murcia), tras la agresión sufrida por un vecino de nacionalidad española de la localidad por parte de un grupo de jóvenes de origen migrante¹²⁰. Además de la correspondiente avalancha de desinformación y de discurso de odio en redes sociales¹²¹, instigada en gran medida por las antenas comunicativas de la derecha radical, se ha detectado desde esas fechas una «vuelta de tuerca» en el discurso migratorio del PP, en el que se asumen ya sin eufemismos parte del argumentario que VOX lleva tiempo utilizando¹²².

¿Qué efectos reales está teniendo esta estrategia política de criminalización de las migraciones en la opinión pública española? Ya adelantamos que en comparación con otros países de la UE se podría calificar el impacto como moderado, pero si nos centramos en la evolución interna de la perspectiva de la sociedad española sobre la inmigración, sí que podemos observar que la visión negativa se va asentando en un porcentaje significativo de la población. Ello se desprende del barómetro mensual del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)¹²³, donde entre otras cuestiones se les pregunta a las personas encuestadas cuáles consideran que son los principales problemas del país. La inmigración ha ido incrementando su presencia entre los principales problemas gradualmente. Por ejemplo, si analizamos desde octubre 2024, donde se situó como el primer problema, hasta enero de 2026, esta materia ha estado entre las 3 principales preocupaciones percibidas en 4 barómetros mensuales. Sin embargo, nos parece muy significativo que esa percepción se reduce drásticamente cuando se pregunta por los problemas que afectan personalmente a la ciudadanía. Así, si en el barómetro de enero de 2026 para casi el 16% de los encuestados la inmigración estaba entre los 3 primeros problemas generales del país, esta cifra se reducía a poco más del 8% cuando se preguntaba por las dificultades que les afectaban en su vida diaria. A nuestro juicio, esta circunstancia es un síntoma de la influencia de la citada «realidad construida» de las migraciones sobre la opinión pública.

Sin embargo, la preocupación por la inmigración no es un fenómeno social uniforme, ya que es algo que muestran de una forma más abierta y reiterada las personas que se sitúan en el arco ideológico que va desde el centro-derecha a la ultraderecha, mientras que las personas que se definen como de centro-izquierda o izquierda suelen expresar en las encuestas una valoración más positiva del fenómeno migratorio. Sin embargo, nos parece muy pertinente la precisión que hace Rinken respecto a que hay que tener en cuenta que existe un

120. <https://www.bbc.com/mundo/articles/ckglpjpzxwno> (15/04/2026).

121. <https://www.inclusion.gob.es/w/los-discursos-de-odio-desbordan-las-redes-sociales-tras-los-sucesos-de-torre-pacheco-segun-el-ultimo-informe-del-observatorio-contra-el-racismo-y-la-xenofobia> (15/04/2026).

122. Por ejemplo, ya hicimos referencia en páginas anteriores al argumento que lleva tiempo sosteniendo VOX, y que fue asumido explícitamente por el PP el año pasado, respecto a que la nacionalidad española «no se regala, se merece».

123. <https://www.cis.es/es/estudios/catalogo?catalogo=estudio> (15/04/2026).

creciente coste reputacional para los sectores de izquierda a la hora de expresar opiniones críticas respecto a las migraciones, dado que estos planteamientos en esos contextos cada vez más se identifican con posiciones netamente de derechas. Por lo tanto, es necesario ser prudente a la hora de valorar los estudios de opinión basados en encuestas, ya que puede existir una corriente de racismo/xenofobia oculta en parte de la población que teme ser identificada con la derecha radical si expresa su verdadera opinión sobre esta cuestión (Rinken 2025, 94-95).

Por lo tanto, uno de los principales retos desde esta dimensión sociopolítica es presentar un relato sobre las migraciones en la UE y España que se acerque a su «realidad real», muy especialmente en lo que a la infancia y la juventud migrante afecta. Y ello tanto porque es la parte de la población migrante más vulnerable como porque la desinformación y el discurso de odio les afecta de manera muy singular.

Niñas y niños en situación de movilidad humana quedan incluidos en un colectivo social y jurídico definido por dos circunstancias: la minoría de edad y su condición de migrantes. Ello determina un imaginario social y un tratamiento legal de su realidad sesgado y parcial, ya que suele desconocer la trayectoria vital previa que atesora la infancia migrante en sus países de origen, la propia diversidad interna de este sector social y sobredimensiona el peso de la situación administrativa migratoria. También se incide en el abordaje «pasivizante» de estas personas menores de edad, ignorando habitualmente la capacidad de agencia que despliegan durante su trayectoria migratoria, tal como indicamos en el primer capítulo de este trabajo. Esta visión fragmentaria de su realidad facilita los discursos estigmatizadores de la infancia migrante y condiciona su inclusión plena en la sociedad acogida.

La exclusión que se deriva de este contexto tiene múltiples manifestaciones, incluso físicas y espaciales. En este sentido nos parecen muy ilustrativas las denuncias que realizan determinadas entidades sociales que trabajan en defensa de los derechos de niñas y niños respecto a la localización geográfica que suelen tener los centros de acogida destinados a la infancia de origen migrante en situación vulnerable. Estos centros residenciales se sitúan mayoritariamente en el extrarradio de las ciudades o incluso directamente fuera de los entornos urbanos. Ello dificulta la interacción y convivencia con el resto de la comunidad y el acceso a recursos sociales, educativos, culturales..., lo que evidentemente no coadyuva a una adecuada transición de estas niñas y niños a la vida adulta e independiente en la sociedad de acogida (Durán y otros 2023, 13).

En la construcción del imaginario identitario de un sector social determinado debemos atender a dos perspectivas. La del resto de la comunidad, a la que nos hemos referido hasta ahora, y la propia de ese grupo, es decir, como las personas que se incardinan en el mismo configuran su propia identidad. Por supuesto, no son compartimentos estancos, sino que estamos ante planos interrelacionados que se influyen y condicionan mutuamente. Por lo expuesto, entendemos necesario concluir este apartado acercándonos someramente al proceso de construcción de su identidad que llevan a cabo la infancia y la juventud de origen

migrante en los países de acogida, que como hemos señalado influye en la percepción del resto la sociedad sobre ellas, y a su vez es un proceso influido por esta percepción.

Mir realiza algunas consideraciones sobre este particular que nos parecen muy pertinentes (Mir 2022). El autor comienza recordando que el punto de partida es que nos encontramos ante una realidad transnacional, ya que estas chicas y chicos construyen su identidad con elementos tanto de su país de origen como de la sociedad de acogida, debido a que iniciaron su socialización en el primero, o incluso si han nacido en el segundo, su entorno familiar le transmite directa o indirectamente parámetros culturales de la sociedad de la que proceden. En este aspecto toma un protagonismo singular el contexto globalizado contemporáneo; por una parte, las herramientas tecnológicas disponibles facilitan el mantener un contacto más intenso y continuado con el país de origen, por otra existe una tensión entre la homogeneización cultural derivada del proceso globalizador y la «reacción identitaria» que ha ido surgiendo frente a la misma, que también está teniendo su incidencia en las segundas generaciones de origen migrante¹²⁴. Otro de los planteamientos que nos parece especialmente certero del trabajo citado es destacar que en la última etapa de la niñez la infancia migrante afronta un doble reto identitario: el cultural y las transformaciones propias de cualquier adolescente en esa etapa vital, lo que añade un plus de dificultad (Mir 2022, 5).

Señala que en el proceso de construcción de la identidad de las personas jóvenes migrantes influyen tanto elementos externos (ámbito público) como internos (ámbito privado) (Mir 2022, 8 y ss.). Entre los externos destaca:

- Racismo. El hecho de ser una persona racializada complica seriamente el proceso, porque esa circunstancia evidencia su origen en todos los contextos donde interactúa, y eso activa de forma «automática y constante» los mecanismos de rechazo alimentados por el racismo y la xenofobia. Ello afecta a la autoestima, aumenta la inseguridad y puede derivar en una construcción de la identidad a la «defensiva».
- Entorno escolar. El estudio realiza una comparación entre jóvenes de origen argentino, chino y marroquí en España. En el espacio escolar es muy diferente la experiencia según el origen; la de chicas y chicos argentinos, en su mayoría no racializados e hispanoparlantes, es en general mucho más positiva que la de chinos y marroquíes, que se debaten entre el escaso nivel de interacción de los primeros y el mayor nivel de situaciones conflictivas de los segundos. También tiene una gran influencia si el joven ha desarrollado una etapa de escolarización significativa en su país de origen o si solo ha estado escolarizado en el país de destino.

124. En este aspecto encontramos una paradójica coincidencia, ya que la «reacción identitaria» también ha sido uno de los vectores de crecimiento de la ultraderecha, que postula una vuelta a la identidad nacional frente al «cosmopolitismo globalizador».

- Actividad en línea/Relaciones entre iguales. La relevancia de la socialización en el entorno digital se ha convertido en crucial en la adolescencia y la juventud. La construcción de la identidad en esta etapa de la vida en contextos migratorios varía si en la interacción en línea se priorizan los contactos con un mismo origen nacional (lo que tendrá distinta incidencia según sean también migrantes o si residen en el país de origen) o los de la cultura mayoritaria en el país de acogida. Lo mismo puede decirse en la interacción «física», aunque desde esa perspectiva varía según la edad en la que la se llegó al país de acogida (mientras más avanzada sea esa edad más habitual es que, al menos inicialmente, el círculo de amistades sea prioritariamente del mismo origen). No se puede desconocer que, como ya hemos expuesto, el espacio online es terreno abonado para la desinformación y el discurso de odio «antimigración», lo que va a condicionar la socialización en este ámbito.

En la dimensión interna pone de relieve los siguientes aspectos:

- Familia. Sin duda será diferente la construcción de la identidad de personas adolescentes de origen migrante cuyas familias mantengan las tradiciones del país de origen y cuyo círculo social sea esencialmente de compatriotas, respecto a las que su contexto familiar tenga una mayor inmersión en la cultura del país de acogida. Y la influencia puede darse porque se haga seguidismo de la tendencia familiar o, por el contrario, como consecuencia de la «rebeldía adolescente» se opte por la opción opuesta.
- Contexto socioeconómico. Es una cuestión transversal que la posición socioeconómica va a condicionar los procesos de socialización. A mayor estatus en este aspecto, más sencillo es que arraigue el sentimiento de pertenencia e inclusión, disminuyendo normalmente de forma proporcional dicho sentimiento conforme vamos descendiendo hacia la precariedad económica. La relación entre situaciones de pobreza y teóricos conflictos culturales está más que acreditada.
- Religión. El factor religioso es un elemento muy relevante en esta dimensión. En el caso de España, especialmente cuando hablamos de la religión musulmana. El hacer de la religión eje central de su identidad, o el rechazo frontal de la misma, determinará en gran medida la construcción de la identidad de la juventud migrante originaria de países de tradición islámica¹²⁵.
- Tiempo de estancia en el país de acogida y características personales. Desde una perspectiva objetiva, a mayor tiempo de presencia en el país de acogida, más relevancia de esta circunstancia en la construcción de la

125. Hay que tener en cuenta que, en las cifras de delitos de odio por racismo o xenofobia en España del Ministerio del Interior a las que hicimos referencia en páginas anteriores, la islamofobia es un vector coadyuvante de primer nivel.

identidad de la juventud de origen migrante. Por último, más allá de estas variables generales, evidentemente la personalidad individual es un factor decisivo en estos procesos.

Por todo lo expuesto, es imprescindible incorporar todas estas consideraciones en el procedimiento de elaboración de las políticas y de los instrumentos jurídicos que afectan a la infancia migrante como titular de derechos en España, si se quiere tener mayores posibilidades de éxito en el objetivo de garantizar un ejercicio material adecuado de los mismos.

3.B) ESTATUTO JURÍDICO DE LA INFANCIA MIGRANTE EN ESPAÑA.

Venimos reiterando a lo largo de estas páginas que en la determinación del estatuto jurídico de la infancia migrante confluyen la minoría de edad y la extranjería/condición de migrante. En el capítulo anterior hicimos referencia al marco normativo español aplicable a niñas y niños desde una perspectiva general, que según aspira el DIDH desde la entrada en vigor de la CDN, debería ser aplicable tanto a las personas menores nacionales como a las extranjeras. Sin embargo, no se puede desconocer que todavía esa es una aspiración a conseguir, por lo que es necesario tener en cuenta el «factor extranjería» en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia migrante.

De esta manera habría que acudir al art. 13.1 CE, que afirma que

Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley

En el primer inciso del precepto parece establecer como punto de partida la igualdad de personas españolas y extranjeras en lo que a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales se refiere. Sin embargo, el reenvío a «los tratados y las leyes» con que concluye el apartado acaba determinando que esta materia es una cuestión de «configuración legal», lo que abre la posibilidad de establecer diferencias entre españoles y extranjeros (y entre estos según su situación administrativa). Tal como adelantamos al inicio de la presente obra, esta opción se ha utilizado con una tendencia restrictiva¹²⁶ en las diferentes versiones de la LOEX, al calor de las políticas migratorias y de control de fronteras, pulsión que ha sido «contenida» por la también citada jurisprudencia del TC respecto a los derechos fundamentales especialmente vinculados con la dignidad hu-

126. Hay que recordar que esa configuración legal no determina ninguna obligación de establecer un nivel de reconocimiento inferior de derechos a las personas extranjeras. De hecho, el propio texto constitucional afirma que el punto de partida debe ser la equiparación de derechos con las nacionales. La tendencia señalada es una pura opción política reversible en cualquier momento.

mana, que en teoría deben ser reconocidos en todo caso en pie de igualdad a personas nacionales y extranjeras (éstas últimas independientemente de su situación administrativa)¹²⁷.

Hemos señalado reiteradamente que esta configuración legal del estatuto jurídico de la extranjería en España comienza por determinar las vías legales de acceso de los flujos migratorios a territorio nacional, ámbito donde la perspectiva restrictiva alcanza su máxima expresión. Como consecuencia de ello, se genera una recurrente bolsa de personas extranjeras en situación irregular¹²⁸ que se sitúan en unas condiciones de extrema vulnerabilidad jurídica, social y económica. Ello obliga a que de forma periódica se tengan que llevar a cabo procesos de regularización administrativa extraordinarios, que en realidad son la prueba de los fallos estructurales del sistema¹²⁹.

Ya analizamos las previsiones constitucionales sobre la aplicabilidad del DIDH en materia de derechos de la infancia y las referencias expresas a esta cuestión que contiene la CE 1978, consideraciones a las que nos remitimos. Añadir en este contexto un par de precisiones que realiza López sobre la regulación constitucional del estatuto jurídico de la infancia migrante en España que nos parecen muy atinadas, En primer lugar, tal como hemos afirmado para las personas extranjeras en general, que ese marco constitucional no impide desarrollar dicho estatuto de una perspectiva «pro derechos» robusta y avanzada, el principal obstáculo reside en la pertinaz voluntad política de incardinar de forma subordinada la regulación de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de niñas y niños migrantes en el ámbito del control migratorio y de fronteras. En segundo lugar, compartimos su apreciación de que la infancia migrante se debe considerar incluida entre los grupos que necesitan la acción del Estado para *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud ...* (art. 9.2 CE) (López 2022, 878 y ss.).

Por lo expuesto, aunque en el DIDH y en nuestro marco constitucional podemos encontrar argumentos jurídicos sólidos para afirmar que en materia de derechos fundamentales la nacionalidad de niñas y niños no debería ser un

127. Pero ni siquiera los derechos fundamentales especialmente vinculados a la dignidad humana, teóricamente blindados por el TC, se han librado de la citada configuración legal restrictiva para las personas migrantes. Ejemplo paradigmático de ello lo encontramos en la libertad ambulatoria; a pesar de la claridad meridiana de lo expuesto por el art. 25.3 CE (prohibición de la privación de libertad administrativa), se ha avalado en reiterada jurisprudencia del TC (SSTC 115/1987 y 236/2007) esta situación para personas migrantes en aplicación del Derecho administrativo sancionador en materia de extranjería en los centros de internamiento de extranjeros (CIE).

128. En su última estimación FUNCAS calculó que en enero de 2025 había unas 840.000 personas extranjeras en situación irregular en España.

https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2026/01/Nota-Coyuntura-Social_Enero-2026.pdf (16/04/2026).

129. Al cierre de este trabajo se aprobó el Real Decreto 316/2026, que modifica el RELOEX en algunos aspectos y por el que el Gobierno de España activa un nuevo proceso de regularización, que se desarrollará entre el 15/04/2026 y el 30/06/2026.

factor relevante, vemos que la realidad político-legal vigente sigue manteniendo a la nacionalidad como frontera última en el ejercicio pleno de esos derechos, incluso cuando de infancia se trata. En el apartado dedicado al DIDH vimos como el art.15 DUDH afirma que ostentar una nacionalidad es un derecho humano y que se establecen instrumentos internacionales para evitar situaciones de apatridia. En su momento indagamos sobre los principios generales en los que se asienta el sistema de nacionalidad es España; nos centraremos ahora brevemente en las situaciones que afectan de una manera más directa a la infancia migrante.

En primer lugar, debemos detenernos en el art. 17.1 CC, en concreto en sus apartados b), c) y d), que en páginas anteriores indicamos que dan entrada al criterio del ius soli en la atribución de la nacionalidad española de origen:

- b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España ...*
- c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.*
- d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español*

En su momento planteamos que la razón de ser del apartado b) responde más al objetivo político de evitar que se consoliden sagas familiares extranjeras en territorio español que al de la garantía de los derechos del menor recién nacido. Sin embargo, con los apartados c) y d) sí que se pretenden evitar casos de apatridia entre niñas y niños nacidos en España (o que se presume que han nacido en España), cumpliendo con ello el Estado español sus obligaciones internacionales como signatario de la Convención ONU sobre el Estatuto de los Apátrida y de la Convención ONU para la reducción de los casos de apatridia¹³⁰.

Siendo de importancia estas situaciones de potencial apatridia originaria de menores nacidos en España, a las que se les puede dar respuesta a través de los citados apartados del art. 17 CC interpretados de forma amplia desde una perspectiva «pro derechos», más común numéricamente hablando es la realidad de los «niños y niñas invisibles», aquellos nacidos durante el periplo migratorio de sus madres y cuyo nacimiento no ha sido inscrito en ningún registro oficial (del país

130. Se está dando una interpretación expansiva de estas previsiones que tratan de evitar la apatridia originaria. Así, la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN), última instancia administrativa en materia de nacionalidad, estableció que se debía aplicar lo dispuesto en el art. 17.1.c) incluso en el caso de que el país de origen de alguno de los progenitores le atribuya una nacionalidad a la persona recién nacida de forma no automática (es decir, exigiendo un acto adicional y posterior al nacimiento para ello), haciendo referencia específica al art. 7 CDN. Ver la Resolución DGRN de 17 de enero de 2009, sobre declaración sobre nacionalidad

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/6873/6757> (16/04/2026).

de origen, de uno de tránsito o del de destino). Estas personas menores de edad no solo tienen en juego la determinación de su nacionalidad, sino su propia existencia jurídica. En este aspecto, Barbero destaca una novedosa resolución judicial de un juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de la localidad cordobesa de Montilla de 15 de octubre de 2021, donde se ordena la inscripción en un registro civil español de una niña de origen camerunés nacida en Argelia que no había sido inscrita en ningún registro de estos dos países. Y ello lo hace porque define la inscripción registral del nacimiento como un derecho humano (ya que conlleva la propia existencia jurídica y con ello la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales) y porque recuerda que los instrumentos internacionales del DIDH ratificados por el Estado español son directamente aplicables en España en aplicación del art. 96.1 CE (Barbero 2026, 99 y ss.).

A pesar de estas herramientas, se siguen produciendo casos de apatridia en nuestro país que afectan a personas menores de edad. La Oficina de Asilo y Refugio (Ministerio del Interior)¹³¹ daba cuenta que durante el año 2024 se presentaron en España 431 solicitudes de reconocimiento del estatuto de apátrida por parte de personas entre 0 y 17 años. Aunque existe un marco jurídico de protección de las personas apátridas (las citadas convenciones ONU, el art. 13.4 CE, al art. 34 LOEX y el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida), hay que tener en cuenta las escasas posibilidades existentes para acceder a este estatuto¹³², y que incluso las resoluciones positivas no dejan de ser un síntoma de un fallo sistémico.

El CC contiene otras previsiones en materia de nacionalidad que afectan a las personas menores extranjeras. Así, el art. 19.1 CC determina que *el extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen*, abriendo la posibilidad en el apdo. 3º del mismo precepto de reconocer la doble nacionalidad si así se desprende del ordenamiento jurídico del país de origen.

Por su parte, el art. 20 CC da la posibilidad de «optar» por la nacionalidad española a las *personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español y a aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España*. La persona menor de edad que se encuentre en estos supuestos podrá realizar por sí misma la declaración de opción en el caso de que sea mayor de 14 años, y si es menor de esa edad y hay discrepancia con su representante legal se podrá reclamar la intervención de un defensor judicial. Este último aspecto se reitera en el caso de la adquisición de la nacionalidad por

131. <https://proteccion-asilo.interior.gob.es/es/datos-e-informacion-estadistica/informacion-estadistica-en-formato-reutilizable/> (16/04/2026).

132. En los últimos años se ha reconocido la condición de apátrida en España casi exclusivamente a las personas originarias del Sáhara Occidental

<https://www.statelessness.eu/updates/blog/las-nubes-que-amenazan-el-soleado-panorama-de-la-apatridia-en-espana> (16/04/2026).

residencia (art. 22.2 CC), para la que se plantean unos plazos reducidos en supuestos que afectan a niñas y niños extranjeros

Bastará el tiempo de residencia de un año para: El que haya nacido en territorio español ... El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, curatela con facultades de representación plena, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud ... El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles. (art. 22 CC)

Para nuestro objeto de estudio tiene un singular interés la vía privilegiada de acceso a la nacionalidad española por residencia que ofrece el art. 22 a aquellas personas que hayan estado bajo la guarda o tutela de un particular o institución española al menos 2 años. Retomaremos el análisis de este aspecto en el siguiente capítulo.

Situándonos ya en el ámbito de la titularidad y ejercicio de derechos específicos de la infancia migrante en España, tenemos que reiterar que desde la CDN en el ámbito del DIDH a la LOPJM en el estatal se establece una vocación de no distinción por nacionalidad o situación migratoria. E igualmente debemos recordar que queda camino por recorrer para que ese objetivo sea una realidad.

Desde una perspectiva más general, y en el marco establecido por la configuración legal de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España que se desprende del art. 13 CE, la ley de referencia es la LOEX, desarrollada por la última versión de su reglamento (Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre —RELOEX—).

El Título Preliminar de la LOEX plantea algunas cuestiones a tener en cuenta. Por ejemplo, que la norma solo se aplica a personas extranjeras que no ostenten la ciudadanía europea (salvo en los supuestos en los que le sea de aplicación el régimen comunitario) art. 1 LOEX. También es interesante que recuerde que las políticas migratorias en general son competencia estatal, sin perjuicio de las competencias autonómicas o locales que pueden incidir sobre esta materia¹³³, y que establezca los principios que deben regir dichas políticas, donde se observa la tensión entre el abordaje de seguridad¹³⁴ frente al «pro derechos»¹³⁵ (art. 2 bis LOEX).

133. Se hace un llamamiento específico a la vigencia del principio de solidaridad constitucionalmente reconocido respecto a los territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia.

134. *La ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo / La lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas / La persecución de la trata de seres humanos.*

135. *La integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; / La igualdad efectiva entre mujeres y hombres ... / La efectividad del principio de no discriminación ...*

Se hace alusión expresa a la promoción de la integración de las personas migrantes como política transversal que debe informar todas las materias e incumbe a todas las administraciones. Para ello se establecen planes periódicos y la implicación de la conferencia sectorial Estado-CCAA sobre inmigración (art. 2 ter LOEX).

El Título 1º LOEX se titula *Derechos y libertades de los extranjeros*, y comienza reiterando lo dispuesto en el art. 13.1 CE, aunque hace un hincapié específico en que *como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles* (art. 3.1 LOEX). Por su parte, el art. 3.2 LOEX, en su primer inciso reproduce el mandato del art. 10.2 para el caso de los derechos fundamentales de las personas extranjeras, mientras que el segundo señala que

... sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios (al DIDH)

A nuestro juicio, esta última afirmación es perfectamente innecesaria, ya que no cabe ninguna interpretación de los tratados internacionales de DIDH suscritos por España que permita esas excepciones religiosas/culturales que estimó el legislador imprescindible prohibir expresamente. Consideramos que nos encontramos ante una manifestación más de ese sesgo discriminatorio consistente en explicitar obligaciones jurídicas generales cuando una norma hace referencia a grupos sociales minoritarios y/o subalternos, mientras que las mismas se dan por sobreentendidas cuando de las capas sociales mayoritarias y/o dominantes se trata.

El resto del título 1º se centra en enumerar las especialidades de la titularidad y ejercicio de determinados derechos respecto a las personas extranjeras, el título 2º detalla el régimen jurídico de éstas en España (entrada y salidas del territorio, las diferentes autorizaciones de residencia...), el título 3º expone el régimen administrativo sancionador de extranjería y el título 4º se refiere a la coordinación entre administraciones. Por razones obvias nos centraremos en los aspectos que afectan en mayor medida a la infancia migrante, salvo la regulación específica de la no acompañada, que trataremos detalladamente en el capítulo que cierra esta obra.

Uno de los preceptos clave es el art. 9 LOEX, referido al derecho a la educación, respecto al que vamos a hacer un acercamiento más detenido, ya que consideramos que puede servir de parámetro para valorar el tratamiento de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia migrante en el sector del ordenamiento jurídico español dedicado a la regulación de los derechos, deberes e integración de la población extranjera en España. Su importancia reside en que, desde la perspectiva general, es uno de los pilares básicos de los derechos de la infancia, ya que sus implicaciones se irradian mucho más allá de los límites estrictos del bien jurídico protegido de este derecho fundamental, ya que es eje esencial del libre desarrollo de la personalidad de niñas y

niños en su tránsito a la vida adulta, y sienta las bases para el adecuado ejercicio de la ciudadanía a lo largo de toda su trayectoria vital. Igualmente es relevante porque ha sido uno de los artículos cuya redacción original ha sido modificada por la jurisprudencia constitucional.

La actual redacción reconoce el derecho a la educación de las personas extranjeras menores de edad, en niveles obligatorios y postobligatorios, independientemente de su situación administrativa. A las mayores de edad sí que se les exige la residencia legal en España para el ejercicio de este derecho. Sin embargo, antes de la STC 236/2007 igualmente la situación administrativa regular era un requisito para menores migrantes en la educación postobligatoria. La citada sentencia del TC declaró inconstitucional esta exigencia, ya que considera que, respecto a las personas menores de edad, independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio, el acceso a la etapa postobligatoria tan solo debe estar sometido a los criterios de mérito y capacidad, como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la educación reconocido por el art. 27 CE, haciendo referencia expresa a diferentes instrumentos del DIDH como parámetros interpretativos de este precepto (STC 236/2007, FJ 8º).

El art. 9 LOEX se cierra con la dispuesto en su apdo. 4º:

Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración

Una vez más nos encontramos con una precisión expresa de obligaciones para personas migrantes que no entendemos necesaria y que alimenta una mirada criminalizadora sobre este grupo social. El contenido de este apartado debería tenerse por incluido implícitamente en el informe genérico de integración social del art. 31.7 LOEX para la renovación de la autorización de residencia temporal, es decir, en el caso de que se ponga de manifiesto durante el procedimiento de renovación que un solicitante no ha cumplido esas obligaciones respecto a niñas o niños a su cargo, esta circunstancia se valorará como un indicio negativo respecto a su integración. La exigencia preventiva del art. 9.4 LOEX pareciera que presume una mayor posibilidad de dejación de responsabilidades en materia educativa de progenitores y tutores de origen migrante, algo que no responde a la realidad mayoritaria de este sector social¹³⁶.

136. De hecho, en este ámbito tan solo se localizaron incidencias no generalizadas a principios del siglo XXI en algunas comunidades romaníes de origen rumano y búlgaro en situaciones de extrema vulnerabilidad (residiendo en asentamientos de infraviviendas en zonas periurbanas aisladas), situaciones que se han ido reconduciendo con el trabajo de los servicios sociales comunitarios. Además de lo residual de estos casos, lo más llamativo es que, en su condición de personas con ciudadanía europea, no le es de aplicación la LOEX.

A nuestro juicio, en lo que respecta al ejercicio del derecho a la educación por parte de la infancia migrante, el verdadero reto reside en garantizar la adecuada integración del alumnado de origen migrante. Como hemos señalado, los arts. 2 bis y ter LOEX determinan que la integración de las personas extranjeras en España debe ser un principio que informe de forma transversal todas las políticas públicas, incluidas las que afectan al derecho a la educación, por supuesto.

Para confirmar que ese mandato se incorpora correctamente al desarrollo normativo del derecho a la educación, hay que acudir a la norma de referencia en esta materia, que es la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE)¹³⁷. En primer lugar, llama la atención las escasas referencias expresas que hace la ley al alumnado «inmigrante» o «extranjero». De esta manera, el art. 69.4 LOE afirma que

... corresponde a las Administraciones educativas promover programas específicos de aprendizaje de la lengua castellana y ... lenguas cooficiales ... así como de elementos básicos de la cultura para facilitar la integración de las personas inmigrantes

Por su parte, la Disposición adicional 19ª LOE, respecto al alumnado extranjero señala

Lo establecido en esta Ley en relación con la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio será aplicable al alumnado extranjero en los términos establecidos en la LOEX

Ello puede tener una doble lectura. Una positiva, en el sentido de que, siguiendo lo establecido por el DIDH, la LOPJM y el art. 9 LOEX, se considera que no se puede hacer distinciones entre alumnado español y extranjero, y las necesidades específicas del segundo quedarían cubiertas dentro de las medidas generales de atención a la diversidad que incluye la LOE. La negativa sería que esa ausencia de un tratamiento expreso del alumnado de origen migrante representaría un incumplimiento del mandato de la integración de la población extranjera como principio transversal que deben informar todas las políticas.

Las medidas de integración de niñas y niños migrantes en el sistema educativo español deben entenderse dentro las políticas de atención a la diversidad y de educación inclusiva. Entre los principios generales del sistema educativo hay varias referencias a la diversidad (art. 1 LOE). La educación inclusiva se considera como un *principio fundamental* de la educación básica (art. 4 LOE) y como herramienta básica para la equidad y compensación de las desigualdades en la educación (art. 80 LOE). Desde el preámbulo afirma la necesidad de la atención a la diversidad como principio fundamental en la enseñanza obligatoria, en la secundaria (art. 22 LOE) y en la formación profesional (art. 39 LOE).

137. En la redacción dada por la reforma operada por la LO 3/2020, de 29 de diciembre.

Sin embargo, si se analizan los datos sobre la situación del alumnado de origen migrante en comparación con el de nacionalidad española, se puede dudar si esa incardinación en las medidas generales de atención a la diversidad es la mejor estrategia.

Hay que tener en cuenta la creciente presencia de alumnado extranjero en España. Según datos del Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deporte¹³⁸, alcanzó la cifra de 1.125.860 en las enseñanzas no universitarias en el curso 2024/2025. Esto supone el 12,9% del total de matriculados a nivel estatal, aunque se pueden observar diferencias sensibles entre CCAA, ya que se oscila entre el 3,6% de Ceuta y el 19% de Baleares, lo que evidentemente va a suponer diferentes retos según el peso porcentual en cada territorio. Pero no solo es relevante el número global de alumnado extranjero en cada CA, ya que el origen de ese alumnado tiene una importancia significativa desde la perspectiva de la integración. A nivel estatal, el 38,4% proviene de América del Sur y Central, el 28,4% de Europa y el 22,9% de África, en consonancia con el peso de cada una de estas comunidades en el total de la población extranjera en España.

Si hacemos un análisis por territorios, lo anterior se manifiesta con gran claridad. Por ejemplo, la distribución por origen de alumnas y alumnos extranjeros en Baleares, CA con mayor porcentaje de este tipo de alumnado, es la siguiente: 41% europeo, 32% latinoamericano, 19% africano. En el otro extremo nos encontramos con Ceuta, siendo ésta la radiografía de su alumnado extranjero: 87% africano, 5% latinoamericano y 4% europeo. Por perfil socioeconómico y diversidad cultural e idiomática, el alumnado de un origen va a necesitar una mayor atención que otro, lo que matiza la relevancia del peso porcentual¹³⁹. A esto se suma que no va a suponer el mismo esfuerzo afrontar la diversidad de su alumnado en el territorio de España con la 2ª tasa de riesgo de pobreza más alta (Ceuta 40,1%) que en la CA con el 2º mejor dato en esta variable (Baleares 15,7%)¹⁴⁰.

Otra aspecto a tener en cuenta es la concentración del alumnado de origen extranjero en los centros de titularidad pública en comparación con los centros privados (75%-25%). Aunque en ello influye por supuesto el mayor tamaño de la red pública, la proporción en centros públicos es superior que en los privados (14%-10%)¹⁴¹. Entendemos que esta circunstancia, entre otras, influye en que los

138. <https://estadisticas.educacion.gob.es/EducaDynPx/educabase/index.htm?type=pcaxis&path=/no-universitaria/alumnado/matriculado/2024-2025-da/comunidad/extranjeros&file=pcaxis&l=s0> (16/04/2026).

139. <https://estadisticas.educacion.gob.es/EducaDynPx/educabase/index.htm?type=pcaxis&path=/no-universitaria/alumnado/matriculado/2024-2025-da/comunidad/extranjeros&file=pcaxis&l=s0> (16/04/2026).

140. Datos INE. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=29288> (16/04/2026).

141. Ya en 2016 el Comité ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus «Observaciones finales sobre los informes periódicos 21º a 23º de España» (2016) expresó su preocupación por la persistencia en nuestro país del fenómeno de las «escuelas gueto» *que concentran un alto número de niños migrantes y gitanos* (pár. 31).

<https://docs.un.org/es/CERD/C/ESP/CO/21-23> (16/04/2026).

resultados académicos del alumnado de origen migrante sean sensiblemente inferiores en comparación con el de nacionalidad española. Ello se demuestra en la diferencia del peso de alumnas y alumnos de origen migrante en las primeras etapas educativas respecto a las postobligatorias. Si en la etapa infantil representan el 11,1%, en la primaria el 15,5% y en la ESO el 13,9%, su presencia se desploma en FP de grado superior 8,7%, en bachillerato 7,8% o en el nivel universitario 4,8%¹⁴². Sin embargo, están sobrerrepresentados en la alternativa postobligatoria de menor nivel académico (FP Básica 18,4%)¹⁴³. Algunos estudios certifican una significativa mayor incidencia del abandono educativo temprano entre el alumnado de origen migrante que entre el que tiene nacionalidad española (35,7%-14,7%) (ACCEM 2020, 107)¹⁴⁴.

Estas circunstancias han sido puestas de relieve por algunos de los organismos garantes de los principales instrumentos de DIDH. Así el Comité CDN en sus «Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España» (2018)¹⁴⁵, afirmó que

... preocupa la elevada proporción de personas que abandonan prematuramente la educación y la formación y el hecho de que casi una quinta parte del total de los alumnos de la escuela secundaria, particularmente los niños inmigrantes, las niñas romaníes y los niños en situación de pobreza, no lleguen a obtener el diploma de la enseñanza obligatoria ... (par. 39).

Por su parte la Comisión Europea contra el Racismo y la intolerancia —ECRI— (Consejo de Europa) ha definido el acceso a la educación de la infancia migrante como *el principal punto débil de las políticas de integración españolas*¹⁴⁶.

Compartimos la opinión de Rey respecto a que las necesidades concretas del alumnado de origen migrante no son abordadas realmente como un desafío específico del sistema educativo español, sino que, como hemos visto, su tratamiento se diluye en las políticas genéricas de atención a la diversidad. Es urgente atender la doble dimensión del reto del adecuado ejercicio del derecho de la educación de niñas y niños extranjeros en España; la individual (para evitar el

142. <https://www.funcas.es/prensa/el-porcentaje-de-estudiantes-universitarios-internacionales-en-espana-muy-lejos-de-la-media-europea/> (16/04/2026).

143. <https://estadisticas.educacion.gob.es/EducaDynPx/educabase/index.htm?type=pcaxis&path=no-universitaria/alumnado/matriculado/2024-2025-da/comunidad/extranjeros&file=pcaxis&l=s0> (16/04/2026).

144. Se entiende por abandono educativo temprano de la educación y formación la situación en la que se encuentran jóvenes de entre 18 y 24 años que no han conseguido el título de ESO, o si lo tienen, no han continuado con ninguna formación postobligatoria <https://www.ine.es/DEFIne/concepto.htm?c=5742> (16/04/2026).

145. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/ESP/CO/5-6&Lang=Sp (16/04/2026).

146. Informe de la ECRI sobre España. 5º ciclo de supervisión (2018). Párrafo 72.

<https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56cb> (16/04/2026).

fracaso escolar y abandono temprano de cada uno de ellos) y el colectivo (con el objetivo de erradicar las situaciones discriminatorias sistémicas en este ámbito, como son los citados «centros educativos guetos») con políticas adaptadas a la realidad de la infancia migrante. Acierta este autor al poner de relieve como uno de los obstáculos que se están encontrando los poderes públicos a la hora de diseñar estrategias que mejoren la inclusión efectiva del alumnado extranjero en el sistema educativo español reside, paradójicamente, en el celo protector de otro derecho fundamental, como es la protección de datos de carácter personal. Por ejemplo, si se quiere prevenir la creación de «escuelas gueto» va a ser necesario tratar información referida al origen racial/étnico del alumnado, sin embargo, la utilización de este tipo de datos esta extremadamente restringida tanto por el Reglamento UE general de protección de datos (art. 9 Reglamento UE 2016/679 —RGPD—) como por la Ley Orgánica de protección de datos y garantía de los derechos digitales (art. 9 LO 3/2018 —LOPDGDD—), dado el riesgo de la utilización con fines discriminatorios de los mismos (Rey 2022, 2 y ss.).

No desconocemos la dificultad de encontrar un equilibrio razonable entre ambos derechos fundamentales (derecho a la educación y a la protección de datos de carácter personal) para prevenir la discriminación de niñas y niños migrantes. Un excesivo celo en la protección de datos sensibles del alumnado de origen migrante puede hacer imposible el diseño de políticas que atiendan de forma adecuada sus necesidades en el ámbito educativo (y que ello tenga efectos discriminatorios), y una gran laxitud puede facilitar su perfilado étnico-racial con objetivos que nada tengan que ver con su inclusión escolar. Sin embargo, el que encontrar ese equilibrio sea un objetivo complejo no justifica la inacción, ya que como hemos señalado esa falta de políticas específicas igualmente lleva aparejadas consecuencias discriminatorias para la infancia migrante en el ámbito educativo.

No siendo una cuestión que incida directamente en el objeto de estudio de este trabajo, tan solo indicar que tanto la LOEX (art. 33) como el RELOEX (arts. 34 y ss. / arts. 52 y ss.) regulan los procedimientos y los requisitos necesarios para la obtención de visados y autorizaciones de estancia para la realización de estudios en España por parte de personas extranjeras, que en ocasiones son menores de edad. También se prevé el desplazamiento temporal de menores mayores de 12 años con fines de escolarización en el contexto de un programa humanitario (art. 164 RELOEX).

Ya adelantamos que el art. 10.3 LOPJM reconoce expresamente que las personas menores extranjeras *que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles*. Tras haber analizado lo concerniente al derecho de educación, haremos una breve referencia a los derechos a la asistencia sanitaria y al acceso a los servicios sociales. Hay que poner de relieve que el art. 10.3 LOPJM menciona a niñas y niños extranjeros que *se encuentren* en territorio español, y no que «residan», de lo que se desprende que su contenido es aplicable independientemente de la situación administrativa de la persona menor de edad extranjera de que se trate. Hay que poner en relación este precepto con lo dispuesto en la LOEX para las personas migrantes en general.

Así, el art. 12 LOEX señala que *los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*. En lo que respecta a este derecho, la equiparación de la infancia migrante con las personas nacionales españolas se ha mantenido constante incluso cuando se llevó a cabo una restricción del mismo para las personas extranjeras en situación irregular mayores de edad en el contexto de la crisis social y económica que se inició en el año 2008.

Hay que tener en cuenta que el «derecho a la protección de la salud» no tiene rango de fundamental en la CE (se incardina en el art. 43, dentro de los principios rectores de la política social y económica), y el propio texto constitucional confía al desarrollo normativo ordinario la determinación efectiva del alcance real del parco reconocimiento que realiza. Esa misma estrategia sigue el art. 12 LOEX respecto a las personas extranjeras. Por lo tanto, hay que acudir a la norma de referencia en la materia, que es la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Aunque la redacción inicial del texto incluía dentro de la cobertura sanitaria general a las personas extranjeras que se encontraran en España con independencia de su estatus migratorio, esa situación fue revertida por el RDL 16/2012, que en el contexto de los recortes sociales vinculados a la citada situación de crisis global que se inició a finales de la primera década del presente siglo, introdujo en la Ley 16/2003 un art. 3 ter con el siguiente tenor literal

Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.

En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles

De esta manera, se redujo drásticamente la atención sanitaria para las personas migrantes que se encontraran en situación irregular, pero con una excepción: niñas y niños extranjeros, que mantenían una cobertura sanitaria al mismo nivel que las personas nacionales españolas. Este retroceso general en el derecho de acceso a la atención sanitaria fue dejado sin efecto por el RDL 7/2018, que modifica el precepto reconociendo explícitamente que

Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española ...

El nuevo art. 3 ter Ley 16/2003 ya no contiene una mención expresa a la infancia migrante, debido a que su equiparación no es una excepción respecto a la población migrante general en nuestro país. A los efectos que nos interesan

en estas páginas, es destacable que en esta materia se puede certificar que el principio del interés superior de la persona menor de edad ha sido respetado incluso en un momento especialmente difícil por la fuerte tendencia regresiva de derechos que se imponía, permitiendo hacer prevalecer la condición de menor sobre la de migrante a pesar de ello.

Sin embargo, en lo que atañe al acceso a los servicios sociales de la infancia migrante, en concreto a la que se encuentra en situación de irregularidad administrativa, el escenario es diferente. Es un derecho que, como la protección a la salud, la CE 1978 reconoce en el capítulo de los principios rectores de la política social y económica (art. 41). Por ello, su implementación práctica va a depender esencialmente de su desarrollo normativo, que en el caso de las personas migrantes se suma a la ya citada configuración legal específica prevista en el art. 13.1 CE. Por ello debemos acudir al art. 14 LOEX, que dispone:

- 1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.*
- 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.*
- 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.*

De esta manera, vemos que la LOEX distingue entre personas extranjeras con residencia legal en España y las que están en situación irregular. A las primeras les reconoce el acceso a prestaciones de la Seguridad Social y sociales en general en pie de igualdad con las personas españolas, mientras que a las que estén en situación irregular solo se les reconocen las «prestaciones sociales básicas»¹⁴⁷. A diferencia de la educación o de la asistencia sanitaria, el art. 10.3 LOPJM hace una precisión relevante en materia de servicios sociales para las personas extranjeras menores de edad, ya que cuando las equipara a niñas y niños españoles lo hace exclusivamente respecto a las «prestaciones sociales básicas», por lo que, a sentido contrario, y en una interpretación conjunta con el art. 14 LOEX, se deduce que se podrá establecer un tratamiento diferenciado entre niñas y niños migrantes según su situación administrativa en el acceso a los recursos sociales que no sean «básicos».

147. Un ejemplo de esta situación lo podemos encontrar en una de las principales prestaciones que se han incorporado al catálogo de recursos sociales en los últimos tiempos, el «ingreso mínimo vital» (IMV). El IMV fue aprobado por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, cuyo art. 10.1 a) exige *tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud*.

Como bien puntualiza Triguero, hay que tener en cuenta que el grueso de las competencias en materia social está en manos de las CCAA, por lo que una gran parte de los requisitos de acceso concretos a las prestaciones sociales están fijados en la normativa autonómica. No es infrecuente que en este nivel normativo se incorporen determinadas exigencias burocrático-administrativas que en muchas ocasiones suponen un obstáculo prácticamente insalvable de acceso a prestaciones sociales, incluso a las que tienen legalmente reconocidas¹⁴⁸ (Triguero 2022, 11).

A caballo entre la educación, la promoción de la salud y la integración social se encuentra la práctica del deporte de las personas menores de edad, las de origen migrante incluidas. La Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, tiene como fin principal el fomento de la actividad deportiva en la sociedad de forma transversal, al servicio de los objetivos educativos, sanitarios y de inclusión señalados. La infancia migrante se podría considerar como un grupo social prioritario en este contexto. Sin embargo, la Ley 39/2022 hace alusión en varias ocasiones a la necesidad de la residencia legal de las personas extranjeras (menores incluidas) para que le sean aplicables las previsiones de esta norma (arts. 9, 48.3 y 49.5), lo que unido a la llamada específica que realiza su art. 7.1 para prevenir la trata de menores en el ámbito del deporte, está provocando que de forma reiterada las federaciones deportivas nieguen las correspondientes licencias a niñas y niños migrantes en situación irregular. No faltan las voces que denuncian la posible inconstitucionalidad de la exigencia de la regularidad administrativa para la práctica deportiva federada de las personas menores extranjeras por las consecuencias discriminatorias que está generando (Ceriani 2023, 35).

Por último, es necesario hacer referencia a una cuestión que afecta directamente al derecho de la infancia migrante a tener una vida familiar adecuada. Nos referimos a las vías de reagrupación familiar previstas en la LOEX (arts. 16 y ss.) y en el RELOEX (arts. 65 y ss.). La LOEX, en la línea de lo expuesto en el apartado que hemos dedicado al DIDH, incardina la reagrupación familiar en contextos migratorios bajo el paraguas del derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16 LOEX), del que son titulares sin duda las personas menores extranjeras. En este último aspecto hay que destacar que LOPJM, LOEX

148. A modo de ejemplo cabe señalar la situación de las familias extranjeras en situación irregular en el acceso al primer ciclo de educación infantil (0-3 años) hace algunos cursos en Andalucía, servicio cuya gratuidad todavía no se ha universalizado totalmente. Hijas e hijos de estas familias en esa franja de edad tenían reconocido el acceso a este recurso socioeducativo, e incluso a la bonificación de los precios públicos del mismo si cumplían con los parámetros económicos para ello. Sin embargo, para ser baremados todos los aspectos de sus solicitudes, los relacionados con la citada bonificación incluidos, le exigían un número de identificación fiscal del que carecían por su situación de irregularidad, lo que a efectos prácticos les acababa haciendo imposible el acceso a las plazas de educación infantil públicas y concertadas. Estas circunstancias fueron documentadas por un informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) y Alianza por la Solidaridad en diciembre de 2020:

<https://www.apdha.org/wp-content/uploads/2020/12/informe-escuelas-infantiles-def.pdf> (16/04/2026).

o RELOEX no hacen mención específica a la titularidad de la infancia migrante de este derecho, pero según lo dispuesto por los arts. 10.2, 39.4 y 96.1 CE, así como por el art. 3 LOPJM, lo previsto en los arts. 9 y 10 CDN en esta materia también les será de aplicación a las niñas y niños extranjeros en España¹⁴⁹.

Las personas que pueden activar la reagrupación deben ser mayores de edad y tener residencia legal, y las personas reagrupables serán sus familiares más directos: esencialmente hijos e hijas menores de edad o con discapacidad, cónyuge (o persona con relación análoga), ascendientes de primer grado mayores de 65 años que dependan del reagrupante y las personas que estén bajo su tutela (art. 17 LOEX). El art. 17.5 LOEX deriva al RELOEX la determinación de los requisitos concretos para que las solicitudes de reagrupación puedan ser aceptadas, y son esos requisitos los que en la práctica dificultan que el derecho a la vida familiar que pretende proteger la reagrupación en situaciones migratorias se pueda ejercitar de forma adecuada. Dichos requisitos se establecen en el art. 67 RELOEX, y los que suelen generar más dificultades son la acreditación de *recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia* y el de *disponer de vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia*.

El primer requisito sí cuenta con unos parámetros objetivos para su determinación; se tiene que acreditar el 150% del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para una unidad familiar de 2 personas y un 50% del IPREM más por cada miembro de la familia adicional¹⁵⁰. Se puede rebajar algo esta exigencia económica cuando el familiar a reagrupar sea hijo o persona bajo su tutela menor de edad, en cuyo caso se exige el 110% del IMV, con un incremento del 10% por cada menor de edad adicional¹⁵¹. El art. 67 RELOEX justifica esta rebaja de la siguiente manera:

... cuando concurran circunstancias acreditadas que aconsejen dicha minoración de acuerdo con el principio del interés superior del menor, según ... la (LOPJM). Se atenderá a las circunstancias del caso concreto, valorando la edad, desarrollo físico y emocional del familiar reagrupado, la relación con su reagrupante, y el número de miembros de la unidad familiar, haciendo una interpretación favorable a la vida familiar ...

149. En este ámbito es destacable que ni la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, ni la LOEX ni el RELOEX hayan recogido la citada previsión realizada por el art. 10.3 Directiva 2003/86/CE sobre la posibilidad de las personas menores extranjeras no acompañadas que ostenten la condición de refugiada de solicitar la reagrupación familiar de sus progenitores o tutores.

150. Actualmente el IPREM está cifrado en 7.200 euros anuales.

<https://www.sepe.es/HomeSepe/es/prestaciones-desempleo/Cuantias-anuales.html> (16/04/2026).

151. Para el año 2026 esta cuantía está fijada en 733,60 euros mensuales.

<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/65850d68-8d06-4645-bde7-05374ee42ac7> (16/04/2026).

Nos parece un paso positivo que se haya introducido esta limitación de la exigencia económica cuando sea una persona menor de edad la reagrupada, y que ello se haga con fundamento en la primacía del interés superior del menor y de una interpretación «pro derechos», en este caso del derecho a la vida en familia. Sin embargo, no hay que olvidar que no será de aplicación la minoración de forma automática en todos los casos que afecten a niñas y niños, sino que deben concurrir *circunstancias acreditadas que lo aconsejen*. A pesar de que puedan parecer unas exigencias económicas contenidas, teniendo en cuenta, tal como expusimos en páginas anteriores, las altas tasas de riesgo de pobreza y la precariedad laboral que afectan de forma acusada a las personas de origen migrante en España, no es tarea sencilla para muchas de estas familias poder probar este nivel de ingresos.

Tampoco es fácil cumplir el requisito de disponer de una «vivienda adecuada» por distintas circunstancias. En primer lugar, porque el acceso a una vivienda digna se ha convertido en uno de los principales problemas sociales, políticos, económicos y jurídicos en nuestro país que afecta transversalmente a la mayoría de la población. En este contexto general, el ejercicio del derecho a la vivienda de los colectivos más vulnerables se convierte en una quimera, con una especial incidencia entre las personas de origen migrante. En este sector social confluyen las señaladas mayores tasas de riesgo de pobreza en comparación con la población autóctona, la singular discriminación que sufren en el mercado libre de vivienda¹⁵² y las restricciones legales de acceso a los ya de por sí limitados recursos públicos existentes en esta materia. En este último aspecto es ilustrativo el art. 13 LOEX, que solo reconoce la igualdad plena con las personas de nacionalidad española en el acceso *a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda a los extranjeros residentes de larga duración*.

A lo anterior se une que, salvo la remisión que realiza el art. 67 RELOEX a la genérica definición de «vivienda digna y adecuada» contenida en el art.3 c) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda¹⁵³, la determina-

152. Son múltiples los informes y estudios de instituciones públicas y de organizaciones de la sociedad civil que acreditan los altos grados de exclusión residencial que afectan a la población de origen migrante en España. Como muestra podemos citar el realizado por la APDHA en 2023 con trabajo de campo en la ciudad de Córdoba, en el que participé como coordinador de la investigación («Discriminación hacia la población migrante y a las minorías étnicas en el acceso al alquiler residencial en Córdoba»).

https://www.apdha.org/wp-content/uploads/2023/05/INFORME_DISCRIMINACIONALQUILERRRESIDENCIALCORDOBA.pdf?fbclid=IwY2xjawQFJZlleHRuA2FlbQIxMABicmlkETBQaTIweGdlR3htR3A4SEdic3JOYwZhchBfaWQQMjlyMDM5MTc4ODIwMDg5MgABHrqgB1GvibDDsJ990cs8ehzb3BLNuE1udbjZRausCOonSTRMjtQlqPEsh0A9_aem_1itgMehok4K17ZxxT0dIcQ (16/04/2026).

153. *La vivienda que, por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas.*

ción del cumplimiento de ese requisito dependerá de un informe emitido por los servicios sociales autonómicos o locales, lo que introduce un grado de discrecionalidad subjetiva no menor.

Por lo expuesto, no es precisamente un camino libre de obstáculos el ejercicio del derecho a la vida familiar de la infancia migrante a través de la reagrupación familiar tal y como está actualmente regulada en la LOEX y en el RELOEX.

Con estas reflexiones cerramos el análisis del estatuto jurídico de la infancia migrante desde una perspectiva general. No se han tratado algunas instituciones relevantes del mismo en el presente apartado, ya que hemos considerado más adecuado reservar su análisis al siguiente capítulo, dedicado a la realidad específica de niñas y niños que realizan su periplo migratorio sin la compañía de una persona adulta de referencia, debido a que es en ese contexto donde mejor se aprecian los desafíos y carencias estructurales de esas instituciones.

4. PERSONAS MENORES DE EDAD QUE MIGRAN SOLAS, ¿CIUDADANÍA VULNERABLE A PROTEGER O MIGRANTES IRREGULARES PELIGROSOS A CONTROLAR?

4.A) INFANCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA: PARADIGMA DE LA «REALIDAD CONSTRUIDA CRIMINALIZADORA» DE LAS MIGRACIONES EN ESPAÑA.

Una de las primeras referencias al concepto de «menor extranjero no acompañado» la encontramos en la Resolución del Consejo UE de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros¹⁵⁴, que los define en su art. 1.1 como

... los 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.

¹⁵⁴. Resolución 97/C 221/03.

Esta definición se ha consolidado, y ulteriores previsiones del ámbito del DIDH¹⁵⁵ o del ámbito estatal han reproducido sus elementos principales¹⁵⁶. Como hemos visto hasta ahora, y reiteraremos en el siguiente apartado, la infancia migrante no acompañada es uno de los sectores sociales que afronta más amenazas para el adecuado reconocimiento de la titularidad de sus derechos fundamentales y el ejercicio pacífico de los mismos. Son recurrentes las llamadas de atención sobre esta realidad que realizan los organismos garantes de los principales instrumentos de DIDH cuando realizan informes específicos sobre España. A modo de ejemplo podemos destacar la referidas «Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España» del Comité CDN¹⁵⁷, que en relación con los «niños no acompañados», entre otras cuestiones, destaca su preocupación por

la utilización de métodos intrusivos de determinación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parecen ser auténticos... a) Los niños no acompañados que quedan excluidos del sistema de protección de la infancia como consecuencia de un procedimiento de determinación de la edad y que por ello pueden acabar siendo víctimas de la trata; b) Unos niveles de protección de los niños no acompañados insuficientes y desiguales en las distintas comunidades autónomas ... casos de falta de asistencia jurídica o de retraso en su prestación o de suministro de información insuficiente a los niños; c) Los niveles elevados de violencia, el carácter deficiente del trato y la protección que ofrecen los profesionales en los centros de recepción para niños, incluso las denuncias de prostitución de niñas y el acceso insuficiente a la educación ordinaria y a actividades de esparcimiento...; d) La práctica de la devolución automática de los niños que buscan protección internacional en ... Ceuta y Melilla, sin las garantías necesarias ...

Por su parte, el Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos acerca de su visita a España (2020)¹⁵⁸, destaca que:

Las niñas y niños no acompañados, población vulnerable que ha sido demonizada recientemente en el debate político, se encuentran en una

155. La ya citada Observación General n.º 6 del Comité CDN 2005 «Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen», que se refiere a ellos como ... *menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad* (apdo. 7).

156. El art. 165 RELOEX hace referencia a el ... *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.*

157. CRC/C/ESP/CO/5-6.

158. A/HRC/44/40/Add.2.

situación extremadamente preocupante ... España sigue utilizando procedimientos desacreditados y poco fiables para determinar la edad de las personas menores no acompañadas, en particular exámenes genitales invasivos y humillantes. El no reconocimiento de la condición de menor puede cerrar el acceso a las ayudas o a los albergues para adultos o menores, creando un vacío que puede empujar a las niñas y niños a la pobreza y exponerlos a la trata, el trabajo sexual, los abusos sexuales, la farmacodependencia o incluso la desaparición (apdo. 73).

Junto a las críticas a diferentes aspectos del marco normativo y administrativo aplicable a la infancia migrante no acompañada en España, a las que haremos alusión en las próximas líneas, es necesario detenerse un momento en la denuncia que realiza el Relator sobre la criminalización sociopolítica que han sufrido estas niñas y niños en los últimos años. En particular, desde la consolidación en el escenario partidista español de la formación de derecha populista VOX, el acoso constante a todos los niveles de las personas menores extranjeras no acompañadas ha tenido un marcado protagonismo en la estrategia de este partido. Hasta tal punto ha calado en determinadas capas sociales la intensa labor de desinformación y de promoción del discurso de odio sobre este colectivo, que el acrónimo utilizado para denominarlo «MENA» directamente se ha convertido en un término con connotaciones negativas vinculadas a la criminalidad y a supuestos abusos de los recursos sociales.

En esta línea, en páginas anteriores ya destacamos que en el programa electoral de VOX para las elecciones generales de 2023 se proponía cerrar *los centros de MENA que crean inseguridad en nuestras calles*¹⁵⁹. Y esa circunstancia no representó una novedad, ya que, en uno de los debates electorales de las elecciones generales de 2019, Santiago Abascal, candidato a la presidencia de VOX, relacionó la inseguridad en el madrileño barrio de Hortaleza con un centro de acogida para infancia migrante no acompañada situado en esa zona de la capital. A las pocas semanas el centro fue atacado con una granada de mano, que afortunadamente no llegó a estallar¹⁶⁰. Y aún podemos encontrar un ejemplo más, cuando en el marco de las elecciones autonómicas de la Comunidad de Madrid la formación ultraderechista utilizó un cartel electoral donde, con datos falsos e imágenes manipuladas, acusaba a estas niñas y niños de ser una sobrecarga para los recursos sociales del Estado en detrimento de otros colectivos vulnerables de la sociedad española, como pueden ser las

159. A pesar de que, tal como certificamos en el capítulo anterior, las cifras oficiales sobre delincuencia juvenil no avalan esa supuesta mayor peligrosidad de la infancia migrante en general y de la no acompañada en particular.

<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25721> (17/04/2026).

160. <https://www.elmundo.es/madrid/2019/12/04/5de7a18dfc6c83f9298b45d7.html> (17/04/2026).

personas mayores que cobran una pensión no contributiva¹⁶¹. Esa publicidad electoral fue impugnada judicialmente por otro de los partidos que concurría a dichas elecciones (el Partido Socialista Obrero Español —PSOE—), que solicitó que cautelarmente se retirara de las calles de la Comunidad de Madrid esa cartelería, tanto por contener información objetivamente falsa como por tener un claro potencial discriminatorio.

El recurso del PSOE no fue admitido en primera instancia, por lo que interpusieron el correspondiente recurso de apelación (939/2021) ante la Audiencia Provincial de Madrid, que lo desestimó mediante el Auto n.º 631/2021, de 1 de julio. A los efectos que nos ocupan, de esta resolución lo que nos parece especialmente significativo es como la perspectiva estereotipada negativa sobre la infancia migrante no acompañada impregna algunas instancias del Poder Judicial, tal como se desprende del tenor literal del fundamento jurídico 4º del auto:

... dichos jóvenes que con independencia de si las cifras que se ofrecen son o no veraces, representan un evidente problema social y político, incluso con consecuencias o efectos en nuestras relaciones internacionales, como resulta notorio ...

Para empezar, la AP se refiere a las personas menores de edad no acompañadas que están en centros de protección como «jóvenes», siguiendo la reiterada tendencia de separarles terminológicamente de la niñez como etapa vital en la que se impone una especial protección. Continúa con una expresión de especial gravedad a nuestro juicio, ya que resta importancia al hecho de que en la propaganda electoral se utilice la desinformación (*con independencia de si las cifras que se ofrecen son o no veraces*), incluso cuando con ello se pueda incurrir en situaciones discriminatorias. Y como colofón, los magistrados que firman el auto, desde una valoración puramente subjetiva sin asidero jurídico alguno, afirman que la infancia migrante no acompañada es un *evidente problema social y político ... como resulta notorio*.

Consideramos que una resolución judicial de este tenor es un fiel reflejo de la transversalidad que ha alcanzado la criminalización de este grupo social. Máxime si se tiene en cuenta que la misma proviene de un tribunal de 2ª instancia, es decir, de un órgano jurisdiccional colegiado entre cuyas principales funciones está corregir los posibles excesos que se puedan cometer por algún excéntrico miembro de la judicatura desde la soledad de su juzgado de 1ª instancia.

Otro de los «éxitos» de este proceso de estereotipación de niñas y niños que migran solos es, bajo el acrónimo «MENA», presentarlos como un colectivo homogéneo y uniforme, cuando en realidad es un grupo heterogéneo y diverso. Como veremos a continuación, las cifras oficiales dibujan un perfil de la infancia migrante no acompañada más complejo en cuanto origen, características perso-

161. [https://maldita.es/malditobulo/20210420/cartel-menas-4700-euros-gasto-menores-Madrid-vox/\(17/04/2026\)](https://maldita.es/malditobulo/20210420/cartel-menas-4700-euros-gasto-menores-Madrid-vox/(17/04/2026)).

nales, motivaciones del proyecto migratorio personal... que el dominante en un imaginario colectivo alimentado por la desinformación (Jiménez 2019, 175-176). De la Memoria anual 2025 de la Fiscalía General del Estado se desprenden algunas cifras reveladoras en este sentido¹⁶².

El primer dato que desmonta uno de los pilares de la criminalización de la infancia migrante no acompañada es su número total. Ante las voces alarmistas que dibujan escenarios de una presencia masiva de estas niñas y niños en España, vemos que es una realidad cuantitativa ciertamente residual, sea cual sea el parámetro comparativo que utilicemos. Según la memoria, a 31/12/2024 estaban inscritas en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados 16.041 personas. Tomando como referencia las cifras de población a 01/01/2025 del INE a la que hicimos referencia en el capítulo anterior¹⁶³, vemos que la infancia migrante no acompañada representa el 0,03% del total de las personas que viven en España, el 0,2% del total de la población infantil, el 0,23% del total de las personas extranjeras y el 1,45% del total de niñas y niños con nacionalidad extranjera. Entendemos que la garantía del ejercicio adecuado de los derechos de un número tan reducido de personas no debería representar un desafío especialmente disruptivo para la 12ª economía global que lidera las tasas de crecimiento del PIB de los países más avanzados económicamente en los últimos años¹⁶⁴. Como veremos más adelante, tan solo se podría calificar razonablemente como reto el establecer mecanismos rápidos y ágiles para la primera acogida y derivación al lugar donde vayan a ser atendidos de forma estable en los años en los que se producen repuntes en el número de llegadas de estas niñas y niños¹⁶⁵, y no tanto porque sea un número global muy elevado, sino porque las mismas se concentran en unas CCAA determinadas (Andalucía, Canarias, Ceuta y Melilla, principalmente).

Otro de los aspectos «uniformizadores» del perfil «construido» de la infancia migrante no acompañada en nuestro país es la percepción de que la práctica totalidad es magrebí. Siendo efectivamente Marruecos y Argelia dos de los países de origen más destacados (4393 y 1449 en 2024 respectivamente), vemos que ambas nacionalidades representan tan solo el 36,4% del total. Por lo tanto, casi 2/3 de estas niñas y niños provienen de otros lugares (Senegal —2379—, Mali —1794—, Ucrania —1688—, Gambia —1471—...). En la misma línea, ese término «MENA» se suele identificar como una realidad exclusivamente masculina.

162. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2025/FISCALIA_SITE/index.html (17/04/2026).

Una realidad específica tratada por la Fiscalía en su memoria es la de niñas y niños migrantes, normalmente de muy corta edad, localizados en las vías irregulares de acceso a territorio español acompañados de personas adultas de las que se duda que sean sus progenitores reales, supuestos en los que se pueden ocultar situaciones de trata. Da cuenta de que durante 2024 se realizaron 1.028 pruebas de ADN para determinar la filiación real en estos casos.

163. <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/CensoVariables2025.htm> (17/04/2026).

164. <https://www.imf.org/-/media/files/publications/weo/2026/january/spanish/text.pdf> (17/04/2026).

165. Como fue el año 2024, donde se contabilizaron 5922 llegadas.

Siendo cierto que la mayoría de las personas menores de edad que migran solas hacia nuestro país son niños, el número de niñas está experimentando un crecimiento sostenido desde hace tiempo; a finales del 2024 ya representaban el 16,2% de las personas inscritas en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (2603).

Es imprescindible poner el acento en las implicaciones de la dimensión de género en las migraciones por vías irregulares en general, y en lo concerniente a la infancia migrante en particular. Según datos de la APDHA, en las llegadas por fronteras no habilitadas a territorio español en 2024 que se pudieron acreditar, las mujeres representaron tan solo el 5,5%, cifra similar a las de años anteriores (APDHA 2025, 134-135). Sin embargo, esos números no representan el peso real de la migración femenina en los flujos irregulares, que se estima superior, ya que esta transita por vías menos visibles y con ello aumenta exponencialmente el riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales, con una incidencia significativa de la trata de personas con fines de explotación en este contexto. Lo mismo puede decirse respecto a las niñas que realizan su proyecto migratorio sin la compañía de una persona adulta de referencia. Wang y Corres advierten con acierto que la realidad cuantitativa del fenómeno de la infancia migrante no acompañada es difícil de determinar, ya que las cifras que se manejan son esencialmente las de niñas y niños que ingresan en el sistema de protección (Wang y Corres 2024, 3), por lo que un porcentaje no menor de este colectivo siempre va a quedar fuera del «radar». Y, dada la señalada invisibilización de las migraciones femeninas, no es descabellado afirmar que las niñas migrantes no acompañadas van a estar sobrerrepresentadas en ese porcentaje.

Se puede afirmar que existe un consenso generalizado en la doctrina y en las principales instancias institucionales del DIDH respecto a que no se puede afirmar que se están realizando políticas públicas desde una óptica de derechos si no se incluye una perspectiva de género transversal que las informe. Entendemos que esta perspectiva se debe reforzar al máximo cuando tratamos de una situación tan sensible como la de la infancia migrante no acompañada. La infrarrepresentación de las niñas en las cifras oficiales no debe ser excusa para que atender sus necesidades específicas se convierta en una prioridad de segundo orden, dado que la misma se deriva en gran medida de la reiterada invisibilización que las sitúa en una situación de extrema vulnerabilidad.

Otros elementos introducen matices a ese perfil construido de la infancia migrante no acompañada, siendo imprescindible tenerlos en cuenta para un tratamiento político-jurídico que responda realmente a sus prioridades. Por ejemplo, hay estudios que señalan que más del 60% de las niñas y niños que migran solos tienen familiares en España o en otros países europeos (Peláez y Arce 2024, 5). De este dato puede inferirse que la reagrupación familiar puede ser potencialmente un factor con un peso relevante en el proyecto migratorio de estas personas menores de edad y, al mismo tiempo, que las vías legales establecidas en los países de destino para que se pueda llevar a cabo esta reagrupación no deben ser muy eficientes si estas niñas y niños emprenden un viaje sin compañía por las peligrosas vías migratorias irregulares para reunirse con

sus familias. Esta circunstancia está vinculada con la recurrente movilidad secundaria de la infancia migrante no acompañada desde los países de la frontera Sur europea, que son su puerta de entrada a Europa (España, Italia y Grecia, especialmente), hacia Estados del Norte de la UE, donde en muchas ocasiones residen sus familiares (Jiménez 2019, 171).

Desde una mirada diferente también consideramos muy atinada la precisión que hace Jiménez respecto a que todas las valoraciones que se realizan sobre la infancia migrante no acompañada se hacen desde una mirada «adultocéntrica», que la sitúa en una posición de dependencia total de sus familias (o de las instituciones públicas en su defecto), cuando muchos de estos niños y niñas muestran un proyecto migratorio propio que no necesariamente tiene que coincidir con las preferencias de sus familias (Jiménez 2019, 173). A lo anterior se añade que atestiguan una capacidad de agencia individual que les permite sobrevivir de forma independiente en un entorno tan hostil como el de la movilidad humana por vías irregulares, y que es una muestra de su autonomía. Lo anterior no es incompatible con la imprescindible mirada protectora que debe informar igualmente la regulación y las políticas que afectan a este grupo social, es simplemente, tal como venimos defendiendo a lo largo de estas páginas, tenerles en cuenta como sujetos activos y no como objetos pasivos de las mismas.

Íntimamente conectada con lo anterior está la cuestión de la construcción de la identidad de la infancia migrante no acompañada. En el capítulo previo analizamos este particular desde la perspectiva de las personas menores extranjeras en general; los aspectos básicos allí tratados son igualmente aplicables a niñas y niños que migran solos, por lo que los damos por reproducidos. Sin embargo, su realidad específica no es inocua en este ámbito, por lo que vale la pena hacer una breve referencia a los retos particulares que afrontan en el proceso de construcción de su identidad. Segú y otros realizaron un trabajo de campo en el que entrevistaron a cerca de 120 personas menores y jóvenes de 14 a 21 años que llegaron a nuestro país sin compañía de una persona adulta de referencia (originarios del Magreb y de África subsahariana) del cual se pueden obtener algunas conclusiones interesantes (Segú y otros, 2023).

Los autores señalan que hay algunos elementos externos que condicionan este proceso madurativo-identitario. Tal como señalamos en su momento, las implicaciones propias de una etapa de transición como es la adolescencia y primera juventud afectan a este grupo, independientemente de su situación migratoria y nacionalidad. Por otra parte, hay que tener en cuenta que deben realizar este tránsito en un marco transnacional y transcultural, donde manejan simultáneamente referencias culturales tanto del país de origen como del de acogida. También hay diferentes factores que les empujan a alcanzar un nivel de madurez más avanzado al que le correspondería a su edad: la presión y/o sentimiento de responsabilidad hacia su familia, las experiencias vividas durante su periplo migratorio o la mirada de la sociedad de acogida que les niega la condición de niños/niñas o adolescentes.

En los aspectos individuales que inciden en la consolidación de su identidad el estudio destaca las expectativas «simbólico-ideales» que tenían antes de iniciar

su trayectoria migratoria, alimentadas por la imagen que configuran de la tierra de destino mediante la información recabada a través de las redes sociales, plataformas digitales o la experiencia de otras personas jóvenes migrantes de su entorno, con frecuencia idealizada o distorsionada. Estas expectativas suelen chocar con la realidad que encuentran a su llegada, siendo factor de estrés y de ansiedad por el miedo de ser vistos como fracasados en su país de origen por no cumplir dichas expectativas. Vinculada con lo anterior está la relevancia que asignan estos chicos a las herramientas «materiales-funcionales» que entienden imprescindibles para cubrir esas aspiraciones: conseguir la documentación, encontrar empleo y obtener ingresos lo más rápidamente posible, dejando la formación académica en un segundo plano.

Como no podría ser de otra manera, el ámbito afectivo es un elemento esencial en la construcción de la identidad de la infancia migrante no acompañada. Siendo la inmensa mayoría de los participantes en el trabajo de campo de género masculino, en el ámbito de los afectos abundan las alusiones a referentes femeninos, especialmente a la madre y a la actual o futura pareja. La primera como vínculo con los orígenes, la segunda porque formar una familia lo valoran como un indicio de éxito de su proyecto migratorio. En este contexto se sitúa también el tipo de sentimientos que expresan respecto al país de origen y al de destino, ya que algunos aspiran al retorno al primero tras su periplo migratorio, mientras que otros tienen como objetivo el asentamiento definitivo en el segundo. Dependiendo de que se encuentren en uno u otro grupo, varía su relación con la cultura de origen y la de «adopción».

Teniendo en cuenta la diversidad de elementos que configuran la identidad de la infancia y la juventud migrante no acompañada, con la consiguiente casuística individual que de ello se desprende, presentar a este sector social como un grupo homogéneo con necesidades idénticas que deben ser atendidas con respuestas estandarizadas no puede estar más lejos de la realidad y, por ende, este tipo de «recetas» estarán abocadas al fracaso.

Lo expuesto no es una opinión o posicionamiento teórico personal, sino que las disfunciones del marco normativo, administrativo y material de atención a la infancia migrante en España han sido acreditadas reiteradamente desde el ámbito institucional y por la sociedad civil. La mirada criminalizadora y uniformizadora de estos niños y niñas que hemos descrito a nuestro juicio está en la base de estas debilidades sistémicas. Aunque con ocasión del análisis jurídico del siguiente apartado será necesario aludir a ellas de nuevo, concluiremos el presente destacando algunas que consideramos de especial gravedad.

En este sentido podemos destacar el análisis que realizó UNICEF sobre el sistema de protección de menores en nuestro país en 2017, que alcanzó unas conclusiones no especialmente halagüeñas para el mismo, subrayando, entre otras cuestiones:

- La precariedad material y falta de recursos del sistema.
- Un enfoque esencialmente paliativo, dejando la prevención en un segundo plano. En este aspecto, el informe destaca que en muchas ocasiones el

- sistema se convierte en una pasarela entre la desprotección en la etapa de la infancia a la exclusión social una vez se alcanza la mayoría de edad
- Dibuja un sistema descoordinado, fragmentado y poco flexible, haciendo hincapié en las dificultades de ajuste con el sistema educativo.
 - Aunque hemos visto que tanto el DIDH como las normas estatales que afectan a los derechos de la infancia proclaman la importancia de la participación de la infancia en todas las decisiones que le afectan, la misma brilla por su ausencia en los centros de protección de menores en España.
 - UNICEF destaca que todas estas debilidades estructurales se acentúan respecto a la infancia migrante no acompañada. A modo de ejemplo señala la práctica exclusión de estos niños y niñas del acogimiento familiar, alternativa que se recomienda priorizar sobre los centros residenciales¹⁶⁶ (UNICEF 2017).

Y estas circunstancias no son una «excepción española», ya que en el contexto europeo también se han documentado incidencias muy graves en los sistemas de protección nacionales de niñas y niños extranjeros no acompañados. El Comité de migraciones, refugiados y personas desplazadas del Consejo de Europa emitió en junio 2019 su informe «Stop violence against, and exploitation of, migrant children»¹⁶⁷, que denuncia las malas condiciones materiales, el hacinamiento e incluso la violencia que se dan en los centros de detención, tránsito y acogida en los que se internan a estas personas menores de edad. Un dato que nos parece que resume perfectamente la situación de desprotección de la infan-

166. El Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 ha realizado una apuesta específica por, en la medida de lo posible, atender a las personas vulnerables con necesidades de atención residencial (infancia migrante no acompañada incluida) fuera de los centros de acogida tradicionales, priorizando otras fórmulas como el acogimiento familiar. Así lo plasma en su *Estrategia estatal para un nuevo modelo de cuidados en la comunidad Un proceso de desinstitucionalización (2024-2030)*

<https://estrategiadesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/06/Estrategia-para-nuevo-modelo-cuidados-en-la-comunidad.pdf> (17/04/2026).

Sin embargo, esta aspiración parece que representa una quimera para las personas extranjeras menores de edad no acompañadas teniendo en cuenta la situación de la que partimos, tal como atestiguan las cifras del propio ministerio:

En 2020, el total de menores extranjeros no acompañados que llegaron a España y que recibieron acogida fue de 5.670, la práctica totalidad recibió apoyo en acogimientos residenciales frente a sólo 91 casos de acogimiento ... en 2021, los niños y niñas extranjeras y los menores no acompañados tienen una menor participación en el acogimiento familiar. Los niños, niñas y adolescentes de nacionalidad española representan el 90,2% de la infancia y adolescencia en situación de acogimiento familiar, seguido del grupo de nacionalidad extranjera (9,74%) y los menores no acompañados (0,59%). Por su parte, el 59,5% de la infancia en acogimiento residencial es de nacionalidad española, el 40,5% es extranjera y 28,7% restante pertenece al grupo de menores no acompañados. Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 (2023); *Marco Estratégico de la desinstitucionalización para una buena vida en la comunidad*, pp. 33-34

<https://estrategiadesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2023/07/Marco-Estrategico-de-la-desinstitucionalizacion-final-ok.pdf> (17/04/2026).

167. <https://pace.coe.int/pdf/0b78818d2dd22714e70f2a028ac0621728e09f9da0a833947860729d7fe8ce47/doc.%2014905.pdf> (17/04/2026).

cia migrante no acompañada en Europa: más del 50% de estos niños y niñas desaparecen en las 48 horas siguientes a su llegada a estos centros.

La estereotipación de la infancia migrante no acompañada le perjudica también en el acceso a la protección internacional. Según Eurostat, España tiene unas cifras irrisorias de solicitudes de protección internacional de personas menores migrantes no acompañadas en comparación con las presentadas en otros países de la UE. Por ejemplo, en 2024 estos niños y niñas presentaron 910 solicitudes en España y 13345 en Alemania¹⁶⁸. Esta diferencia abismal se puede explicar en parte por el efecto disuasorio que tiene el Reglamento de Dublín, que pretende «anclar» a los potenciales solicitantes de asilo al primer país UE por el que ingresaron a territorio de la Unión. Siguiendo la comparación entre España y Alemania, los bajos porcentajes de resolución positiva y la debilidad del sistema de protección en materia de asilo en el primer país respecto del segundo provoca que muchos potenciales solicitantes de asilo traten de evitar en la medida de lo posible solicitar protección internacional en Estados como España y hacerlo en los que tienen mejores condiciones, como Alemania. Pero, por otra parte, se ha descrito en múltiples ocasiones la inadecuación de los protocolos de acceso al procedimiento de protección internacional de las personas menores de edad que migran solas en España, ya sea porque erróneamente se considera que deben ser prioritariamente derivadas en todo caso al sistema de protección de menores, o porque por la citada visión estandarizada de las mismas se entienda casi de forma automática que no cumplen el perfil genérico de solicitante de asilo (Ceriani 2023, 76).

Localizamos otro de los síntomas de esa mirada «preventiva negativa» hacia la infancia migrante no acompañada en el tratamiento que el sistema de protección de menores ha dado de forma reiterada a las «fugas» o «abandonos voluntarios» de estos niños y niñas de los centros de acogida de dicho sistema. Es una realidad cuantitativamente alarmante. La Fiscalía General del Estado cifró en 825 las personas menores de edad extranjeras que abandonaron estos centros «voluntariamente» en 2016¹⁶⁹, cifra que ascendió a 1293 en 2017¹⁷⁰. Las memorias de la Fiscalía dejaron de ofrecer los datos totales de estas «fugas», pero siguen haciendo referencias indirectas a las mismas¹⁷¹. Más información acerca de esta realidad la encontramos en los informes anuales sobre personas desaparecidas del Centro Nacional de Personas Desaparecidas (CNDES —Ministerio del Inte-

168. Y eso teniendo en cuenta que 2024 fue un año con un número de solicitudes inusualmente alto en nuestro país, ya que en años anteriores esa cifra se había quedado recurrentemente por debajo de las 100

<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00194/default/table?lang=en> (17/04/2026).

169. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf (17/04/2026).

170. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2018/FISCALIA_SITE/index.html (17/04/2026).

171. Por ejemplo, en la memoria de 2025, cuando trata las diligencias realizadas para la determinación de edad de posibles menores no acompañados indica que *1.280 han concluido sin determinación de la edad por abandono de los centros antes de poder practicarse diligencias*.

https://www.fiscal.es/memorias/memoria2025/FISCALIA_SITE/index.html (17/04/2026).

rior—); en su edición del año 2025¹⁷² cifra en 7633 el número de denuncias de desapariciones relacionadas con «menores ausentados» en el periodo 2016-2024¹⁷³. Estas personas serían

... menores extranjeros ausentados de los centros sobre los que se ha extinguido la tutela, bien por haber transcurrido 12 meses de la desaparición, o bien por haber cumplido la mayoría de edad.

En este contexto se entrecruzan distintas malas praxis en el sistema de protección que a nuestro juicio devienen de la consideración de la infancia migrante no acompañada como una «subdivisión» de la niñez merecedora de un nivel inferior de protección que el resto de niños y niñas, y ello deriva en situaciones que se pueden calificar como discriminación estructural e incluso institucional. Una de esas prácticas, que tuvo que ser abordada desde fechas muy tempranas, consistía en que las entidades responsables de los centros de acogida promovían el cese de la guarda y tutela de forma inmediata tras el «abandono voluntario» de la persona menor de edad extranjera que tenían bajo su custodia, en ocasiones sin ni siquiera formalizar la pertinente denuncia por la desaparición ante las fuerzas y cuerpos de seguridad competentes. De esta manera, el «Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados» aprobado en 2014¹⁷⁴, en su capítulo VII apdo. 3º establece que

La fuga o abandono del menor del Centro de protección de menores que tuviera asignado para residir no será considerada causa de extinción de la tutela, que deberá seguir ejerciéndose para la localización del menor o para el caso que aparezca. De acuerdo con la legislación vigente, el Ministerio Fiscal impugnará cualquier resolución de cese de tutela indebidamente motivada.

A pesar de este claro mandato, las cifras de «fugas» y de «menores ausentados» contabilizadas en años posteriores tanto por la Fiscalía General como por el CNDES indican que, aunque formalmente ya no sea tan sencillo dar por extinguida la tutela por la entidad de protección, que ésta la continúe ejerciendo *para la localización del menor* tras una «fuga» parece que es más una aspiración

172. https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2025/06_Informe_anual_personas_desaparecidas_2025.pdf (17/04/2026).

173. No es una situación que se da exclusivamente en España; ya en 2016 Europol afirmó que cerca de 10.000 personas menores no acompañadas demandantes de asilo desaparecieron en 2015 de los sistemas de protección europeos apenas al llegar (5000 en Italia y 1000 en Suecia, p.ej.). <https://www.europol.europa.eu/publications-events> (17/04/2026).

174. Protocolo auspiciado por el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-10515>

que una realidad. La tutela mantendrá una vigencia teórica hasta que transcurran 12 meses desde la desaparición¹⁷⁵, o hasta que llega la fecha de la mayoría de edad si ésta se produce antes de ese plazo, dándose entonces por oficialmente extinguida, sin que en la inmensa mayoría de los casos se haya producido un esfuerzo real de búsqueda digno de ese nombre.

Y tan importante es tener una reacción adecuada una vez se ha producido el abandono de un centro de acogida por parte de una persona menor extranjera tutelada por las instituciones del sistema de protección, como conocer las causas que lo han motivado y actuar sobre ellas para prevenirlo. En esta dirección Jiménez realizó una interesante investigación con un trabajo de campo en el que entrevistó tanto a profesionales del mundo social vinculados a los sistemas de protección como a personas extranjeras que pasaron por los mismos durante su minoría de edad en Andalucía y en el País Vasco. Entre las motivaciones para esos «abandonos voluntarios» los entrevistados destacan:

- Deficiencias en la primera acogida en frontera.
- Falta de coordinación entre las administraciones implicadas en el sistema de protección.
- Los programas educativos desarrollados no responden a las expectativas de las niñas y niños tutelados.
- Malas condiciones materiales de los centros de acogida.
- El hecho de que España sea solo un país de tránsito dentro del periplo migratorio de un porcentaje significativo de la infancia migrante no acompañada, cuyo destino final planeado inicialmente en su proyecto migratorio se sitúa en países del centro y Norte de Europa (Jiménez 2019, 179 y ss.).

Las instituciones de protección de la infancia comparten en gran medida estas conclusiones. Por su parte, el Defensor del Pueblo andaluz ha puesto de relieve en sus informes la falta de previsión de la administración autonómica para dar una respuesta adecuada cuando se producen repuntes de llegadas de niñas y niños extranjeros no acompañados a las costas andaluzas. En esas situaciones se han tenido que habilitar con urgencia nuevos dispositivos de acogida que no reúnen las condiciones mínimas adecuadas, lo que evidentemente incide en la calidad de atención y fomenta el «efecto expulsión» de las personas menores de edad acogidas en ellos¹⁷⁶.

175. El apartado 5º del art. 172 CC fue modificado tanto por la Ley 26/2015 como por la LO 8/2021, y actualmente dispone que *La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando ... compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias. ... Que hayan transcurrido doce meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido*. Compartimos la opinión de Arce respecto a que esta modificación *ha convertido en norma lo que era ilegalidad* (Arce E. 2020, 109).

176. Así lo señala el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe anual de 2018.

<https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe-anual-2018/informe/balancedel-defensor.php> (17/04/2026).

A nuestro juicio, UNICEF resume a la perfección el significado último de estas desapariciones «voluntarias», al definir las como

... señales de alerta, ... indicadores de situaciones inadecuadas o servicios insuficientes o ineficientes que no estarían cumpliendo apropiadamente los objetivos centrales de la política de protección integral de los derechos de las niñas y niños en contexto de migración ... (UNICEF 2019, 120).

Para cerrar este apartado es imprescindible hacer una referencia a una de las situaciones donde la brecha entre infancia migrante no acompañada y el resto de niños y niñas en España se hace flagrantemente evidente: el momento de la emancipación. Según datos del Instituto de la Juventud de España (INJUVE)¹⁷⁷, la edad media de emancipación en España alcanzó los 30,4 años en 2024, señalando que el 65,6% de los jóvenes de entre 18 y 34 años de nuestro país dependen económicamente de sus progenitores (o directamente viven con ellos). Sin embargo, las personas jóvenes de origen migrante se ven expulsadas del sistema de protección el mismo día que cumplen los 18 años. Salvo el escaso porcentaje de ellas que logran acceder a una de las muy limitadas plazas de los programas de transición a la independencia para jóvenes extutelados que habilitan las CCAA, el resto tienen que afrontar un reto mayúsculo a una edad muy temprana (12 años antes de la media) y con unas herramientas educativas, económicas y relacionales mucho más limitadas que sus coetáneos de nacionalidad española¹⁷⁸.

Esta realidad ha sido denunciada por el Defensor del Pueblo estatal y sus homólogos autonómicos, que en 2019 firmaron de forma conjunta la «Declaración de los Defensores del Pueblo de España en defensa de niños y niñas extranjeros no acompañados», también conocida como la «Carta de Tarifa»¹⁷⁹, donde demandaban:

... la elaboración de planes de atención a jóvenes extutelados para evitar que su protección quede interrumpida automáticamente al alcanzar la mayoría de edad, y puedan caer en la marginación y exclusión social

Esta declaración se llevó a cabo en el marco de las 34ª Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo «Atención a menores extranjeros no acompa-

177. «Informe Juventud en España 2024. Entre la emergencia y la resiliencia» https://www.injuve.es/sites/default/files/EJ190/02_INFORME-JUVENTUD-2024_RESUMEN.pdf (17/04/2026).

178. Se encuentran en una situación de desventaja también respecto de las personas jóvenes españolas que han pasado por el sistema de protección de menores, ya que, incluso procediendo de entornos familiares desestructurados y de exclusión, suelen tener unas redes sociales a las que acudir tras cumplir la mayoría de edad más extensas que sus iguales de origen migrante.

179. https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe_anual_2019/public/assets/pdf/revista/06-RR2019.pdf (17/04/2026).

ñados», en cuyo documento de síntesis¹⁸⁰ justifican la reivindicación expuesta al señalar las debilidades estructurales del sistema de protección en la preparación de la transición a la vida adulta:

- *Salida del sistema de protección sin una derivación adecuada a otros recursos.*
- *El aumento en la llegada de menores extranjeros no acompañados ha (tensionado) los (ya de por sí) insuficientes recursos ... para los menores ex tutelados nacionales.*
- *Dificultades de adaptación y vinculación a los recursos disponibles...*
- *Dificultades de acceso a recursos residenciales y de apoyo para ... una vida autónoma.*
- *Dificultades de acceso a prestaciones económicas ...*
- *Uso de recursos para personas sin hogar nada adecuados a sus necesidades.*
- *Problemáticas de salud mental y consumo de tóxicos ... sin tratamiento.*
- *Posibilidad real de internamiento en Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) e inicio de proceso de expulsión*
- *Deficiente implicación, corresponsabilidad y coordinación interadministrativa (administraciones autonómicas y locales).*

Unos años después un estudio sobre la transición a la vida adulta de las personas jóvenes migrantes extuteladas en España realizado por Gutiérrez y Cáceres, para el que desarrollaron un sólido trabajo de campo en el que intervinieron niñas y niños migrantes tutelados, personas jóvenes migrantes extuteladas y profesionales del sistema de protección de hasta 7 CCAA y de Ceuta, confirmaba que no se habían producido grandes avances desde la Carta de Tarifa en materia de transición adecuada a la etapa «post mayoría». Desde una perspectiva general, del informe se desprende que el sistema de protección está más centrado en la atención de las necesidades inmediatas durante la minoría de edad que en la preparación para la vida independiente fuera del centro. Para los autores esta situación es debida a «barreras estructurales y personales» en dicho sistema.

Entre las estructurales destacan: Dificultades de acceso a la regularidad documental / Falta de personal en los centros / Tiempo limitado de estancia en el sistema de aquellas personas menores extranjeras que ingresan en el mismo con una edad más avanzada / Sobreocupación de los centros / Falta de plazas en recursos formativos / Ausencia de planes de intervención homogéneos y precisos, que se implementen de forma coordinada por todos los actores institucionales que intervienen en el sistema de protección.

En cuanto a las denominadas barreras personales, las más citadas por los participantes en el trabajo de campo fueron: Carencias académico-formativas en

180. https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/34_jornadas_de_coordinacion_documento_sintesis_definitivo_1.pdf (17/04/2026).

el país de origen / Desconocimiento del idioma / Diferencias culturales que inciden y ralentizan el proceso de socialización (Gutiérrez y Cáceres 2023).

Como conclusión de este apartado, hay que poner de relieve que el tratamiento social, político y administrativo de la infancia migrante no acompañada en España determina una «realidad construida criminalizadora» que, como analizaremos en las siguientes líneas, condiciona de forma restrictiva el marco jurídico que regula la titularidad y ejercicio de sus derechos.

4.B) PERSONAS MENORES DE EDAD QUE MIGRAN SOLAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En este último apartado nos centraremos en el análisis de las instituciones jurídicas de nuestro ordenamiento que afectan de manera singular a la infancia migrante no acompañada. Ello sin perjuicio de las consideraciones que hemos realizado en el capítulo 3º respecto al marco normativo general aplicable a niñas y niños extranjeros en España, que damos aquí por reproducidas.

Andrés acierta al señalar que el sistema jurídico español no estaba preparado para dar una respuesta adecuada a una realidad sobrevenida como la de la infancia migrante no acompañada (Andrés 2020, 21). Tal como hemos indicado en páginas anteriores, trata de hacer esta adaptación normativa compatibilizando dos objetivos de política legislativa difícilmente conciliables si pretenden aplicarse de forma simultánea: la protección de un grupo especialmente vulnerable (condensada en la prevalencia del interés superior del menor proclamado por el DIDH) y el control fronterizo y de los flujos migratorios desde una perspectiva de seguridad. Es decir, la tensión entre la condición de menor y la de migrante. A pesar de ello, los avances en la consolidación del reconocimiento normativo de las niñas y niños como sujetos activos de su propia ciudadanía y del ejercicio de sus derechos fundamentales impulsado desde el DIDH que hemos descrito en los apartados precedentes, también están siendo recogidos formalmente, al menos en lo que a los grandes principios respecta, por el marco normativo estatal que regula la situación de la infancia migrante no acompañada en España. Como veremos, en muchas ocasiones los retos residen en la «precisión reglamentaria» de los principios, en la interpretación del alcance de esas normas y en su propia aplicación a los supuestos concretos (Montesinos 2021, 237 y ss.).

Este último aspecto se revela en la frecuente confrontación en el ámbito estatal entre la interpretación judicial (especialmente en las últimas instancias, incluido el control de constitucionalidad) y la labor del legislador y/o de la aplicación administrativa de los postulados básicos del DIDH en materia de protección y empoderamiento de la infancia, con una singular incidencia en la no acompañada, un escenario similar al que indicamos respecto a la legislación de extranjería desde una perspectiva general. Ya en 2012 el ACNUDH y UNICEF llamaron la atención respecto a cómo los órganos judiciales nacionales aplicaban con mayor frecuencia y contundencia el principio del interés superior del menor reconocido por el art. 3 CDN que las instituciones migratorias al tratar a la in-

fancia migrante no acompañada, y que los tribunales lo invocan dotando al principio de un contenido tanto de garantía procesal-formal como sustantivo material (ACNUDH y UNICEF 2012, 103-104).

Teniendo en cuenta estas precisiones, y en el citado contexto de los principios que regulan la titularidad y ejercicio de los derechos de la infancia en general, y la migrante en particular, el marco normativo básico para las personas extranjeras menores de edad no acompañadas en España queda establecido en la LOEX (arts. 35, 35 bis, 35 ter, 35 quáter y 35 quinquies) y en el RELOEX (arts. 165 a 174). Nos encontramos ante un marco normativo de muy reciente factura, ya que los arts. 35 bis, 35 ter, 35 quáter y 35 quinquies fueron incorporados a la LOEX en 2025 (RDL 2/2025) y el RELOEX vigente data de 2024 (RD 1155/2024). Junto a estas normas se debe tener en cuenta la relevancia del citado Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados de 2014, que tiene el objetivo de coordinar la actuación de todas las administraciones con competencias en esta materia¹⁸¹. La definición de persona menor extranjera no acompañada la encontramos en el art. 165 RELOEX, a la que ya hicimos referencia al inicio del presente capítulo¹⁸². Como adelantamos, en este apartado nos centraremos en poner de relieve los retos y disfunciones de las instituciones de ese marco legal que inciden con mayor intensidad en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia migrante no acompañada.

El primer punto crítico lo encontramos en la determinación de la identidad de niñas y niños extranjeros no acompañados a su llegada a territorio español. Y ello porque ya expusimos que la identidad es imprescindible para la propia existencia jurídica, pero igualmente para fijar la nacionalidad y acreditar si estamos ante una persona menor o mayor de edad, con las correspondientes consecuencias jurídicas diversas que conllevan unas respuestas u otras a esos interrogantes sobre la identidad.

Vimos que el DIDH reconoce expresamente la necesidad prioritaria de la inscripción registral del nacimiento como garantía de la personalidad jurídica,

181. El protocolo fue aprobado cumpliendo el mandato contenido en el RELOEX derogado. El vigente lo reproduce en su art. 166.2 teniendo como destinataria la Secretaría de Estado de Migraciones, por lo que entendemos que estaría pendiente de aprobación un nuevo protocolo que se adapte al nuevo reglamento.

182. El apdo. 2º del capítulo I del Protocolo marco amplía y precisa la definición del art. 165 RELOEX:

A) Los menores extranjeros que se encontraren en situación de riesgo por haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional o pretendieren traspasar los puestos fronterizos españoles en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable del niño, no aporte documentación veraz o fiable del vínculo alegado, y además se aprecie un peligro objetivo para la protección integral del menor.

B) Menores extranjeros que se hallaren en situación de patente desamparo o desprotección, significadamente por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos.

C) Menores extranjeros que como polizones se hallen a bordo de un buque, nave o aeronave que se encuentre en un puerto o aeropuerto español.

plataforma esencial para la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales (art. 7 CDN). En este sentido hicimos referencia a los graves problemas derivados de los casos de «infancia invisible» que se dan en los contextos de movilidad humana y las posibles alternativas para su prevención, por lo que damos aquí por reproducidas esas reflexiones.

El elemento clave para la determinación de la identidad es la documentación expedida al efecto por parte del Estado del que sea nacional la persona de que se trate. En este aspecto nos encontramos de forma recurrente con dos situaciones en las fronteras españolas en lo que afecta a las niñas y niños que migran solos por vías irregulares: la ausencia de esta documentación o la puesta en cuestión de su validez para determinados países de origen en el caso de que la posean.

Respecto a la primera cuestión, es muy ilustrativo un informe realizado por ACNUR en Canarias, durante el incremento de llegadas por vías irregulares que se produjo durante el año 2024¹⁸³. Se realizaron cerca de 600 entrevistas a personas menores extranjeras no acompañadas, de las que se desprende que el 62% de los niños y niñas entrevistados declaran no tener documentación que acredite su identidad. Del 38% de los menores que tienen documentación, sólo el 10% tiene pasaporte (pág. 2). Por lo tanto, esta situación va a representar un primer obstáculo significativo para poder desplegar los mecanismos de protección legales y materiales disponibles para la infancia migrante no acompañada en nuestro país.

El primer instrumento previsto para determinar la identidad de niñas y niños extranjeros que llegan a España sin la compañía de un adulto de referencia es la denominada «reseña policial», contemplada en el apdo. 2º del capítulo II del Protocolo Marco, que dispone

Todo menor extranjero que se encuentre bajo el ámbito de aplicación de este Protocolo que haya sido localizado en territorio nacional será ... objeto de reseña policial ... (que) comprenderá los siguientes documentos y actuaciones:

- A) La reseña policial propiamente dicha, que ... comprenderá la impresión de dactilares y la fotografía del menor ...*
- B) Cuantos datos aporte el propio menor sobre su filiación, edad, nacionalidad y última residencia, ... documentación de su país de origen o nacional (que) se disponga sobre su identificación.*
- C) Documentación en que se especificará el centro de protección ... donde se ha entregado o se entregará al menor, así como el organismo ... a quien se hubiera encomendado su custodia provisional.*

Hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones esa reseña policial inicial se lleva a cabo en un Centro de Atención Temporal de Extranjeros (CATE), centros donde se presta la primera atención a las personas migrantes que llegan a

183. «Entrevistas a niños y niñas no acompañados en Canarias (Junio 2024)» <https://data.unhcr.org/en/documents/details/115612> (17/04/2026).

España por vías irregulares (Barbero 2026, 97). Se encuentran situados principalmente en las zonas costeras de la frontera Sur española, en las que se producen la mayoría de estas llegadas. Los CATE carecen de una regulación específica, ya que ni son centros de internamiento de extranjeros (CIE, arts. 62 y ss. LOEX y RD 162/2014) ni centros de migraciones tampoco (arts. 263 y ss. RELOEX). Tan solo encontramos definiciones extraoficiales de estos centros, como la contenida en una resolución de la Secretaría del Estado de Seguridad de 23 de julio de 2018 que los considera

... instalaciones concebidas para realizar las primeras actuaciones en un tiempo máximo de estancia de 72 horas mientras se tramitan las diligencias iniciales de identificación y comprobación de antecedentes para después ser derivados a CIE o a disposición de las ONG¹⁸⁴.

Por su parte, una respuesta dada por la Dirección General de la Policía en 2023 a una solicitud de información realizada a través del portal de transparencia señala que

... los Centros de Atención Temporal de Extranjeros (CATE) tienen por objetivo recibir a los inmigrantes en las primeras horas a su llegada, para poder facilitarles alimentos, asistencia médica, o proceder a su traslado a un centro hospitalario a aquellos que así lo requieran, así como proceder a su identificación y trámites administrativos. Una vez realizados estos trámites, serán derivados a distintos lugares dependiendo de la situación y circunstancias de cada uno. Los menores siempre son atendidos a efectos de protección¹⁸⁵.

El Tribunal Supremo, en su STS 1889/2024 (Sala 3ª), de 27/11/2024 (recurso de casación 7959/2022), ante el vacío regulatorio que afecta a los CATE, afirma que las personas allí ingresadas están en situación de privación de libertad, por lo que se les debe reconocer los mismos derechos que a las que están internadas en un CIE (FJ 3º).

Consideramos que el hecho de que los primeros pasos encaminados para indagar sobre la identidad de niñas y niños extranjeros que llegan solos a nuestro territorio se lleven a cabo en una instalación que carece de una regulación específica y que está destinada a privar de libertad a personas migrantes en situación irregular, es un síntoma revelador de la constante «contaminación securitaria» de las políticas y normas que afectan a la infancia migrante no acompañada, y no es un inicio especialmente garantista de un procedimiento que

184. http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/RSES_23_07_2018_emergencia_contratacion (18/04/2026).

185. https://www.interior.gob.es/opencms/documentacion/Portal-de-Transparencia/ResolucionesDenegatorias_2023/001-077606.pdf (18/04/2026).

debería tener como único objeto asegurar la indemnidad de los derechos de unas personas en una situación especialmente vulnerable.

La siguiente institución con un rol relevante en la determinación de la identidad de la infancia migrante no acompañada es el Registro de menores extranjeros no acompañados, regulado en el art. 214 RELOEX. Este registro depende de la Dirección General de la Policía y estará coordinado por la Fiscalía General del Estado (como garante del interés superior del menor), y tendrá como objetivos *exclusivos* la *identificación, localización y protección*. En el registro se incorporarán los siguientes datos de estas personas menores:

- a) *Nombre y apellidos del menor ... de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.*
- b) *Tipo y numeración de la documentación identificativa ...*
- c) *Su impresión decadactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos.*
- d) *Fotografía.*
- e) *Datos relativos a la edad indubitada del menor o ... la ... establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal ... datos modificados por posterior Decreto.*
- f) *Centro de acogida o lugar de residencia.*
- g) *Organismo ... bajo cuya tutela se halle.*
- b) *Traslados del menor entre Comunidades Autónomas.*
- i) *Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata.*
- j) *Fecha de solicitud de la autorización de residencia.*
- k) *Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia.*
- l) *Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los ... efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía.*

El precepto concluye determinando la obligación «proactiva» de los servicios de protección de trasladar al registro la información sobre estos niños y niñas de la que puedan tener constancia en el ejercicio de sus funciones, y la «reactiva» a requerimiento de la Fiscalía que afecta a *cualquier ... entidad pública o privada ... respecto a la remisión de cuantos datos obren en su poder sobre menores extranjeros no acompañados*.

Consideramos que es imprescindible contar con un registro como el descrito para un ejercicio adecuado de la función tuitiva sobre la infancia migrante no acompañada que les corresponde a las administraciones competentes en materia de protección de menores, partiendo de la base de un estricto cumplimiento de las obligaciones legales derivadas del tratamiento de datos personales de un colectivo especialmente vulnerable¹⁸⁶. Sin embargo, la dependencia orgánica del

186. Por ejemplo, lo dispuesto en el art. 6.1f) del Reglamento UE General de Protección de Datos (RGPD) o en el art. 28.2e) de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

registro respecto a la Dirección General de la Policía a nuestro juicio sigue situando el tratamiento de esta realidad en las coordenadas de la seguridad y el control migratorio. De la misma manera que se le asigna a la Fiscalía la coordinación de este instrumento, directamente se podría incardinar el mismo como un organismo propio de dicha Fiscalía, dado que si como proclama el propio art. 214 RELOEX el registro tiene como únicas funciones la *identificación, localización y protección* de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en nuestro país, no teniendo por ende ninguna finalidad de seguridad y/o control migratorio, entendemos que sería mucho más lógica su dependencia orgánica y funcional de una institución como la Fiscalía, que tiene entre sus principales funciones la protección de la infancia.

Retomando la relevancia de la documentación a la hora de la determinación de la identidad, si hemos destacado las dificultades derivadas de la carencia de la misma por un porcentaje relevante de las niñas y niños que llegan a nuestro territorio sin un adulto de referencia, no son menores las vinculadas con la recurrente «presunción de falsedad» de los pasaportes y documentos de identidad de determinados países de origen (ya sea cuestionando su titularidad o los datos que contienen, especialmente en lo que respecta a la fecha de nacimiento). Este último aspecto ha sido muy polémico, ya que la sistemática puesta en cuestión de la edad que figura en un documento oficial expedido por un Estado soberano conlleva que muchos niños y niñas tengan que someterse a procedimientos médicos de determinación de la edad que podrían evitarse, sin olvidar que estos procedimientos en ocasiones no respetan aspectos básicos de derechos fundamentales como los de integridad física o la intimidad, a lo que se suma la cuestionable fiabilidad científica de los resultados de algunos de ellos.

En el ámbito de la determinación de la edad¹⁸⁷, el Protocolo marco, la LOEX (art. 35.3) y el RELOEX (art. 166) plantean la disyuntiva de que ésta sea *indubitada* o que por el contrario *no pueda ser establecida con seguridad*. En teoría, según lo dispuesto por el art. 166 RELOEX, una de las situaciones en las que debe considerarse como «indubitada» la minoría de edad es cuando la persona extranjera aporte documentación oficial de su país de origen que así lo acredite. Sobre este particular el apdo. 6º del capítulo II del Protocolo marco establece algunas matizaciones. Por una parte, afirma que, como regla general,

Las certificaciones emitidas por las autoridades extranjeras relativas al estado civil de las personas, así como cualquier otro documento extranjero que recoja datos identificativos del menor, como el pasaporte o los documentos de identidad, no constituyen prueba plena sobre la edad...

187. El Tribunal Constitucional ha reconocido la relevancia de la determinación de la edad en la configuración de la identidad de la persona, que como hemos reiterado es una plataforma básica para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. De esta manera, la STC 130/2022 (FJ 2º) afirma que *... los decretos de determinación de edad dictados por el Ministerio Fiscal, de los que depende la fijación, a todos los efectos legales, de una de las señas de identidad básicas de la propia persona —su fecha de nacimiento—, que afecta a la definición de su estatuto jurídico como persona titular de derechos fundamentales ...*

A renglón seguido hace un reconocimiento del valor «iuris tantum» respecto a la minoría de edad y la filiación que tienen los *pasaportes y documentos de viaje originales*¹⁸⁸. Sin embargo, ese reconocimiento se ve condicionado por la amplia y abierta relación de circunstancias que se entienden suficientes para romper esta presunción:

- A) *Presenten signos de falsificación, se encuentren ... alterados o ... corregidos, enmendados o tachados.*
- B) *Incorporen datos contradictorios con ... documentos públicos emitidos por el ... país emisor que porte el menor ... o de que disponga la autoridad española competente.*
- C) *El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos.*
- D) *Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular ..., practicadas a instancia del ... Fiscal o por otra autoridad ... española.*
- E) *Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos del documento público extranjero y la apariencia física ...*
- F) *Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento.*
- G) *Incorporen datos inverosímiles.*

Esta ambigüedad, entre otras cuestiones, fomentó la tendencia de fuerzas y cuerpos de seguridad y servicios de protección en primera instancia, e incluso de la Fiscalía a posteriori, de partir de una «presunción de falsedad» de la documentación expedida por determinados países, haciendo que los primeros derivaran el caso a la Fiscalía para que incoara el correspondiente expediente de determinación de la edad, y que ésta en el contexto del mismo ignorara de nuevo el contenido del pasaporte o documentación identificativa y ordenara la práctica de pruebas periciales médicas con el objetivo de averiguar la edad real de la persona concernida.

Estas malas praxis han sido recurridas judicialmente en reiteradas ocasiones directamente por los perjudicados o por entidades sociales de defensa de los derechos de la infancia migrante, lo que ha generado una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que impugna algunos de los elementos básicos de las mismas. Así, la STS 453/2014 (Sala 1ª) de 23/09/2014 (recurso de casación

188. Hay que tener en cuenta la distinción que realiza la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en sus arts. 317 y ss. entre los documentos públicos que *harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella* (art. 319.1 LEC) y los que *los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos ... salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado* (art. 319.2 LEC). Se considera que los pasaportes pertenecen al 2º grupo, p.ej. (Barbosa 2025, 17).

1382/2013) y la STS 452/2014 (Sala 1ª) de 24/09/2014 (recurso de casación 280/2013) señalan 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 su parte, la STS 11/2015 (Sala 1ª) de 16/01/2015 (recurso de casación 1406/2013) recuerda que la anterior doctrina expuesta *no solo se refiere al pasaporte sino también a cualquier otro «documento equivalente de identidad»*. Jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo ha seguido incidiendo en la prevalencia de la minoría de edad que se desprenda de un documento oficial sobre las dudas que puedan arrojararse acerca de la misma por la apariencia física o de las contradicciones que se desprendan de lo manifestado por la propia persona interesada, salvo que se haya acreditado la falta de veracidad del documento de que se trate o de su contenido de forma motivada y con los medios probatorios válidos en Derecho¹⁸⁹ (Molina 2025, 9).

Otra de las prácticas que ha dificultado el ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia migrante en el procedimiento de determinación de edad es la supuesta imposibilidad de recurrir judicialmente el decreto de la Fiscalía en esta materia que se ha sostenido en reiteradas ocasiones¹⁹⁰. La STS 610/2021 (Sala 1ª) de 14/09/2021 (recurso de casación 5247/2020), en sentido contrario afirma que

... la admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor puesto que, al declarar su mayoría de edad, el decreto de la Fiscalía excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores y le niega el reconocimiento de los derechos del niño (FJ 4º).

Desde finales del año 2024 se está tramitando un proyecto de ley de reforma de la LEC¹⁹¹ donde se plantea modificar el procedimiento de determinación de

189. Entre otras ver la STS 760/2022 (Sala 1ª) de 08/11/2022 (recurso de casación 136/2022).

190. Se ha afirmado que, al ser los decretos de determinación de edad de la Fiscalía resoluciones cautelares de carácter provisionalísimo, no son recurribles judicialmente de forma directa y que tampoco pueden llegar al TC vía recurso de amparo. Siguiendo esta lógica, solo se podrían impugnar judicialmente si aparecen nuevas evidencias que contradigan los fundamentos de ese decreto, o de forma indirecta mediante el recurso de la resolución administrativa que denegara la tutela o acordara la repatriación de la persona afectada con base en un decreto de la Fiscalía que determinara su mayoría de edad (Molina 2025, 7-8).

191. Proyecto de ley 121/000040

https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=121/000040 (18/04/2026)

edad aplicable a la infancia migrante no acompañada. Teniendo en cuenta la correlación de fuerzas en las Cortes en la actual legislatura, la llegada a buen puerto de este proyecto legislativo es ciertamente incierta, como lo demuestra que al cierre de la presente investigación su tramitación se encuentre «encallada» en el trámite de enmiendas, cuyo plazo ha ido encadenando ampliaciones desde diciembre 2024. Teniendo en cuenta esas circunstancias, valoramos positivamente la principal novedad que contiene esta iniciativa legislativa, consistente en transformar el actual proceso de determinación de la edad en un procedimiento jurisdiccional del orden civil. Desde una perspectiva particular, con ello se solventaría las señaladas trabas del vigente a la hora de recurrir judicialmente los decretos de la fiscalía de determinación de la edad. Ya desde una mirada más global, siempre hemos sostenido que el lugar «natural» de cualquier procedimiento que de forma directa o indirecta incida sobre los derechos fundamentales son los tribunales de Justicia. El proyecto de ley incluye otras modificaciones de interés, pero dado que las posibilidades de que acabe convirtiéndose en una norma en vigor son más bien escasas, consideramos que con este apunte es más que suficiente teniendo en cuenta los objetivos de estas páginas¹⁹².

Otro de los aspectos del procedimiento de determinación de la edad con un mayor impacto en la indemnidad de los derechos fundamentales de la infancia migrante es el de las pruebas periciales médicas que se pueden acordar en el marco del mismo. Como vimos en su momento, la utilización de estos métodos ha estado en el punto de mira de las instituciones del ámbito del DIDH que tratan de garantizar los derechos de la infancia, reclamando a los Estados aplicar la presunción de minoría de edad y la garantía de recurrir a los medios científicos de determinación de la edad de forma restrictiva, optando por aquéllos que sean menos invasivos y con un estricto respeto a la intimidad e integridad física de estos niños y niñas¹⁹³. También hemos hecho referencia en líneas anteriores a algunas comunicaciones y resoluciones de instituciones UE que transitan en la misma dirección, a las que nos remitimos¹⁹⁴.

Pero es que no solo estas técnicas tienen una incidencia negativa sobre la dignidad y los derechos fundamentales de las personas menores de edad, sino que además las más aplicadas han sido fuertemente cuestionadas por el hecho de que la certeza de sus resultados deja mucho que desear. Los métodos más comunes son el GP (Greulich y Pyle), que se basa en la *comparación de la radiografía obtenida con las reproducciones de mano y muñeca contenidas en un atlas* o el TW (Tanner y Whitehouse) *método de los «scores», donde se les asignan valores o puntuaciones a cada uno de los centros de osificación evaluados de*

192. Barbosa (2025) hace un detallado análisis del proyecto de ley al que remitimos a cualquier persona interesada en profundizar sobre el particular.

193. Ver las citadas Observación General n.º 6 (2005) del Comité CDN y Observación general conjunta n.º 23 (2017) del Comité CDN y la n.º 4 del Comité CPDITMF

194. Las Resoluciones del Parlamento UE 2012/226 y 2018/2666 y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM [2017]211 final.

*acuerdo con una escala de desarrollo*¹⁹⁵. A los efectos de la determinación de la edad, estas técnicas presentan dos dificultades muy relevantes. Primero, que no arrojan como resultado una edad exacta, sino un intervalo, lo que determina una situación muy problemática cuando la posible persona menor está cerca del límite de la mayoría de edad (16-17 años). Segundo, que los valores de los parámetros comparativos se han ido obteniendo de una población con unos orígenes étnicos y geográficos concretos, parámetros que en muchas ocasiones pueden variar sensiblemente si se obtienen de otro tipo de población (Medina y otros 2014, 280 y ss.). Por ejemplo, si se aplican parámetros obtenidos de población caucásica a personas de origen subsahariano, los resultados de estos últimos van a tender a señalar una edad superior a la que realmente se tiene.

La decisión de la realización de estas pruebas médicas y el modo de su ejecución deben ajustarse a lo dispuesto en el art. 12.4 LOPJM, el art. 35.3 LOEX, el art.166 RELOEX y el apdo. 5º del Capítulo V del Protocolo Marco. El competente para ordenarlas será la Fiscalía, que

... 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 (12.4 LOPJM)

Respecto a este primer inciso, ya hemos realizado las correspondientes apreciaciones sobre la cuestionable realización práctica de ese juicio de proporcionalidad acerca de la validez de la documentación oficial que acredite la minoría de edad de una persona. Respecto a quién debe realizar dichas pruebas, LOEX y RELOEX se limitan a indicar que serán las *instituciones sanitarias oportunas*, mientras que el Protocolo marco afirma que se hará bajo *un control médico-sanitario especializado* y que *los Protocolos territoriales especificarán los Centros hospitalarios donde se llevarán a cabo*.

Todos los preceptos señalados hacen hincapié en que estas pruebas deben practicarse a la mayor celeridad posible y que las instituciones sanitarias que las lleven a cabo tienen que darle la máxima prioridad. Tanto el art. 12.4 LOPJM como el Protocolo marco señalan que es imprescindible contar con el consentimiento «informado» de la persona menor de edad de forma previa a la realiza-

195. También se utilizan ortopantomografías (radiografías dentales panorámicas) para determinar la edad (Barbosa 2025, 8). La Fiscalía General del Estado, en su Nota interna n.º 2/2018 «Sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad», enumera las pruebas médicas que se pueden realizar en el contexto del procedimiento de determinación de la edad: *Exploración general, entrevista y examen morfológico / Examen RX del carpo de la mano izquierda (significadamente el atlas de Greulich y Pyle) / Ortopantomografía dental (Demirjian y A.B.F.O). Maduración del tercer molar (muela del juicio) / Examen RX o TAC de extremidad proximal de clavícula*

<https://infoextranjeria.org/wp-content/uploads/2018/05/NOTA-INTERNA-NUM-2-SEGUIMIENTO-MENAS.pdf> (18/04/2026).

ción de las pruebas. El apdo. 5º del Capítulo V del Protocolo detalla la información que se le debe dar a niñas y niños afectados (características, riesgos y finalidad de las pruebas), los órganos que deben proporcionarla (fuerzas de seguridad y facultativos) y las consecuencias de la negativa a someterse a ellas de la persona presuntamente menor (que la Fiscalía determinará la edad con el resto de los elementos que consten en el expediente).

El Protocolo se limita a decir que estas pruebas deben realizarse *con respeto a la dignidad de la persona*, mientras que el art. 12.4 LOPJM amplía esta afirmación general señalando que

... 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

Hay que tener en cuenta que la actual redacción del art.12.4 LOPJM es fruto de dos reformas operadas por la Ley 26/2015 y por la LO 8/2021. En gran medida se trataba de incorporar las señaladas interpretaciones jurisprudenciales que daban respuesta a las lagunas normativas que hemos descrito, y solventar las reiteradas disfunciones del sistema de determinación de la edad que habían sido documentadas y denunciadas tanto por la sociedad civil como por las propias instituciones garantes de los principales instrumentos de DIDH¹⁹⁶. En este último aspecto hay que destacar que, a pesar de que en el ámbito estatal históricamente se han encontrado grandes resistencias para reconocer un carácter vinculante a las resoluciones de estos comités (incluso las resoluciones judiciales suelen ser reticentes a invocar directamente en sus fundamentos jurídicos preceptos de esos tratados del DIDH), parece que se van rompiendo algunos prejuicios en ese aspecto (Montesinos 2021, 234-235). A modo de ejemplo podemos destacar la STS 307/2020 (Sala 1ª) de 16/06/2020 (recurso de casación 2629/2019), que en su FJ 2º señala que

El Ministerio Fiscal recuerda que varias resoluciones del Comité de Derechos del Niño han condenado a España en procedimientos por determinación de la edad. Su origen se encuentra en las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinado de España de 5 de marzo de 2018, que cuestionan el sistema vigente en España en materia de determinación de edad, en particular el empleo de métodos intrusivos incluso en casos en que los documentos de identificación parecen ser auténticos ...

Igualmente recuerda la sentencia en su FJ 3º que

196. Por ejemplo, en las ya referidas «Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España» del Comité CDN.

El criterio prioritario en esta materia es la protección del menor que se encuentra en nuestro país sin familia, lo que hace de él un menor muy vulnerable. Por esta razón, 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) ...

A pesar de la señalada jurisprudencia y los cambios normativos, se siguen denunciando casos de vulneración de los derechos fundamentales de la infancia migrante no acompañada en el procedimiento de determinación en general y en la práctica de pruebas médicas en el contexto de este procedimiento en particular. Otra de las carencias del sistema que se ha puesto de relieve es la falta de especialización del asesoramiento jurídico que se presta a las personas objeto de estos procedimientos, algo que se puede hacer extensible a buena parte de los distintos perfiles de funcionariado que intervienen en los mismos (Molina 2025, 11). En este aspecto nos parece adecuada la medida de la que da cuenta la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2025¹⁹⁷:

... mediante Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 27 de septiembre de 2024 se acordó asignar a la Unidad de Menores de la Fiscalía General del Estado las funciones relativas a la coordinación de las actuaciones tendentes a la determinación de la edad de las personas extranjeras indocumentadas y no acompañadas, que hasta entonces había correspondido a la Unidad de Trata de Personas y Extranjería.

Merece una valoración positiva este cambio porque contribuye a desligar el tratamiento de cuestiones que afectan a los derechos de la infancia migrante no acompañada de una perspectiva de control migratorio y de lucha contra la criminalidad, situándolo en este caso en el ámbito a nuestro juicio adecuado, que no es otro que el de la protección de la niñez.

Por último, hay que destacar que no son precisamente escasos los expedientes de determinación de la edad que se tramitan, ya que la citada Memoria FGE 2025 contabilizó hasta 7562 expedientes incoados durante el año 2024. Si tenemos en cuenta que la misma FGE cifró en 8690 las llegadas a nuestro país de niñas y niños extranjeros sin la compañía de un adulto de referencia, nos podemos hacer una idea del amplísimo porcentaje de ellos que acaban pasando por este procedimiento. A esto se une que, de los expedientes tramitados en 2024, apenas el 50% se resolvió de forma positiva (3825); el otro 50% se reparte entre determinaciones de mayoría de edad (alrededor de un 32%, 2457) y «abandonos voluntarios» de los centros de acogida antes de que se complete el expediente (sobre un 18%, 1280). En el alto nivel de resoluciones negativas pueden tener

197. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2025/FISCALIA_SITE/index.html (18/04/2026).

relevancia las deficiencias señaladas en el sistema¹⁹⁸ que, a pesar de las modificaciones normativas implementadas, siguen persistiendo en la actualidad. Respecto a los «abandonos voluntarios», tal como analizamos en el apartado anterior, están motivados por las malas condiciones del sistema de primera acogida y porque la entrada en el circuito de protección español no responde a los objetivos del proyecto migratorio de la persona potencialmente menor, ya sea porque aspira a integrarse en el mercado laboral directamente o porque su destino final es un tercer país.

Otro de los procedimientos vinculados a la infancia migrante no acompañada en el que se han producido situaciones en las que la vigencia de sus derechos fundamentales se ha visto cuestionada es el de la repatriación. Antes de nada, es necesario apuntar que el número de personas menores de edad extranjeras efectivamente repatriadas a sus países de origen en los últimos años ha sido limitado. De ello da cuenta la última memoria de la Fiscalía General del Estado, que cifra en tan solo 8 niñas y niños no acompañados los que regresaron a sus países *de conformidad con la legislación nacional e internacional vigente* en 2024. A pesar de lo anterior, no se puede olvidar que desafortunadamente son recurrentes «devoluciones en caliente» en la frontera Sur española en las que se ven envueltas personas potencialmente menores de edad, por lo que a ese reducido número de repatriaciones «oficiales» se deben sumar otro número indeterminado de expulsiones «de facto» de niños y niñas. Así lo ha venido denunciando, entre otras, la APDHA de forma reiterada en sus citados informes anuales «Derechos Humanos en la Frontera Sur»¹⁹⁹. En este último aspecto se produjo un caso especialmente significativo desde la perspectiva negativa en Ceuta en agosto de 2021, que ha concluido con una resolución del Tribunal Supremo (STS 114/2024 —Sala 3ª— de 22/01/2024 —recurso de casación 6480/2022—) que confirmó la flagrante ilegalidad de las actuaciones de las autoridades españolas en este caso.

Según se desprende del propio relato de los hechos de la sentencia, entre los días 17 y 19 de mayo de 2021 se produjo una entrada muy numerosa de personas extranjeras por vías irregulares a Ceuta desde Marruecos (unas 12000). Entre ellas se encontraban unos 1500 niños y niñas sin la compañía de un adulto de referencia. Esto último provocó que el sistema de protección de menores de la ciudad autónoma se viera desbordado, acogiendo a muchos de estos niños y niñas en instalaciones improvisadas con unas condiciones materiales que dejaban mucho que desear. Pasados 3 meses, en agosto del mismo año, las autoridades españolas competentes (Delegación del Gobierno en Ceuta y la Ciudad Autónoma de Ceuta) empezaron a trasladar a decenas de las personas menores que habían entrado de forma irregular a territorio ceutí a la frontera terrestre

198. La citada «presunción de falsedad» de pasaportes y documentación de identidad expedidos por determinados países de origen, difícilmente compatible con la «presunción de minoría» que debería imperar en estos procedimientos, así como la falta de fiabilidad de las pruebas médicas utilizadas.

199. <https://www.apdha.org/informes-derechos-humanos-frontera-sur/> (18/04/2026).

con Marruecos existente en dicha ciudad autónoma, donde fueron entregadas a las autoridades de ese país. Como cobertura legal se esgrimió el *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado* —2007— (BOE n.º 70 de 22/03/2013).

Esta actuación fue recurrida por una organización de la sociedad civil (Coordinadora de Barrios) y por 8 de los niños y niñas que fueron objeto de esta repatriación. Dicho recurso fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Ceuta de 14/02/2022, que fue confirmada por sentencia de 23/06/2022 de la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía (recurso de apelación n.º 555/2022). El Tribunal Supremo avala ambas resoluciones judiciales por un hecho innegable que concurre en este caso: las administraciones españolas actuantes inaplicaron «en bloque» todas las previsiones que LOEX y RELOEX determinan para las posibles repatriaciones de personas menores extranjeras no acompañadas a sus países de origen. Y esta circunstancia no puede ser avalada por el citado acuerdo bilateral entre España y Marruecos, ya que este instrumento literalmente afirma en su art. 5.1

*Las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor, resolverán acerca del retorno a su país de origen, con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño*²⁰⁰.

Siendo grave cada caso de devolución por vías de hecho que afecta a una niña o niño extranjero no acompañado en nuestras fronteras, el que acabamos de describir a nuestro juicio es especialmente denunciable tanto por el número de personas menores de edad a las que afectó como por el hecho de que en sentido estricto no se puede denominar «devolución en caliente», ya que llevaban 3 meses bajo la responsabilidad del Estado español. Por lo tanto, ni siquiera cabe la «excusa» de la confusión y el caos propios de una entrada muy numerosa a territorio español por frontera no habilitada, y las decisiones erróneas y precipitadas que puedan tomar unos agentes policiales concretos en el «fragor» de ese contexto. Fue una decisión que se tomó en unas coordenadas de «espacio-tiempo» totalmente diferentes, por lo que el incumplimiento de las garantías previstas para el procedimiento de repatriación de personas menores extranjeras no acompañadas fue un acto premeditado y reflexionado por las autoridades que la ejecutaron²⁰¹.

200. A mayor abundamiento, incluso no existiendo esta previsión en el acuerdo, como regla general (con base en lo dispuesto en los arts. 9.1, 10.2 y 96 CE) el Estado español no puede suscribir instrumentos internacionales bilaterales con terceros países que impliquen el incumplimiento de su propio ordenamiento interno o de los tratados de DIDH ratificados por España.

201. No es el único caso donde los tribunales han puesto de relieve infracciones groseras de las garantías establecidas para los procedimientos de repatriación que afectan a la infancia migrante no

Hecha la referencia a estas situaciones de devoluciones desconociendo completamente el procedimiento establecido, analizaremos ahora brevemente los principios que rigen éste en nuestro ordenamiento. Para ello hay que acudir a lo dispuesto en los arts. 19 bis.5 LOPJM, 35 LOEX y 167 y ss. RELOEX.

El primer elemento a tener en cuenta es que de la literalidad de estos preceptos se infiere una preferencia general formal por la reintegración de la infancia migrante no acompañada que llega a nuestro país con su familia (o en su defecto en los servicios de protección) en sus países de origen. El Protocolo marco fija claramente dicha tendencia en el apdo. 5º de su exposición de motivos:

La política sobre menores extranjeros no acompañados debe estar orientada al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país, como solución duradera ...

Lo mismo puede extraerse del art. 19 bis.5 LOPJM

En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar ...

Y en el mismo sentido, el art. 35.5 LOEX²⁰² determina que

La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación ...

Para la consecución de este objetivo, el art. 35 LOEX (apdos. 1º y 2º) manda tanto al Gobierno central como a las CCAA que celebren

... acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen ... la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados ... dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia ...

acompañada. Así la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria, en su sentencia 634/2007 (recurso de apelación 104/2007) consideró que se había vulnerado el derecho a la integridad moral (art. 15 CE) de una persona menor de edad objeto de una repatriación quedando acreditado que *la Administración: —No ha localizado ni ha identificado a la familia del menor. —No se ha puesto en contacto con los servicios de protección de menores de Marruecos a los efectos de verificar si se dan los requisitos necesarios para la adecuada tutela del menor (FJ. 9º) (Arce E. 2018, 28).*

202. En términos parecidos se pronuncia el art. 167.3 RELOEX.

En cumplimiento de este mandato, España ha suscrito este tipo de acuerdos con Rumanía²⁰³, Senegal²⁰⁴ o el ya citado con Marruecos (Andrés 2020, 24).

En todos los preceptos citados se señala que ese principio general «pro repatriación» de la infancia migrante no acompañada está condicionado por su necesaria compatibilidad con el respeto al interés superior del menor. Desde un abordaje estrictamente formal, es plausible sostener que situar como primera opción el intento de reagrupar al menor con su familia en su país de origen tiene su base en lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CDN que analizamos en líneas anteriores. Sin embargo, nos resulta mucho más complejo encontrar el sostén normativo de incluir en esa opción la posibilidad de que el menor sea repatriado a los servicios de protección de su país.

A nuestro juicio, la preferencia «pro repatriación» de las personas menores de edad no acompañadas establecida por el marco normativo en realidad es una manifestación más de la «contaminación» del mismo con objetivos políticos vinculados al control migratorio. Se puede adivinar en ese principio un intento de lanzar un mensaje disuasorio que evite el esgrimido (que no acreditado) hasta la saciedad «efecto llamada» más que una preocupación real por garantizar el derecho a la vida en familia de niñas y niños migrantes no acompañados reconocido en el DIDH. Por lo tanto, consideramos que se debería suprimir directamente ese apdo. 5º de la exposición de motivos del Protocolo marco, y al menos matizar la literalidad del art. 19 bis.5 LOPJM y del art. 35 LOEX, para que el interés superior del menor sea el único elemento a tener en cuenta en esta cuestión, sin condicionantes ni preferencias preestablecidas.

Si situamos exclusivamente el enfoque en el interés superior de la infancia, difícilmente se puede mantener que en la mayoría de los casos de niñas y niños extranjeros que llegan a territorio español sin un adulto de referencia la repatriación a su país de origen deba ser la opción prioritaria. A nuestro juicio, esa posibilidad es prácticamente inexistente si el destino final de la repatriación es el sistema de protección del Estado del que es nacional la persona menor de edad no acompañada. Y ello porque la inmensa mayoría de ellas provienen de países con un índice de desarrollo humano (IDH) muy inferior al de los de destino, por lo que los sistemas de protección a la infancia de los primeros van a ser mucho más limitados que los de los segundos. Un ejemplo muy ilustrativo de esta realidad lo encontramos en la comparativa entre el IDH de España y Marruecos, principal país de origen de la infancia migrante no acompañada en nuestro país. Mientras España ocupa el 28º puesto del ranking, con un IDH de 0,918 (calificado como «muy alto»), a Marruecos no lo encontramos hasta el puesto 120 (IDH 0,71,

203. Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos —2005— (BOE n.º 195 de 16/08/2006).

204. Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción —2006— (BOE n.º 173 de 18/07/2008).

calificado como «medio»²⁰⁵. Por lo tanto, sostener que el interés superior de una niña o niño migrante no acompañado estará mejor protegido en un centro de acogida marroquí que en uno español genera a nuestro juicio unas más que fundamentadas dudas²⁰⁶.

Pero ni siquiera en el caso de que se prevea una reintegración familiar en el país de origen se puede afirmar que la preferencia por la repatriación sea compatible con el interés superior del menor de forma generalizada. Por una parte, porque el abismo en materia de desarrollo humano existente entre lugares de origen y destino suele determinar que la situación socioeconómica de las familias de estos niños y niñas no sea especialmente acomodada, y por ende la existencia de dificultades para garantizar la cobertura de sus necesidades básicas en materia educativa, sanitaria, habitacional..., dificultades que forman parte del «efecto expulsión» que impulsa en gran medida la movilidad de la infancia migrante no acompañada. Por otra, porque es común que el periplo migratorio de la persona menor de edad no acompañada sea parte de un proyecto familiar de mejora de las condiciones de vida de todos sus miembros, en el que se ha invertido parte de los escasos recursos familiares, por lo que ese retorno puede que no sea bienvenido en algunos casos. Pero igualmente es posible lo contrario, tal como vimos en apartados anteriores, que estos niños y niñas tengan su propio proyecto migratorio independiente con unos objetivos que pueden ser hasta contradictorios con los de su familia sin dejar de ser legítimos, por lo que una repatriación forzada en este contexto no es muy recomendable. Entendemos que estas situaciones se pueden incluir en la expresión general del art. 19 bis.5 LOPJM que veta la repatriación cuando *coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad*.

Según establece el RELOEX, el procedimiento de repatriación es incoado y resuelto por la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente por razón de territorio (arts. 167 a 171). En el mismo también deben intervenir el Ministerio Fiscal y la entidad *que ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda*.

De forma previa, es necesario tener presente el reconocimiento específico que realiza el art. 35.5 LOEX del derecho de niñas y niños que se vean involucrados en estos procedimientos a ser oídos «si tienen suficiente juicio»²⁰⁷. En este sentido, el art. 169.1 RELOEX indica que en el caso de que la persona menor concernida tenga más de 16 años, podrá actuar directamente o por medio de

205. <https://hdr.undp.org/data-center/country-insights#/ranks> (18/04/2026).

206. Barbosa destaca que precisamente la dificultad de acreditar la existencia de unos recursos de protección de la infancia adecuados en los países de origen ha sido uno de los fundamentos recurrentes para paralizar un número relevante de procedimientos de repatriación iniciados (Barbosa 2025, 3-4).

207. Nos parece pertinente la llamada de atención que realiza Arce respecto al hecho de que, un principio tan básico para la consideración de las personas menores de edad como sujetos activos en la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales como es el derecho a ser oído (art. 12 CDN y art. 9 LOPJM), en lo que a la infancia migrante no acompañada concierne tan solo se haga mención expresa al mismo en este ámbito (Arce E. 2018, 34-35).

representante que designe (y por ende ser oída), actuación que deberá estar precedida de una información

... por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español (at.168.2 RELOEX).

Los menores de 16 años serán representados por la entidad de tutela, salvo que se dé el supuesto previsto en el último inciso del citado art. 169.1

... cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el ... procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse ... madurez en una edad inferior, se entenderá que la persona extranjera mayor de doce años tiene juicio suficiente. Corresponderá al Ministerio Fiscal, al ... menor o a cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio instar de la autoridad judicial competente el nombramiento de dicho defensor.

Esta previsión se introdujo en el RELOEX tras acreditarse casos donde la entidad de tutela apoyaba (o directamente promovía) la pretensión de repatriar a la persona menor extranjera que se encontraba bajo su tutela, mientras que ésta mostraba su oposición a tal medida²⁰⁸. Ante ese conflicto de intereses, se garantiza expresamente el acceso a la figura del defensor judicial en el marco del procedimiento de repatriación.

Sobre la base de los informes otorgados por la entidad de tutela, oída la Fiscalía y la persona menor objeto del proceso (directamente, por representante nombrado por ella, representada por la entidad de tutela o mediante defensor judicial, según el caso) en las diferentes fases del proceso, y hechas vía diplomática las pesquisas pertinentes en el país de origen sobre la situación de la familia del niño o la niña, y, en su caso, del sistema de protección de menores de dicho Estado, la Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá el expediente (siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor) siendo la resolución susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El art. 171 RELOEX indica que, en el caso de que se acuerde la repatriación, en la ejecución de la misma intervendrán tanto agentes del cuerpo nacional de

208. La STC 183/2008 consideró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de una persona menor de edad extranjera a la que se le negó la legitimación activa para solicitar el nombramiento de defensor judicial en el contexto de un procedimiento de repatriación en el que se puso de manifiesto un conflicto de intereses con la entidad que lo tutelaba (Arce E. 2018, 29-30).

policía como personal de la entidad de tutela responsable de la persona menor de edad. En este contexto, y aunque su aplicabilidad práctica sea virtualmente nula²⁰⁹, la previsión del apdo. 3º del precepto de que *la repatriación se efectuará a costa de la familia del menor* es a nuestro juicio muy ilustrativa de un enfoque del tratamiento de la infancia migrante no acompañada mucho más cercano a la represión de las migraciones por vías irregulares que a la protección de un colectivo vulnerable. De la literalidad del apartado parece desprenderse que la movilidad transnacional de menores sin adultos de referencia es más «un mal comportamiento de adolescentes díscolos» del que se derivan unos perjuicios que deben asumir sus familias por su «culpa in vigilando», que lo que en realidad es, un periplo extremadamente peligroso para la indemnidad de los derechos fundamentales de niñas y niños que abandonan solos sus países de origen por el «efecto expulsión» generado por la desigualdad estructural global, situaciones de conflicto o las consecuencias del cambio climático, entre otras razones.

Otra de las cuestiones que han generado dificultades para garantizar de forma adecuada la garantía de los derechos de la infancia migrante no acompañada en España ha sido la determinación formal de la «situación de desamparo» y la constitución de la correlativa tutela o guarda legal. En este contexto hay que tener en cuenta preceptos aplicables a la minoría de edad en general, con independencia de la nacionalidad o situación administrativa (arts. 17 y 18 LOPJM y art. 172.1 CC) y otros que se centran en la realidad específica de la infancia migrante no acompañada (art. 35 LOEX, arts. 165 y ss. RELOEX y el apdo. 1º del capítulo VII del Protocolo Marco). Aunque todas estas previsiones tienen como objetivo dar respuesta jurídico-administrativa a situaciones fácticas donde se ponen en cuestión la indemnidad de derechos fundamentales de la infancia, hay una diversidad terminológica a la hora de denominar dichos contextos.

Como ya adelantamos en el capítulo 2º de este trabajo, la LOPJM distingue entre «situaciones de riesgo» (art. 17) y «situación de desamparo» (art. 18). Las primeras serían aquellas en las que

... a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo ... sea precisa la intervención de la administración ... para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar.

209. Por el ya citado escaso número de repatriaciones que acaban en su ejecución efectiva, a lo que se suma la depauperada situación socioeconómica que tienen la práctica totalidad de las familias de estas personas menores, que hace inviable que puedan asumir dicho coste.

Para definir la situación de desamparo, el art. 18 LOPJM se remite al art. 172 CC, que la describe 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.

Por lo tanto, de ambos preceptos se desprende que la base fáctica de ambas situaciones es la misma²¹⁰, siendo el criterio diferenciador entre ambas *la entidad, intensidad o persistencia*, mayores en las situaciones de desamparo²¹¹ que en las de riesgo, y como consecuencia de ello, en las diferentes medidas que pueden tomar las administraciones para dar una respuesta, igualmente de mayor contundencia en las primeras que en las segundas, estableciendo en este aspecto el límite en cuanto sea necesario o no *ser separado de su entorno familiar*.

Por su parte, el art. 165 RELOEX, cuando define a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, indica que es un elemento consustancial a este grupo social que se aprecie *riesgo de desprotección del menor*. El apdo. 1º del capítulo VII del Protocolo Marco señala que

La Entidad pública de protección de menores prestará la atención inmediata y el acogimiento que el MENA requiera. A efectos de la asunción formal de la tutela urgente, y en el más breve plazo posible, ...debe: Hacer gestiones de indagación sobre las circunstancias del MENA al objeto de constatar si existe una situación real de desamparo...

El art. 172.1 CC establece una consecuencia jurídica administrativa clara cuando una persona menor de edad se encuentra en la situación material de desamparo

Cuando la Entidad Pública a la que ... esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria ...

210. En su momento adelantamos que el art.17 LOPJM hacía una descripción muy detallada de los factores que pueden desencadenar una situación de este tipo, que el precepto denomina como «indicadores de riesgo». Enumera hasta 13 de estos indicadores, en los que se hace referencia a la falta de cuidados físicos y psíquicos, el consumo de drogas, estar en un entorno de violencia de género, ser hijo o hija de una víctima de trata ...

211. A pesar de esa «naturaleza material común» entre situaciones de riesgo y las de desamparo, el art. 18 LOPJM identifica hasta 8 circunstancias que determinan una situación de desamparo si acontecen: abandono, riesgo para la vida o la integridad física, riesgo para la salud mental, inducción a la mendicidad, ausencia de escolarización...

Aunque el artículo señala que desde que se «constate» la situación de desamparo la entidad de protección tiene la «tutela por ministerio de la ley», en realidad lo que se activa desde el primer instante es la guarda, tal como establece a renglón seguido al mandar *medidas de protección necesarias para su guarda*. La tutela no quedará formalmente constituida hasta que se produzca la correspondiente resolución administrativa de desamparo (López 2022, 890-891).

Partiendo de la base de que para el Derecho de extranjería español es parte integrante de la definición de la infancia migrante no acompañada el *riesgo de desprotección* (art. 165 RELOEX), cuando el art.35.3 LOEX especifica (y el art. 166 RELOEX reproduce) que

En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero 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 ...

podemos considerar que estamos ante una aplicación específica de la guarda automática prevista en el art. 172.1 CC.

En los supuestos en los que desde el inicio esté fijada la condición de menor de edad de la persona extranjera no acompañada, o desde que finalice el proceso de determinación de la misma con resultado positivo, tanto la LOEX como el RELOEX indican que tal niño o niña debe ser puesto a disposición de los servicios de protección competentes (art. 35.4 LOEX y art. 166 RELOEX).

La declaración de desamparo y la constitución formal de la tutela ha sido una cuestión controvertida desde los primeros momentos en los que el fenómeno de la infancia migrante no acompañada empezó a ser relevante desde el punto de vista cuantitativo en nuestro país (principios del siglo XXI). Las CCAA e incluso la propia Fiscalía General del Estado (Instrucción 3/2003)²¹² impulsaron una interpretación de lo dispuesto en el art. 172.1 CC en el sentido de que, en el caso específico de niñas y niños extranjeros no acompañados, una vez activada la guarda derivada de la «tutela automática por ministerio de la ley», no era necesaria, o al menos urgente, la constitución formal de la tutela. Ello determinaba que la situación jurídica de estas personas menores de edad quedara varada en un limbo de provisionalidad que acababa retrasando el inicio de la tramitación de su autorización de residencia o dificultaba el acceso a determinados recursos y prestaciones sociales²¹³. La Fiscalía cambió pronto su perspectiva

212. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2003-00003> (18/04/2026).

213. Quienes sostenían la no necesidad de constituir formalmente la tutela de forma inmediata señalaban que esa situación fáctica no tendría que darse necesariamente, ya que el último inciso del art. 35.7 LOEX afirma que *la ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor*.

en esta materia (Instrucción 6/2004²¹⁴) (Arce E. 2020, 106-108), y ya el Protocolo marco acotó temporalmente de forma expresa ese periodo de incertidumbre

En el plazo máximo de tres meses, la Entidad pública de protección de menores, una vez constatada la situación de desamparo del MENA, dictará una resolución administrativa en tal sentido, asumiendo la tutela del mismo.

Sin embargo, años después se seguían documentando casos en los que las instituciones autonómicas de protección del menor dilataban de forma injustificada la constitución formal de la tutela de niñas y niños migrantes no acompañados. Así, el Defensor del Pueblo estatal en su Informe anual de 2021 denunciaba que

El Defensor del Pueblo ha trasladado a las entidades de protección de menores autonómicas y a la Fiscalía General del Estado, el número incesante de quejas que se reciben de menores extranjeros no acompañados cuya tutela no es asumida en un plazo de tiempo razonable, una vez son puestos a disposición de los citados servicios ... La no asunción de la tutela por parte de las entidades de protección, además del incumplimiento legal ... acarrea consecuencias de todo tipo para estos menores. La más señalada ... se refiere a la situación de irregularidad documental en la que se encuentran al cumplir 18 años²¹⁵.

Como veremos de forma inmediata, la actual redacción del RELOEX, que reduce sensiblemente el plazo en el que se convierte en obligatorio para la oficina de extranjería en la provincia en la que esté fijado el domicilio ... de oficio, por orden superior o a instancia de parte, iniciar la tramitación de la autorización de residencia de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas (de 9 a 3 meses, art. 172.1 RELOEX), ha paliado en gran medida una de las consecuencias más graves de las dilaciones indebidas en la constitución formal de la tutela (el retraso de la regularización administrativa de estos niños y niñas). Centrándonos ya en la cuestión específica del acceso a la autorización de residencia, el punto de partida lo encontramos en el citado art. 35.7 LOEX, que establece

Se considerará regular ... la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza

214. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2004-00006> (18/04/2026).

215. Ver «Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2021»

<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2022/04/Ni%C3%B1os-y-adolescentes-en-el-IA-2021.pdf> (18/04/2026).

la tutela y una vez ... acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

Era en el desarrollo reglamentario de este precepto (en la redacción del RELOEX dada por el RD 557/2011) donde se generaban graves dificultades para el acceso adecuado a la regularidad administrativa por parte de la infancia migrante no acompañada, más allá de las vinculadas a la analizada falta de activación de la tutela. Retrasos en la presentación de la solicitud de la autorización de residencia (por una errónea interpretación del señalado plazo de 9 de meses como una «espera obligatoria» antes de presentar la solicitud, lo que condenaba a la irregularidad administrativa durante todo el periplo en el sistema de protección a las personas menores que entraban en el mismo con una edad cercana a la mayoría), dificultades de acceso a la autorización de trabajo a los mayores de 16 años y para la renovación de la autorización de residencia, incertidumbre máxima con la llegada de la mayoría de edad ...

Gran parte de estas disfunciones quedaron paliadas por las modificaciones realizadas en el RELOEX por el RD 903/2021, que se han trasladado también al nuevo RELOEX aprobado por el RD 1155/2024 en sus arts. 172 a 174, destacando:

- La citada reducción del plazo máximo para iniciar el procedimiento de solicitud de la autorización de residencia (de 9 a 3 meses).
- Autorización de residencia y trabajo con duración de 2 años para mayores de 16 años, siempre y cuando la entidad de tutela considere que la integración en el mercado de trabajo es positiva para su proceso socioeducativo²¹⁶.
- Si se mantienen las causas que motivaron su concesión, renovación de la autorización inicial por 3 años, salvo que sea aplicable la residencia de larga duración.

Como ya hemos reiterado a lo largo de este trabajo, una de las principales lagunas de nuestro sistema de protección es la adecuada preparación para una transición a la mayoría de edad, y por ende para la vida independiente. En el caso de las personas jóvenes migrantes extranjeras extuteladas, antes de la modificación del RELOEX en 2021, un porcentaje no menor de ellas se encontraban

216. López considera que la exigencia del visto bueno por parte de la entidad de tutela podría establecer una situación discriminatoria en el acceso al mercado laboral respecto a las personas de nacionalidad española que se encuentren en la franja de edad entre 16 y 18 años (López 2022, 894). A nuestro juicio, en el contexto del sistema de protección se puede entender como razonable este requisito, ya que una persona menor española que se encuentre en ese sistema al llegar a los 16 años, aunque no necesite una autorización de trabajo, igualmente tendrá que contar con la aquiescencia de la entidad que ostenta su tutela para que realice una actividad laboral, en la medida que la considere necesaria en su itinerario formativo.

con el gran hándicap de llegar a los 18 años en situación documental irregular o con una autorización de residencia que no les permitía trabajar. Con la citada reforma, se ha despejado significativamente de obstáculos la vía para que estas personas adultas jóvenes puedan iniciar esta nueva etapa vital al menos con un estatus administrativo que les permita residir y trabajar en España de forma regular. Como ya vimos, otra cuestión es la escasez de recursos sociales de acompañamiento integral en este proceso de adaptación a la vida adulta, que todavía sigue siendo una asignatura pendiente.

Centrándonos en la cuestión documental, el actual RELOEX distingue entre aquellas personas jóvenes extuteladas que llegan a los 18 años con una autorización de residencia en vigor (art. 173 RELOEX) y las que llegan en situación de irregularidad administrativa (art. 174 RELOEX).

Las primeras podrán solicitar la renovación de este permiso entre los 2 meses previos al fin de su vigencia y los 3 meses posteriores²¹⁷. Para la concesión de la renovación se tendrá en cuenta los antecedentes penales y el informe positivo de la entidad de tutela y/o de otras instituciones que hubieran intervenido en su itinerario socioeducativo. En cuanto a los requisitos, el gran cambio lo supuso la flexibilización de los económicos, tanto en la cuantía (basta con el equivalente de la cuantía individual mensual del IMV), origen (rentas del trabajo o prestaciones sociales) y en la posibilidad de que, en el caso de ausencia de ingresos suficientes propios, sea posible acreditar que *su sostenimiento queda asegurado dentro de un programa desarrollado por una institución pública o privada*. La autorización renovada tendrá una duración de 2 años, renovables por periodos de otros 2 mientras se mantengan las mismas condiciones, salvo que proceda la residencia de larga duración.

Las segundas, podrán optar por una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Para ello deben reunir los requisitos necesarios para obtener la autorización durante la minoría de edad y haber participado en programas formativos para su integración social o contar con un informe de las entidades competentes que la acrediten. Deberán solicitarla entre los 2 meses anteriores y los 3 posteriores a la mayoría de edad, pero en casos excepcionales este plazo se puede ampliar hasta los 20 años. Se les exigirá unos recursos económicos similares a los ya expuestos, carecer de antecedentes penales y que la persona solicitante haya estado en España hasta la solicitud. El periodo de duración y las condiciones de renovación serán comunes a las del otro supuesto.

Estos cambios normativos han tenido unos efectos prácticos más que destacables. Así lo acredita el Observatorio Permanente de la Inmigración (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones), que a finales del 2025 publicó el informe estadístico sobre las «Personas menores no acompañadas y jóvenes ex-

217. En este último caso el RELOEX advierte que se podrá imponer una sanción administrativa por solicitarla una vez extinguida la autorización previa. Teniendo en cuenta la complejidad personal, social y administrativa del momento de transición a la mayoría de edad, si se decide (a nuestro juicio con buen criterio) otorgar esta flexibilidad en materia de plazos, consideramos esta amenaza de sanción desproporcionada y carente de sentido.

tuteladas, de 16 a 23 años, con autorización de residencia en vigor»²¹⁸, donde afirma lo siguiente:

A 30 de septiembre de 2025 había un total de 20.116 personas de 16 a 23 años menores tuteladas o jóvenes extuteladas (con autorización de residencia), lo que supone una variación del 155,3% desde el 30 de junio de 2021. Esta variación es más elevada en el colectivo de jóvenes extuteladas/os de entre 18 y 23 años, con un 190,3%. Con respecto a la inserción laboral de estas personas, entre estas dos mismas fechas el porcentaje de afiliación a la Seguridad Social ha pasado del 27% al 62%. (pág. 4)

Esta circunstancia demuestra cómo en ocasiones la efectividad real de los derechos fundamentales depende más de las normas de inferior grado (e incluso de su interpretación) que de los grandes tratados de DIDH o de los textos constitucionales. Ello admite una doble interpretación; una negativa, en el sentido de que toda la progresión que en esos niveles normativos superiores se ha conseguido para consolidar los principios en los que se basan los derechos de la infancia queda condicionada por estas determinaciones del legislador ordinario. Pero esa misma «debilidad» se puede convertir en oportunidad para quienes sostienen una perspectiva «pro derechos», ya que como acabamos de analizar, estas mismas normas reglamentarias pueden ser utilizadas para profundizar y reforzar la efectividad material de dichos principios, con unos requisitos procedimentales mucho más ágiles. Volveremos sobre esta cuestión en el apartado de conclusiones.

En este momento es necesario retomar la previsión específica sobre la infancia migrante no acompañada que realiza la regulación de la atribución/adquisición de la nacionalidad española del CC. El art. 22.2 CC, al tratar la adquisición por residencia, establece que

Bastará el tiempo de residencia de un año para: ... El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, curatela con facultades de representación plena, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud

Nos parece que esa rebaja en el plazo de residencia está plenamente justificada por la situación específica de la infancia migrante no acompañada, que reclama que se faciliten todos los mecanismos sociales y jurídicos para garantizar un ejercicio pleno de su ciudadanía y con ello su mejor integración en la sociedad española.

218. https://www.inclusion.gob.es/documents/3976286/3995073/stock_menores_nota.pdf/004304b5-890e-b156-39f1-01ba9eff89de?t=1765970799233

En la línea de lo comentado previamente, hay que prestar una especial atención a los requisitos procedimentales establecidos para la adquisición de la nacionalidad española, ya que la configuración de los mismos dará pistas respecto a una voluntad «expansiva o restrictiva» en esta materia. El actual procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia se encuentra regulado en el RD 1004/2015, de 6 de noviembre. Para el general de los solicitantes de la nacionalidad española por residencia, el RD estableció unos requisitos «extra» que se pueden calificar como restrictivos para acreditar la *buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española* que exige el art. 22.4 CC; en este aspecto el art. 6.1 RD 1004/2015 determina que

Los interesados deberán superar tanto los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera (DELE) como mínimo de nivel A2, como la prueba que acredite el conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España (CCSE) ...

Sin embargo, de estos exámenes estarán exentas las personas menores de edad o con discapacidad, que podrán acreditar su grado de integración con *certificados de centros de formación, residencia, acogida, atención o educación especial en los que ... haya estado inscrito el interesado* (art. 6.6 RD 1004/2015).

Por lo tanto, la infancia migrante no acompañada que se encuentra en el sistema de protección se puede beneficiar de esta privilegiada vía de acceso a la nacionalidad española, tanto por el reducido plazo de residencia exigido como por la señalada exención de los requisitos procedimentales más restrictivos²¹⁹. No obstante, a pesar de este contexto favorable, no es una opción que esté siendo muy utilizada (APDHA 2019, 159). Sería necesario que todos los responsables de las entidades de tutela conozcan la existencia de esta posibilidad, y que protocolicen la valoración de la activación de la misma en todos los casos en los que las personas menores migrantes tuteladas cumplan con los requisitos establecidos.

Entendemos que una posible modificación normativa ayudaría a aumentar el número de solicitudes de nacionalización de menores y jóvenes migrantes que están o han pasado por el sistema de protección. En su momento destacamos que la realidad de la infancia migrante no acompañada es marcadamente transnacional, siendo muy común que se mantengan vínculos tanto con el país de origen como con el de destino. Por tanto, sería coherente con ese contexto que este colectivo fuera incluido en los supuestos en los que se permite la doble nacionalidad. De esta manera se ajustaría la realidad social y la jurídica, y se permitiría que ese proceso de crecimiento hacia la vida adulta, naturalmente

219. Como recuerda Andrés, esta excepción se aplicará siempre y cuando se inicie el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española durante la minoría de edad. En el caso de que una persona joven extutelada solicite la nacionalidad, sí que tendrá que pasar por estos exámenes (Andrés 2020, 47).

transnacional, se pueda realizar de forma adecuada, ya que para adquirir la nacionalidad española no tendría que renunciar a la de origen, como exige el art. 23 b) CC para todas las personas nacionales de países con los que España no admita la convivencia de ambas nacionalidades.

Haremos ahora mención a una de las cuestiones que más incidencia práctica tiene en la situación de la infancia migrante no acompañada en España, como es el reparto de competencias entre Estado y CCAA en materia de protección menores. En el capítulo 2º de la presente obra realizamos algunas consideraciones generales al respecto, que damos por reproducidas en este momento.

En realidad, las dificultades en este contexto no están relacionadas tanto con cuestiones técnico-jurídicas, sino que devienen de situaciones fácticas y sociopolíticas. Las primeras están relacionadas con la situación geográfica de las CCAA; las comunidades situadas en la «frontera Sur» son las que, al menos en la primera acogida, tienen que asumir una mayor responsabilidad cuantitativa. Nos referimos esencialmente a Canarias, Andalucía, Ceuta y Melilla. El reto se encuentra en establecer los mecanismos de solidaridad horizontal entre estas CCAA de la «frontera Sur» y el resto, bajo la coordinación del Estado, para repartir de forma equitativa la asunción de la responsabilidad de tutelar a estos niños y niñas.

Sin embargo, entendemos que esta coordinación administrativa no debería suponer un obstáculo insalvable si no existieran los mencionados factores sociopolíticos. Al inicio del presente capítulo hicimos mención a la criminalización social y política de la que ha sido objeto la infancia migrante no acompañada en los últimos años, circunstancia aprovechada (y fomentada) por la extrema derecha como «reclamo electoral», y que ha sido tristemente efectiva, a pesar de estar basada en pura desinformación o en prácticas directamente encuadrables en la propagación del discurso de odio.

Pero es que las personas menores extranjeras no acompañadas no solo se han convertido en tema de debate habitual en las campañas electorales, sino que se utilizan como «munición de alto calibre» en la confrontación partidaria, e incluso en el choque entre instituciones controladas por diferentes formaciones políticas en nuestro país. Para ilustrar este aspecto, dos ejemplos de máxima relevancia a nuestro juicio.

En el año 2024, la formación de extrema derecha VOX rompió todos los gobiernos autonómicos de coalición con el PP, acusando a la formación conservadora de haber aceptado participar en el sistema propuesto por el Estado central para trasladar una parte de niñas y niños migrantes no acompañados desde las CCAA de la frontera Sur a otras regiones. Santiago Abascal, líder de VOX, para justificar esta decisión, declaró lo siguiente:

«Nadie ha votado a Vox, y me atrevería a decir que tampoco al PP, para que continúe la invasión de la inmigración ilegal y de “menas”»²²⁰

220. https://www.eldiario.es/politica/abascal-comunica-direccion-vox-sale-gobiernos-autonomicos-les-retira-apoyo_1_11516181.html (18/04/2026).

Consideramos más preocupante aún que los partidos políticos de la derecha democrática de nuestro país no solo estén asumiendo el discurso criminalizador de la infancia migrante no acompañada, sino que también están dando el paso de utilizar a este colectivo especialmente vulnerable como arma arrojadiza en el choque institucional entre administraciones regidas por diferentes partidos políticos. En este aspecto, destaca la CA de Madrid, y en especial su presidenta Isabel Díaz Ayuso (PP), que promueve un choque institucional constante con el ejecutivo central (sostenido por la coalición PSOE-Sumar) donde la inmigración en general, y las personas menores extranjeras no acompañadas en particular²²¹, son objeto de fricción de forma reiterada. La CA Madrid ha liderado a las CCAA que se oponen a cualquier sistema de derivaciones de estos niños y niñas desde las comunidades de la frontera Sur al resto de regiones²²². Incluso recientemente se ha abierto una nueva línea de enfrentamiento entre esta CA y el Gobierno central con las niñas y niños no acompañados como protagonistas involuntarios, ya que la primera exige a la Delegación del Gobierno en Madrid que lleven a cabo procedimientos de repatriación de menores migrantes que están bajo su tutela que consideran «conflictivos» y con «dificultades de adaptación»²²³. Llama la atención que no se refieren a niñas y niños recién llegados, sino a menores que ya tienen una trayectoria en el sistema de protección madrileño, por lo que quizás sería prioritario indagar en qué ha fallado en ese sistema para que se generen dichos problemas de integración y aplicar las correspondientes medidas correctivas, antes que directamente reclamar su expulsión a los países de origen.

Por lo expuesto, en este contexto sociopolítico de criminalización de la infancia migrante no acompañada y de su utilización como elemento de confron-

Y esta estrategia de VOX se mantiene como un eje estratégico en su relación con el pp. Así se plasma en el acuerdo de gobierno para la Junta de Extremadura alcanzado por ambas formaciones partidarias en abril de 2026. Junto a la inadmisibile (política y jurídicamente) «prioridad nacional» en el acceso a los servicios sociales, en el apdo. 4º del acuerdo se expone lo siguiente: *No más menores extranjeros no acompañados (MENAS). ... La Junta de Extremadura ... se opondrá por todos los medios legales, jurídicos y políticos a cualquier mecanismo de reparto de inmigrantes ilegales, tanto mayores como menores de edad. No participará en ningún caso en reformas normativas ni acuerdos presupuestarios destinados a facilitar, financiar o consolidar su entrada, acogida o permanencia en Extremadura*

<https://sta.articulo14.es/main-files/uploads/2026/04/20260416-ACUERDO-PP-VOX-FINAL.pdf> (18/04/2026).

221. La presidenta Ayuso ha llegado a acusar en sus redes sociales al Gobierno de España de desentenderse de unos menores extranjeros que cada «son más agresivos y llegan en peores condiciones»

<https://www.infobae.com/espana/2025/09/03/del-discurso-de-odio-contra-los-migrantes-a-las-acciones-concretas-violentas-la-extrema-derecha-necesita-demonizar-a-un-grupo/> (18/04/2026).

222. Paradójicamente, en la actualidad el PP, en solitario o en coalición, gobierna en las 4 CCAA fronterizas (Andalucía, Canarias, Ceuta y Melilla), que son precisamente las que reclaman con mayor insistencia esos mecanismos de responsabilidad territorial compartida en la protección de la infancia migrante no acompañada.

223. <https://www.elmundo.es/madrid/2026/03/18/69b99d52e4d4d8cf488b457e.html> (18/04/2026).

tación partidaria e institucional, es muy complejo que el principio del interés superior del menor sea el parámetro prioritario para establecer un marco de cooperación adecuado entre CCAA, y entre éstas y el Estado, con el objetivo de un ejercicio eficaz de las competencias en materia de protección de niñas y niños migrantes que llegan a nuestro país sin un adulto de referencia. A pesar de que las conclusiones materiales de cualquier análisis jurídico respecto a la determinación de la administración competente en materia de protección de la infancia migrante no acompañada van a estar condicionadas por el marco sociopolítico descrito, haremos algunas consideraciones al respecto.

Sin desconocer que el marco constitucional de reparto de competencias determinado por los arts. 148 y 149 CE y los correspondientes estatutos de autonomía determinan la primacía de las CCAA en este aspecto, De la Quadra defiende que tendría cabida que el Estado asumiera las competencias de protección de personas menores extranjeras no acompañadas en las primeras fases de su llegada a España, es decir, mientras se determina su filiación, edad, posible repatriación y se decide la CA que debe asumir de forma definitiva su tutela. El título competencial que daría cobertura a esta solución sería el contemplado en el art. 149.1.2º (*Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*), y el autor propone que sea el Ministerio de Juventud e Infancia el que asuma la guarda provisional de estas personas. Para ello plantea la modificación del art. 35.3 LOEX (además de las necesarias en las normas reglamentarias que determinan el organigrama y asignación de funciones de las diferentes instancias del Ministerio) (De la Quadra 2024, 31-32). Esta propuesta nos genera algunos interrogantes, ya que si se esgrime el título competencial del art.149.1.2º, tendrían dificultades de encaje en esa tutela provisional estatal los menores cuya minoría esté establecida fehacientemente desde el primer momento, e igualmente podría entenderse que bajo dicho título el ministerio competente debería ser el de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

No se puede olvidar que la fuerte descentralización territorial que caracteriza al Estado español desde la aprobación del texto constitucional de 1978 está matizada por dos principios: el de solidaridad interterritorial y el de cooperación entre administraciones. De esta manera el art. 2.1 CE acompaña el reconocimiento del *derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones* con un llamamiento a la *solidaridad entre todas ellas*, sobre la que insiste en el art. 138.1 CE, estableciendo las bases para su *realización efectiva*.

Por su parte, el art. 103.1 CE proclama el principio de cooperación como uno de los que debe regir la acción de la Administración, que se desarrolla y especifica en el art. 140 LRJSP

1. *Las diferentes Administraciones Públicas actúan y se relacionan con otras Administraciones y entidades u organismos vinculados o dependientes de éstas de acuerdo con los siguientes principios: ... c) Colaboración, entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes. d) Cooperación, cuando dos o más Administraciones Públicas, de manera voluntaria y*

en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común. e) Coordinación, en virtud del cual una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común ...

La jurisprudencia del TC otorga carácter sistémico a la colaboración entre administraciones territoriales

«El deber de colaboración, que no es preciso justificar en preceptos concretos ... se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución ...» (STC 76/1983, FJ 53º).

Centrándonos en la normativa sectorial sobre extranjería y migraciones, también encontramos referencias al principio de solidaridad interterritorial, cuando el art. 2 bis 3º LOEX, al establecer las bases de la *política inmigratoria* determina que

El Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia

Por lo tanto, además de la citada opción de la asunción directa por el Estado de las competencias de primera acogida de la infancia migrante no acompañada con base en lo dispuesto en el art.149.1.2º, De la Quadra afirma que la intervención estatal en esta materia se puede igualmente articular a través de la competencia contemplada en el art. 149.1.1º, que determina que el Estado puede regular *las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*²²⁴ (De la Quadra 2024, 33-34). Para García, lo anterior, en interpretación conjunta con el art. 2 bis 3º LOEX, también habilita al Estado para coordinar la derivación de niñas y niños migrantes no acompañados desde las CCAA de la frontera Sur a otros territorios del Estado (García 2023, 6). El lugar natural para vehiculizar dicha coordinación sería la citada Conferencia Sectorial de infancia y adolescencia —CSIA— (arts. 147 y ss. LRJSP y art. 7 LOPIAV).

Esta materia está abierta igualmente a la cooperación horizontal entre CCAA prevista por el art. 145.2 CE desde la perspectiva general, y por el art. 35.12 LOEX en la específica de la infancia migrante no acompañada

224. Dicha labor de coordinación se deberá llevar a cabo dentro de los límites establecidos por la jurisprudencia constitucional: *... estar específicamente atribuida y suficientemente predeterminada, debe responder a la protección de intereses generales o comunitarios. Se trata de una doble exigencia constitucional de predeterminación y proporcionalidad... con la participación de las administraciones afectadas* (STC 82/2020, FJ 6º).

Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración.

García destaca la escasa (o nula) aplicación que ha tenido lo dispuesto por el art. 35.12 LOEX desde su entrada en vigor, coincidiendo en nuestro diagnóstico respecto a que la razón de esta situación reside en la *falta de interés y al coste político que supone acoger al colectivo MENA, que se ha llegado a criminalizar por los gobiernos autonómicos* (García 2023, 7). Entendemos que la misma respuesta debería aplicar la autora cuando más adelante propone una alternativa que como a ella nos parece que debería ser perfectamente factible

No encontramos ningún motivo para no aplicar el criterio que se sigue respecto a los migrantes adultos, cuya primera acogida es asumida por las CCAA y que después son distribuidos por todo el territorio nacional a cargo de la AGE (García 2023, 8).

En el contexto del crecimiento de llegadas de niñas y niños migrantes sin un adulto de referencia a las Islas Canarias que se dio durante el año 2024 pudimos asistir a un «fuego cruzado» institucional entre la CA canaria y el Estado, y entre ambos con el resto de CCAA, respecto a la determinación de la administración que debía de hacerse cargo tanto de la primera acogida como de la tutela definitiva de esas personas menores de edad. De este choque institucional podemos destacar dos resoluciones que el Gobierno canario dictó en septiembre de 2024 (Acuerdo del Gobierno de Canarias, de 02/09/2024, «En relación con los menores extranjeros no acompañados», y la resolución de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, de 10/09/2024, «Por la que se establece el protocolo territorial de recepción de menores extranjeros migrantes no acompañados en la Comunidad Autónoma de Canarias»), que fueron recurridas por el Gobierno central ante el TC, que declaró inconstitucional parcialmente la primera e íntegramente la segunda en la STC 43/2025.

El acuerdo de 02/09/2024, entre otras cuestiones, establece:

Apdo. 2º Comunicar a las entidades colaboradoras que no reciban nuevos migrantes con cargo a esta comunidad autónoma, salvo la previa comunicación de conformidad o la autorización expresa de las autoridades autonómicas competentes, en orden a proteger el interés de los menores no acompañados que ya están atendiendo.

Por su parte, el Protocolo determina:

Apdo. 1º El objeto del protocolo de recepción de menores migrantes no acompañados es la necesaria ordenación de la recepción de menores extranjeros migrantes no acompañados que se encuentren en situación

de desamparo en Canarias. No es objeto de este protocolo territorial, al no proceder la entrega y recepción por los servicios de protección de menores ... de los menores migrantes no acompañados que hayan sido rescatados por el Estado en el mar, o ... interceptados por Guardia Civil y Policía Nacional a su llegada a la costa ejerciendo funciones de frontera, dado que no están desamparados porque cuentan con la atención inmediata del Estado ...

El apdo. 3º asigna al Estado central la cumplimentación de unos requisitos administrativos previos a la recepción de la persona menor de edad extranjera no acompañada por parte de la CA canaria, que solamente sería efectiva si, tras una comunicación previa, los servicios autonómicos verifiquen *la disponibilidad de plazas en las condiciones de garantías legalmente exigidas para ser atendido* (apdo. 4º).

El TC, en la citada STC 43/2025, en base a lo dispuesto por los arts. 148 y 149 CE, arts. 12 y 14 LOPJM, art. 172 CC, art. 35 LOEX y el propio art. 144 del Estatuto de Canarias, afirma que

... la recepción y acogimiento inicial de un extranjero menor de edad, o que pudiera, razonablemente, serlo, es competencia de la comunidad autónoma que tenga asumidas estatutariamente competencias en materia de protección de menores ... De estas previsiones se apartan las resoluciones recurridas al ordenar, la primera, la no recepción de nuevos migrantes con cargo a la comunidad autónoma, como al excluir el protocolo de la entrega y recepción por los servicios de protección de menores de la Comunidad ... de Canarias a los menores migrantes no acompañados que hayan sido rescatados por el Estado en el mar o que sean interceptados por Guardia Civil y Policía Nacional a su llegada a la costa, bajo el pretexto de no estar desamparados ... Nuestra doctrina es clara acerca de la irrenunciabilidad e indisponibilidad de las competencias... Las relaciones del Estado, con las comunidades autónomas, se sustentan en la fijación de esferas de competencia indisponibles e irrenunciables por imperativo constitucional... acoger el motivo de impugnación consistente en que la Comunidad ... de Canarias ... habría dispuesto de sus competencias en materia de protección de menores, y, en particular de los menores extranjeros no acompañados, en forma contraria a su propio estatuto de autonomía.

Nos parece muy interesante la precisión que realiza el TC respecto a la irrenunciabilidad de las competencias atribuidas o asumidas por cada administración a través del sistema constitucional establecido para ello. No es aceptable que se pretenda realizar un ejercicio selectivo de las competencias, que determine su reivindicación y defensa hasta las últimas consecuencias en determinados supuestos, y el tratar de eludirlas en aquellos casos en los que su desarrollo no responda a los intereses electorales de los responsables políticos de la adminis-

tración de que se trate. En el caso de las CCAA, estas actitudes chocan frontalmente con un ejercicio adecuado del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones en el marco del principio de solidaridad entre ellas (art. 2 CE). Y en la materia que nos ocupa en estas páginas, la gravedad de esta dejación de funciones se incrementa exponencialmente al incidir en un colectivo especialmente vulnerable como es la infancia migrante no acompañada.

Pero es que el Estado central tampoco puede presumir del cumplimiento entusiasta de sus competencias a la hora de garantizar la indemnidad de los derechos de niñas y niños migrantes no acompañados en la primera acogida. Nos referimos a aquellos que opten por solicitar protección internacional, ya que hay que tener en cuenta que las cuestiones relacionadas con el asilo y la protección internacional son competencia exclusiva estatal (art. 149.1.2 CE). Más en concreto, en lo concerniente a la gestión del sistema de acogida en materia de asilo, el art. 31 de la Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria (Ley 12/2009), el art. 5 del Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional y el art. 7 bis del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones determinan que será la Dirección General de Gestión del Sistema de Acogida de Protección Internacional y Temporal de la Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la competente. Partiendo de esta base, y de nuevo en el contexto del incremento de llegadas de niñas y niños no acompañados a las costas canarias en el año 2024, el Gobierno de la CA de Canarias reclamó al Estado central que se hiciera cargo de la acogida de las personas menores de edad solicitantes de protección internacional que se encontraban en el sistema de protección canario.

Ante la negativa del Gobierno de España, la CA canaria interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo (recurso ordinario 22/2025), en el marco del cual la CA solicitó que cautelamente el Estado se hiciera cargo de las más de 1200 personas menores extranjeras que se encontraban en el sistema de protección de menores de Canarias y a las que potencialmente podría concedérseles protección internacional. El TS, en un auto de 25/03/2025 (ATS 3180/2025) dio un plazo de 10 días «improrrogable» a la Administración General del Estado (AGE) para que garantizara el acceso al sistema nacional de acogida de protección internacional de todos los menores que hubieran solicitado protección internacional o hubieran manifestado su voluntad de hacerlo. Dado que es un auto en una pieza de medidas cautelares, no resuelve de forma definitiva el fondo del asunto, pero en su fundamentación jurídica el TS adelanta que en este supuesto al menos hay competencias concurrentes de ambas administraciones (asilo/protección internacional por parte del Estado y protección de menores en el caso de la CA), y que teniendo en cuenta la situación de desbordamiento que sufría en ese momento el sistema de protección canario, el interés superior del menor imponía la asunción de la acogida por parte de la AGE.

A pesar de la contundencia y premura temporal del auto, 7 meses después el Estado todavía no lo había ejecutado, por lo que el TS se vio obligado a requerirle de nuevo para su cumplimiento mediante un auto de 21/10/2025 (ATS 9796/2025). Una vez más nos encontramos con una administración haciendo dejación de sus competencias, revistiendo este caso una singular gravedad por añadir el incumplimiento de una resolución judicial que contiene un mandato directo que exige el adecuado ejercicio de las mismas. Y como venimos reiterando a lo largo de este trabajo, cuando estas disfunciones inciden en un sector social vulnerable, el reproche social, político y jurídico debe ser correlativamente más severo.

Una vez hecha referencia a estos casos concretos que nos ayudan a dimensionar el impacto práctico de este aspecto en derechos básicos de la infancia migrante no acompañada, retomaremos el análisis del rol que está teniendo la CSIA en este ámbito. Hay que tener en cuenta que los acuerdos cerrados en una conferencia sectorial (CSIA incluida) tienen distinto carácter vinculante dependiendo de si estos se perfeccionan como consecuencia de la cooperación horizontal entre CCAA o si se alcanzan por el ejercicio de la competencia de coordinación de la Administración General del Estado. Según dispone el art. 151.2.a) LRJSP, en el primer caso solo serán vinculantes para aquellas CCAA que hayan votado a favor del acuerdo (colaboración voluntaria), mientras que en el segundo serán de obligado cumplimiento para todas las CCAA, independientemente del sentido de su voto (colaboración forzosa).

En este contexto destaca que el 30/09/2022 el pleno de la CSIA aprobó el «Modelo de gestión de contingencias migratorias para la infancia y adolescencia no acompañada»²²⁵. El objetivo de este documento sería

Dar respuesta ... a las necesidades derivadas de llegadas de gran número de personas menores de edad no acompañadas que exijan un sobre esfuerzo a las EEP²²⁶ en lo que se refiere a recursos, infraestructuras, dotaciones, coordinación institucional y colaboración entre administraciones ...

Establece igualmente una serie de principios y criterios de actuación, que en gran medida coinciden con los proclamados por el DIDH y asumidos por nuestro ordenamiento jurídico estatal en materia de derechos de la infancia, pero a los efectos que nos interesan ahora, se exige

Corresponsabilidad, cooperación y solidaridad, entre el Estado y las CCAA en el reparto de responsabilidades y obligaciones que garantizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.

225. https://www.juventudeinfancia.gob.es/sites/default/files/conferencia-sectorial/acuerdos/Certificacion_del_Modelo_de_gestion_de_contingencia.pdf (18/04/2026).

226. Entidades Públicas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas.

Se contemplaba que el modelo se activará cuando se declare la *situación de crisis migratoria* (o *contingencia migratoria*), declaración que correspondería a la propia CSIA. El principal criterio para la puesta en marcha sería la *sobreocupación del sistema de protección*²²⁷. A partir de la declaración se pondría en marcha un *plan de respuesta* a través del cual se movilizarían recursos económicos, materiales y personales para dar respuesta a la contingencia, así como para determinar la derivación de niñas y niños migrantes no acompañados entre CCAA. La adhesión a ese plan sería voluntaria, creándose una comisión entre las CCAA que hubieran decidido participar para su gestión.

Este modelo no ha tenido una gran incidencia práctica en la resolución de las situaciones materiales de «contingencia migratoria» que se fueron dando desde su puesta en marcha. De forma temprana Ceriani señaló algunas de las deficiencias estructurales del modelo:

Carácter voluntario de la adscripción de las ... CCAA a cada Plan de respuesta / Posibilidad de establecer requisitos adicionales para concretar la derivación de niños/as en el marco de un Plan de respuesta .../ Necesidad de contar con planes de contingencia por parte de las instituciones que intervienen en esas circunstancias, como la Fiscalía, la Policía Nacional, o la Delegación/Subdelegación del Gobierno.... / Lentitud de los procedimientos advos. y de gestión presupuestaria / Necesidad en la formalización de convenios entre CCAA .../ Falta de plazas en las CCAA que tienen que recibir (Ceriani 2023, 21-23).

Ante este escenario, el Gobierno de España aprobó el 18/03/2025 el Real Decreto-ley 2/2025 por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias²²⁸. Este RDL añade 4 nuevos artículos a la LOEX (arts. 35 bis, ter, quáter y quinquies) donde, como su propio título indica, trata de situar el interés superior del menor en el centro de la resolución de las situaciones donde se generen dificultades para una atención adecuada a la infancia migrante no acompañada por un incremento puntual de llegadas que tensionen los sistemas de protección de menores de determinadas CCAA. Estos nuevos preceptos LOEX han sido desarrollados por el Real Decreto 658/2025, de 22 de julio, por el que se regulan las medidas a adoptar en situaciones de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada²²⁹.

227. Definida genéricamente como *cuando el número de niños, niñas y adolescentes dentro del sistema de protección sea significativamente superior al número de plazas disponibles en el sistema*

228. Convalidado por el Congreso el 10/04/2025

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2025-7435#:~:text=TEXTO%20ORIGINAL,los%20Diputados%2C%20Francina%20Armengol%20Socias.> (18/04/2026).

229. El nuevo RELOEX de 2024 ya mandataba en su art. 166.2 a la Secretaría de Estado de Migraciones impulsar *la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destina-*

Hay algunos elementos de interés en el nuevo procedimiento que establecen ambas normas. En primer lugar, el RDL esgrime como títulos competenciales habilitantes:

el artículo 149.1, apartados 1.^a y 2.^a (CE) que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y en las materias de inmigración y extranjería ... (Disp. Final 1^a)

Ello refuerza la interpretación indicada más arriba respecto a que estos títulos habilitan a la AGE para intervenir en determinados aspectos de la configuración y aplicación del sistema de protección en lo que afecta a las personas menores extranjeras no acompañadas.

A nuestro juicio, una de las principales novedades reside en que la activación e implementación de las medidas no depende en última instancia de la adhesión voluntaria de las CCAA como en el anterior protocolo. Se establece una preferencia por la negociación y el consenso entre CCAA y AGE en el seno de la CSIA; se habilita a esta última para acordar por unanimidad *la declaración de la situación de contingencia migratoria*, la aprobación del *Plan de respuesta a dicha situación*, así como ... *los criterios para la aplicación de dicho Plan* (art. 35 bis LOEX). Pero si no es posible alcanzar ese acuerdo, el mismo precepto indica que

En defecto de dicho acuerdo unánime, los requisitos para la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria ... el Plan de respuesta a dicha situación, y los criterios para la aplicación de dicho Plan se regularán de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

Por lo tanto, con ello se trata de evitar el bloqueo institucional y la desprotección de la infancia migrante no acompañada, cuando por cualquier motivo (especialmente cuando éste sea la mera confrontación por intereses partidistas) sea imposible el consenso. Se establecen unos criterios objetivos que obligarán a declarar la situación de contingencia migratoria extraordinaria: cuando en las CCAA afectadas el *sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas exceda en ocupación tres veces su capacidad ordinaria*²³⁰. Asigna a la AGE la competencia para determinar la CA en la que se reubicarán las personas menores migrantes no acompañadas que se encuentren

do a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación. El propio RD 658/2025 hace referencia a este mandato como fundamento del protocolo que detalla.

230. La nueva disposición adicional 11^a LOEX introducida por el RDL establece los criterios para determinar esa capacidad ordinaria.

en el territorio donde se haya declarado la situación de contingencia, de acuerdo con los criterios establecidos en los arts. 35 ter y quáter. El art. 35 ter de nuevo da preferencia al acuerdo que se pueda alcanzar en el seno de la CSIA en su apdo. 1º, pero en su defecto, se aplicarán los parámetros establecidos en el 2º, que tienen en cuenta población, renta, tasas de desempleo, el «esfuerzo en atención a personas menores no acompañadas» ... de cada una de las CCAA que puedan ser destinatarias de una reubicación.

Por su parte, el art. 35 quinquies determina que

En defecto del acuerdo unánime de la (CSIA) a que se refiere el artículo 35 bis.1, los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria serán adoptados en el seno de la (CSIA) en ejercicio de las funciones de coordinación de la (AGE), en los términos del artículo 151.2.a) LRJSP ...

Por lo tanto, tal como señalamos, esto implica que lo que resulte del ejercicio de esa coordinación de la AGE en la CSIA será de obligado cumplimiento para todas las CCAA, independientemente de cuál haya sido el sentido de su voto en la misma.

El citado RD 658/2025 desarrolla y especifica las previsiones generales que el RDL 2/2025 ha introducido en la LOEX a las que acabamos de hacer una sucinta referencia. Consideramos que estas modificaciones tienen la virtud de dotar al sistema de herramientas para evitar las situaciones de bloqueo y parálisis derivadas del choque institucional entre administraciones de diferente color político como las que se han producido de forma reiterada en esta materia en los últimos años. Por supuesto que se puede debatir si los criterios objetivos establecidos son los más adecuados, e igualmente si el refuerzo de la capacidad de decisión en última instancia de la AGE servirá para garantizar la primacía práctica del interés superior en este ámbito, en la medida que los responsables políticos que la controlen en cada momento incluyan o no este objetivo entre sus prioridades; pero a pesar de esos condicionantes entendemos que la reforma supone un avance respecto al contexto anterior.

Al cierre de estas líneas el Gobierno de España dio cuenta de los resultados materiales del primer año de vigencia del nuevo marco normativo²³¹. Destaca el Ejecutivo central la mejora de la situación de los sistemas de protección de Ceuta, Melilla y Canarias en lo que afecta a la situación de la infancia migrante no acompañada. Según sus datos, en Ceuta se habían cumplimentado más del 90% de los expedientes de reubicación y en Melilla esa cifra alcanza el 76%. Sin embargo, en Canarias, CA con un mayor número de niñas y niños candidatos potenciales a ser reubicados en otros territorios, ese porcentaje se reduce a menos del 20%, lo que a nuestro juicio debería matizar el optimismo guberna-

231. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/politica-territorial-memoria-democratica/paginas/2026/190326-reubicacion-menores-migrantes-no-acompanado.aspx> (18/04/2026).

mental sobre el funcionamiento del procedimiento²³². El Gobierno central aprovecha este balance para dar cuenta de que ya ha dado cumplimiento a lo ordenado por los citados autos del TS respecto a la asunción de la acogida de las personas menores extranjeras no acompañadas solicitantes de protección internacional; entendemos que no es una circunstancia para destacar, ya que precisamente se cumple 1 año desde el primer requerimiento.

Concluimos este apartado haciendo referencia a un episodio que se dio durante el año 2022 que demuestra de una forma muy explícita que los retos para una garantía adecuada de los derechos de la infancia migrante no acompañada residen más en la falta de voluntad política que en unos obstáculos jurídicos o administrativos insalvables. En este sentido, Wang y Corres destacan el despliegue normativo, administrativo y material que se dio en la UE en general y en España en particular para dar respuesta al flujo de personas refugiadas hacia territorio de la Unión que se produjo como consecuencia de la invasión rusa de Ucrania en febrero de 2022, flujo que incluía un porcentaje relevante de menores de edad, con y sin la compañía de adultos de referencia (Wang y Corres 2024). En el ámbito de la UE se activó de forma casi inmediata la constatación de la *existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas*, prevista en el art. 5 Directiva 2001/55/CE²³³. Dicho reconocimiento se formalizó a través de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, de 4 de marzo, apenas 8 días después del comienzo de la invasión rusa. La directiva básicamente determina la obligación de los Estados miembro de garantizar que de una forma ágil les sea reconocida una protección jurídica provisional a todas las personas desplazadas como consecuencia del evento que justificó su activación, y también que tengan acceso a los recursos de sus sistemas de protección internacional.

En España, la crisis de Ucrania tuvo dos impactos normativos relevantes en materia de protección internacional. El primero es la respuesta específica del Estado español a la situación de afluencia masiva de personas desplazadas declarada por la UE, que se implementa inicialmente por la Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania, que se remite al Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Ambas normas tratan de garantizar el acceso a un procedimiento ágil y rápido de reconocimiento de protección temporal a todas las

232. Esa necesidad de rebajar el optimismo se vio confirmada escasos días después, cuando ni siquiera se consiguió el quórum necesario en la CSIA para llevar a cabo la reunión donde se pretendían establecer las siguientes etapas del sistema tras su primer año de vigencia.

https://www.eldiario.es/desalambre/comunidades-pp-plantan-gobierno-sectorial-abordar-prorroga-reubicacion-menores-migrantes_1_13126132.html (18/04/2026).

233. *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.*

personas afectadas por la situación de conflicto que lleguen a España, así como determinar el contenido sustantivo mínimo de esa protección: autorización de residencia y trabajo, acceso a recursos sociales, libertad de circulación y residencia dentro del territorio español, reagrupación familiar... Unos días después se aprobó el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que contiene una previsión específica para la infancia migrante no acompañada (art. 49). Este precepto en gran medida reitera lo ya dispuesto en la orden, añadiendo la posibilidad de agilizar los trámites para facilitar la actuación de entidades colaboradoras en materia de protección y el acogimiento familiar, de priorizar la protección conjunta de hermanos o establecer medidas de control adicionales con el objetivo de evitar las situaciones de riesgo para las personas menores de edad desplazadas que se suelen dar en este tipo de eventos excepcionales.

Pero la crisis de movilidad humana derivada de la invasión rusa de Ucrania también dio el último impulso político necesario para la aprobación de una norma de carácter general que llevaba 12 años de retraso. Nos referimos al Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el reglamento que regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. Este reglamento debería haberse aprobado en un plazo de 6 meses tras la entrada en vigor de la Ley de Asilo de 2009 (disp. final 3ª Ley 12/2009), y también era una norma imprescindible para la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2013/33/UE (Directiva de acogida de los solicitantes de protección internacional). Había sido un Real Decreto largamente reclamado, dadas las evidentes disfunciones tanto en el procedimiento de acceso a la protección internacional como en el sistema de acogida de los solicitantes de la misma. Como hemos indicado, la crisis de Ucrania puso de manifiesto que esta dilación temporal en la conclusión del reglamento de asilo más se debía a una cuestión política que a una gran complejidad técnico-jurídica.

Uniendo el análisis de la voluntad política y de la percepción social, elementos íntimamente conectados, sobre el desplazamiento extraordinario derivado del conflicto bélico en Ucrania, se pueden plantear algunos interrogantes de difícil respuesta desde una perspectiva comparada con otras situaciones muy similares acaecidas anteriormente. Si hemos destacado la celeridad por parte de la UE para activar los mecanismos jurídicos y administrativos disponibles y la buena disposición de los Estados miembro para aportar su cooperación ante esta situación²³⁴, nada de esto ocurrió cuando se produjo una afluencia significativa de personas desplazadas hacia la UE como consecuencia del conflicto en Siria en el año 2015. Todo lo contrario, se produjo un intenso conflicto entre institucio-

234. Aplicándolos además desde una perspectiva expansiva «pro derechos»; por ejemplo, se dejó sin efecto la obligación de solicitar protección internacional en el primer Estado miembro por el que la persona haya ingresado a territorio UE, tal como establece el Reglamento de Dublín, y se facilitó la libre circulación dentro del espacio Schengen de las personas ucranianas a las que se les concediera la protección temporal (Wang y Corres 2024, 13).

nes europeas y Estados miembro, y entre Estados miembros, que puso en grave riesgo la estabilidad institucional de la UE. Pero es que también la sociedad europea tuvo una respuesta diametralmente diferente en ambos casos; si en la crisis siria hubo un porcentaje relevante de la población europea que reaccionó con rechazo ante estas personas desplazadas, con unos altos niveles de criminalización²³⁵, en el caso del desplazamiento extraordinario vinculado a la guerra de Ucrania hubo una verdadera ola de solidaridad social, con una movilización directa de la ciudadanía para apoyar a las personas ucranianas desplazadas²³⁶. Wang y Corres apuntan que una de las razones que puede explicar esta actitud social tan distinta reside en la circunstancia de que la inmensa mayoría de las personas ucranianas desplazadas fueron mujeres y menores de edad, y que por ello no eran percibidas como una amenaza (Wang y Corres 2024, 13). No negando que sea un argumento plausible, entendemos que el mismo queda desdibujado por la realidad que hemos planteado a lo largo de estas líneas: la infancia migrante no acompañada que lleva décadas arribando a las fronteras europeas es tan menor de edad y vulnerable como los niños y niñas que llegaron desde Ucrania a partir del año 2022, y hasta el momento la ola que han recibido no ha sido de acogida y solidaridad, sino más bien de rechazo y criminalización. Desafortunadamente, entendemos que ese trato tan distinto está más basado en las diferencias étnico-religiosas entre esos dos grupos humanos (caucásico y cristiano en el caso de Ucrania, magrebí/subsahariano y musulmán el que llega a la frontera Sur de Europa), que en posibles diferencias de género o edad.

235. Y ello ha tenido unas consecuencias políticas y jurídicas que llegan hasta nuestros días, tanto a nivel UE como estatal. Así, en el crecimiento electoral que ha experimentado la ultraderecha en un Estado clave en el proceso de integración europea como Alemania en los últimos años ha estado estrechamente vinculado con la crítica sistemática de su principal formación (Alternativa por Alemania —AFD—) a las políticas de acogida algo más aperturistas impulsadas ante esa situación por la canciller conservadora Angela Merkel. En el ámbito de la UE tampoco se entendería la orientación más regresiva del Pacto Europeo de Migración y Asilo que analizamos en líneas anteriores sin tener en cuenta el hecho de que los países del grupo de Visegrado (Polonia, Hungría, República Checa y Eslovaquia) en un primer momento, a los que se unieron otros Estados miembro en los que las formaciones de ultraderecha han ido incrementando su peso (como en Italia, donde directamente han alcanzado el control del Ejecutivo), tomaran como referencia la «crisis de los refugiados» de 2015 como la justificación de la necesidad de endurecer las políticas europeas de fronteras, migraciones y asilo, empujados por unas opiniones públicas nacionales con una creciente visión negativa de la movilidad humana.

236. Se organizaron incluso caravanas de personas privadas desde diferentes Estados UE para ir a las fronteras de Ucrania con territorio de la Unión para recoger directamente allí a las personas desplazadas y facilitar su llegada a los diferentes países europeos

<https://www.rtve.es/noticias/20220310/convoy-esperanza-traslados-ucranianos-solidaridad/2306789.shtml> (18/04/2026).

5. CONCLUSIONES.

Cerraremos la presente obra con una sucinta exposición de las conclusiones alcanzadas durante su proceso de elaboración, así como de algunas alternativas político-jurídicas viables para avanzar en una efectividad plena de la condición ciudadana (y de los derechos fundamentales que lleva aparejados) de las personas menores de edad en contextos migratorios.

— En toda mi trayectoria científica, en la que el estudio de la relación entre los conceptos de ciudadanía, derechos fundamentales y migraciones desde diferentes abordajes ha sido un eje central, dos conclusiones transversales emergen de forma constante, que serán igualmente aplicables a nuestro objeto de estudio específico.

La primera, que para una relación armónica de esos tres elementos es imprescindible habilitar vías legales y seguras para la movilidad humana transnacional. La práctica ausencia de las mismas obliga a los flujos migratorios a transitar por corredores informales e inseguros que propician graves vulneraciones de derechos fundamentales en los países de tránsito y en las fronteras, y condenan a iniciar su establecimiento en los países de destino desde la irregularidad administrativa, lastrando los procesos de integración social, política y jurídica²³⁷. Esas vías regulares y seguras no representan un reto técnico-jurídico insalvable, ya que las instituciones legales y procedimientos administrativos en materia de extranjería existentes en el ámbito estatal y europeo podrían adaptarse a la consecución de este objetivo. Como hemos reiterado en estas páginas y en trabajos anteriores, el desafío reside en desvincular las políticas migratorias del constante enfoque de seguridad y policial que las informan desde hace décadas y de la

237. Evidentemente no es un posicionamiento personal del autor que firma este trabajo, sino que se ha sostenido de forma reiterada por diferentes instancias del DIDH. A modo de ejemplo citar la analizada Observación general conjunta n.º 22 del Comité CDN y la n.º 3 del Comité CPDITMF sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, que lo afirma de forma expresa en lo que afecta a la infancia migrante.

conexión con fenómenos delictivos transnacionales que criminalizan socialmente las migraciones. Aunque desafortunadamente la tendencia política en el contexto europeo no apunta hacia esa dirección, tal como certifica el citado Pacto Europeo de Migración y Asilo que en estos momentos comienza a desplegar sus efectos, cualquier análisis sobre la materia que no parta de esta premisa quedará sesgado y descontextualizado.

La segunda, es avanzar en la «desnacionalización» de la ciudadanía, en su condición de instrumento político-jurídico clave para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. Siendo la nacionalidad la última frontera de la ciudadanía plena, nos reafirmamos en nuestro posicionamiento de que es necesario avanzar en el proceso histórico de democratización de la titularidad de la ciudadanía. Por lo tanto, reforzar el rol de la pertenencia efectiva a la comunidad (la residencia) respecto a la nacionalidad para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales debe seguir siendo la vía político-jurídica prioritaria, y con ello ir superando uno de los principales obstáculos formales para la integración de las personas migrantes en general, y la infancia migrante en particular.

— De forma paralela a esa apuesta por la «ciudadanía de residencia», y mientras continúe siendo la puerta de acceso a la ciudadanía plena, la atribución y la adquisición de la nacionalidad igualmente debe experimentar su propio proceso de democratización. Partiendo de su proclamación por el DIDH como derecho humano (art. 15 DUDH) y de forma específica como derecho de la infancia (arts. 7 y 8 CDN), entendemos que en el contexto español hay recorrido en esta materia para el que tan solo haría falta voluntad política, sobre todo teniendo en cuenta que el grueso de la regulación de la nacionalidad en el ordenamiento jurídico español se encuentra en el CC, por lo que ni siquiera se requeriría para su reforma la mayoría reforzada propia de la legislación orgánica. En concreto, proponemos:

a) Desde una perspectiva general, la reducción del plazo estándar para la adquisición de la nacionalidad por residencia previsto por el art. 22 CC, ya que los 10 años actuales son uno de los requisitos temporales más exigentes en el Derecho comparado²³⁸. En su defecto, ampliar el número de países cuyos nacionales se pueden acoger al plazo reducido de 2 años (art. 22 CC); a nuestro juicio, con diferente fundamento, al menos las personas que ostentan la ciudadanía europea, las naturales de Marruecos, las saharauis y las descendientes de los moriscos cumplirían los parámetros de la «particular vinculación con España» a la que se refiere el art. 11.3 CE²³⁹. Igualmente consideramos que las pruebas obligatorias de nivel de castellano y de conocimiento de los *valores históricos, constitucionales y socioculturales de España* introducidas por el art. 6 RD 1004/2015 tratan de dotar de un contenido identitario el acceso a la nacionali-

238. El plazo de 5 años previsto para las personas refugiadas en el mismo art. 22 CC podría ser una propuesta razonable, máxime teniendo en cuenta que el art. 32 LOEX establece es mismo plazo para la obtención de la autorización de residencia de larga duración.

239. Y, por ende, también se podrían formalizar los correspondientes tratados de doble nacionalidad contemplados en el mismo art. 11.3 CE y en el art. 24.1 CC.

dad española que va en dirección contraria al proceso de democratización que defendemos, por lo que abogamos por su supresión. Entendemos que los mecanismos previstos para la acreditación de la buena conducta cívica establecidos por el art. 8 RD 1004/2015 son suficientes y carecen del citado sesgo identitario que pueden tener efectos discriminatorios para algunos orígenes nacionales.

b) En lo que a la infancia migrante afecta, como ya analizamos en los anteriores apartados, existen varias previsiones en el CC que le facilitan el acceso a la nacionalidad española, tanto de origen como de forma derivativa. Damos por reproducidas aquí las valoraciones positivas que hicimos en su momento sobre este particular. En estas conclusiones tan solo queremos poner de relieve el potencial para la garantía de sus derechos de la citada interpretación jurisprudencial que abre la posibilidad de inscribir en los registros civiles españoles a niños y niñas migrantes «invisibles» nacidos en el periplo migratorio sin que haya constancia de su inscripción en registros del país de origen o de tránsito, partiendo del reconocimiento de la inscripción de nacimiento como derecho humano (art. 7 CDN). En el caso de la infancia migrante no acompañada que se encuentra en el sistema de protección y la juventud migrante extutelada, habría que mejorar los protocolos de dicho sistema para que se estandarice la valoración de la opción de la vía «privilegiada» de adquisición de la nacionalidad prevista para estos supuestos en el art. 22.2 CC (tanto por la reducción del plazo de residencia exigido —1 año—, como por la exoneración de algunos de los requisitos adicionales más gravosos previstos en el RD 1004/2015) y abrir la posibilidad de la doble nacionalidad, dando así una mejor respuesta a la realidad transnacional de la infancia migrante no acompañada.

— En cuanto al juego de los conceptos de vulnerabilidad y de capacidad de agencia de las personas menores de edad en los derechos de la infancia, consideramos que debe haber una vigencia equilibrada de ambos. Entendemos que ha sido un avance indiscutible del DIDH a partir de la aprobación de la CDN la consideración de niñas y niños como sujetos activos titulares de derechos y la garantía de su participación directa en el ejercicio de estos, y ello no deja de ser un reconocimiento de su capacidad de agencia. Sin embargo, en el caso de la infancia migrante (y con especial incidencia en la no acompañada), en esa tendencia sociopolítica y jurídica de poner el acento más en su condición de migrante que de menor, cuya expresión extrema es la señalada criminalización, en ocasiones se sobredimensiona su capacidad de agencia para restringir la función tuitiva de los poderes públicos respecto a la niñez que igualmente proclama el DIDH. Por lo tanto, sin menoscabo del reconocimiento de la dimensión activa de su ciudadanía, se debe reconocer que la infancia migrante tiene unas características objetivas que la colocan en situaciones de especial vulnerabilidad que demandan la acción protectora de los Estados.

— Consideramos que el DIDH, con la CDN como instrumento base, ha logrado consolidar un marco normativo sólido de reconocimiento formal de los derechos de la infancia, potenciando la confirmación de la infancia como sujeto activo en la titularidad y ejercicio de sus derechos. A pesar de las dificultades para el reconocimiento del carácter vinculante directo de sus previsiones de las

que adolece el DIDH de forma sistémica, hemos de reconocer que en materia de derechos de la infancia la CDN ha conseguido erigirse en un parámetro integrador e interpretativo de primer orden de los sistemas normativos de los Estados signatarios cuando regulan esta materia. En el caso específico español, lo dispuesto por los arts. 10.2, 39.4 y 96.1 CE ha facilitado este aspecto, y así se ha certificado en la legislación infraconstitucional de desarrollo como la LOPJM o la LOPIAV, e incluso se ratifica en jurisprudencia que hemos citado a lo largo de estas líneas²⁴⁰. Por ende, los principios básicos proclamados por la CDN (interés superior del menor, no discriminación, derecho a ser oído...) se han consolidado y reconocido formalmente a nivel estatal. Sin embargo, igualmente hemos puesto de relieve que en este ámbito sigue pesando la condición de migrante en la infancia que se encuentra en situaciones de movilidad humana. En este sentido destacamos a modo de ejemplo como instrumentos de DIDH siguen contemplando la posibilidad de privar de libertad, aunque sea indirectamente, a personas menores de edad por razones migratorias²⁴¹. Ya afirmamos que, a nuestro juicio, no se puede alegar ninguna situación fáctica en la que la privación de libertad de niños y niñas en contextos migratorios puede superar adecuadamente el «filtro» de la preferencia del interés superior. Por ello, entendemos que el DIDH debe seguir avanzando en la erradicación en sus instrumentos de cualquier atisbo de atenuación de los principios proclamados por la CDN por cuestiones vinculadas a la movilidad humana, para seguir ejerciendo esa función de parámetro integrador/interpretativo «pro derechos de la infancia» que permea los ordenamientos estatales.

— El tratamiento en el Derecho UE de los derechos de la infancia en situaciones de movilidad está fuertemente condicionado por dos elementos nucleares. En primer lugar, hemos destacado que la gestión de los flujos migratorios sigue siendo una cuestión en la que los Estados miembro conservan un alto nivel competencial (y son muy reacios respecto a la posibilidad de retroceder posiciones en uno de los menguantes espacios de soberanía nacional efectiva), como asume el propio TFUE (art. 79.5) Por otra parte, las políticas migratorias, desde el Consejo de Tampere (que impulsó el «enfoque global de la migraciones») hasta el presente Pacto Europeo de Migración y Asilo, han estado inescindiblemente presididas por un enfoque de seguridad. Hemos constatado que el Derecho primario UE es bastante parco en la regulación de los derechos de la infancia, aunque sí reconoce formalmente los grandes principios consolidados en el DIDH a partir

240. Destacábamos en este sentido la STS 307/2020 (Sala 1ª) de 16/06/2020 (recurso de casación 2629/2019), que no solo reafirmaba el carácter vinculante de la CDN para el Estado español, sino que incluso citaba resoluciones del Comité CDN en su fundamentación jurídica.

241. Por ejemplo, la Observación General n.º 6 (2005) del Comité CDN, titulada «Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen» o la jurisprudencia del TEDH (STEDH, de 19 de enero de 2010, caso Muskhadzhiyeva y otros vs Bélgica, entre otras). Señalamos en su momento que en sentido contrario se han pronunciado en distintas ocasiones los Relatores ONU de Derechos Humanos de los migrantes y Sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

de la CDN. Es en el Derecho derivado UE dedicado al control de fronteras, la gestión de los flujos migratorios y la protección internacional donde se hace una regulación más detallada de los derechos de niñas y niños, aunque de una forma fragmentaria y dispersa. Y a pesar de que también es una constante la invocación de los citados principios en este ámbito, en el mismo emerge con fuerza el condicionamiento de su aplicación práctica al unir la condición de migrante a la de menor de edad. A nuestro juicio, son especialmente lesivas para la indemnidad de los derechos fundamentales de la infancia migrante en la UE situaciones como la posibilidad de privarla de libertad en el marco de procedimientos vinculados al estatus migratorio o al acceso a la protección internacional²⁴², la obtención de datos tan sensibles como los biométricos con escasas garantías y su utilización con unos objetivos potencialmente criminalizadores de la infancia migrante²⁴³ o una categorización por edades de niñas y niños migrantes que rebaja su protección conforme se acercan a la mayoría²⁴⁴ (lo que incide aún más en la señalada criminalización), entre otras cuestiones. Como hemos analizado, el paquete normativo vinculado al Pacto Europeo de Migración y Asilo no ha dado el giro «pro derechos» de la infancia que venimos reclamando a lo largo de estas líneas. Entendemos que algunas propuestas de carácter técnico-jurídico sostenidas por sectores de la doctrina como la aprobación de un instrumento normativo específico vinculante (al menos a nivel de directiva) que trate de forma integral la realidad de la infancia migrante, o al menos del colectivo dentro de ella más vulnerable (la no acompañada)²⁴⁵, podría coadyuvar a suprimir las distorsiones derivadas de la actual dispersión normativa. Pero a nuestro juicio, ese tratamiento específico solo cobraría un sentido sustantivo completo si tuviera como consecuencia última la sustracción de la regulación de la realidad de la infancia en situaciones de movilidad humana de la lógica del control fronterizo y de la «lucha contra la inmigración por vías irregulares». Y una urgencia inaplazable es, tal como señalamos para el DIDH, suprimir las violaciones de los derechos de la infancia más graves que hemos puesto de relieve como incompatibles con una interpretación adecuada de los principios de no discriminación y de prevalencia del interés superior del menor.

— En el análisis general²⁴⁶ de los derechos de la infancia en el ordenamiento jurídico español hemos destacado más arriba que, a nuestro juicio, se han trasladado de forma razonablemente sólida, al menos desde una perspectiva formal, los grandes principios enunciados por el DIDH para la materia; en este sentido reafirmamos nuestra valoración de que instrumentos normativos como la LOPJM o la LOPIAV se pueden considerar como válidos en sus elementos básicos desde esa perspectiva. Consideramos que, incluso la complejidad inhe-

242. Art. 17 Directiva retorno o art. 13 Directiva (UE) 2024/1346, p.ej.

243. Art. 14 Reglamento (UE) 2024/1358 (Reglamento EURODAC).

244. Art. 4.1 Directiva 2003/86/CE.

245. (López 2022).

246. Dejando a un lado el tratamiento específico de la niñez en situación de movilidad humana, al que nos referiremos en los siguientes apartados de las conclusiones.

rente al hecho de que la protección de menores sea una competencia compartida entre Estado y CCAA en un sistema territorial tan descentralizado como el español, tiene las herramientas institucionales y técnico-jurídicas suficientes para su gestión adecuada con el juego de los arts. 148 y 149 CE, las previsiones de los estatutos de «nueva generación» o espacios de cooperación institucional Estado-CCAA como la Conferencia Sectorial de infancia y adolescencia —CSIA— (arts. 147-148 LRJSP y art. 7 LOPIAV). Entendemos que los verdaderos retos del sistema español de reconocimiento de derechos y protección de la infancia son más de índole sociopolítica que estrictamente jurídicos. Junto al refuerzo de los recursos materiales y personales de los sistemas de protección, tanto a nivel estatal como autonómico, sostenemos que es imprescindible establecer una «contranarrativa» social y política frente a los discursos que reclaman un abordaje regresivo en el reconocimiento de los derechos de niñas y niños. En esta línea transita el mensaje que lanza el citado nuevo capítulo 3º Título I de la LOPJM titulado de los «deberes del menor» que añadió la Ley 26/2015, que parece querer dar respuesta a esa «preocupación» de algunos sectores sociales que se resume en la expresión coloquial «se habla mucho de derechos y nada de deberes» que se ha convertido en una constante desde determinadas instancias político-mediáticas cuando se discute sobre el estatuto jurídico de la infancia en nuestro país. Situamos en el mismo contexto el debate sobre los límites de edad para determinar la responsabilidad penal del menor en el que se esgrimen propuestas de reforma de la LORPM, tanto sobre la posible rebaja del límite de la imputabilidad a los 12 años como la opción de que para determinados delitos las personas de entre 16 y 18 años sean tratadas penalmente como mayores de edad. Sin eludir la complejidad poliédrica de estos debates, y la debida consideración que merecen los intereses legítimos que junto a la protección de la infancia inciden en los mismos, rechazamos esa tendencia a la «adultización» de niñas y niños que anida en determinados posicionamientos que socava el adecuado equilibrio entre vulnerabilidad y capacidad de agencia que defendemos en estas líneas.

— Desde el inicio de este trabajo hemos mantenido que uno de los mayores condicionantes para la titularidad y ejercicio de los derechos de la infancia migrante es la «realidad construida» sobre las migraciones en España y la UE por parte de determinados actores político-mediáticos, que lleva mediatizando las políticas sobre esta materia y su correlato normativo desde hace décadas, con un impacto muy directo en niñas y niños en situación de movilidad, y con una especial incidencia en los no acompañados. Hemos dedicado el apartado 3.a) a desmontar con datos algunos de los argumentos desinformadores sobre los que se basa la citada «realidad construida»: no estamos viviendo una avalancha migratoria descontrolada, el perfil medio real de población migrante en España (europeo y latinoamericano y de países de tradición cristiana, p.ej.) contrasta con el «construido» (africano e islámico), hemos desmentido con datos oficiales los supuestos abusos de los recursos sociales o incrementos de la criminalidad vinculados a las personas extranjeras en nuestro país, antes al contrario, la población de origen migrante está sobrerrepresentada en todos los parámetros de

exclusión social y son diana preferente de los delitos de odio. Todo lo anterior es aplicable a la infancia en situaciones de movilidad humana con una especial incidencia. A pesar de la flagrante falta de base real, se constata que esa desinformación se difunde cada vez con mayor intensidad en el espacio informativo digital y sirve de eficaz palanca de crecimiento electoral a las formaciones extremistas. En el primer aspecto, tal como hemos sostenido en trabajos anteriores recientes a los que nos remitimos (Arce 2024), constatado el fracaso de la apuesta por la libre autorregulación de las grandes empresas tecnológicas y plataformas digitales, es imprescindible que los poderes públicos traten de tomar la iniciativa regulatoria en esta materia, en la línea de lo establecido por la RSD a nivel europeo o la LGCA en el ámbito estatal. Sin embargo, dadas las dificultades tanto técnico-jurídicas como propiamente tecnológicas para garantizar la eficacia material de estos instrumentos normativos, nos parecen imprescindibles las iniciativas en contra de la desinformación que tanto la sociedad civil, la academia y ciertos medios de comunicación está poniendo en marcha, con técnicas de «fact-checking» y de formación/sensibilización²⁴⁷, que deberían ser promovidas y apoyadas institucionalmente con mayor intensidad y de forma estratégica. Desde la perspectiva política, consideramos que las formaciones partidarias democráticas tienen la responsabilidad de evitar que los partidos populistas de derecha radical marquen la agenda y los términos del debate que afecta a las migraciones y a los derechos de la niñez migrante. En este aspecto tienen un singular protagonismo las fuerzas conservadoras tradicionales, que en un intento (que se ha demostrado hasta la saciedad que es totalmente improductivo) de retener al electorado que están perdiendo a favor de opciones de ultraderecha están asumiendo el marco discursivo de ésta en las materias objeto de este trabajo, normalizando postulados que hasta hace escasos lustros eran mayoritariamente rechazados socialmente por ser considerados muy radicales.

— Respecto al estatuto jurídico de la infancia migrante en España desde una perspectiva general²⁴⁸, la conclusión básica de partida es la que sostiene López, y que nosotros compartimos plenamente: el marco constitucional de dicho estatuto jurídico no impide desarrollarlo desde una perspectiva «pro derechos» robusta y avanzada (López 2022). Como en el resto de los elementos básicos de nuestro objeto de estudio, el principal obstáculo para que ello sea una realidad reside en la constante voluntad política de introducir consideraciones/objetivos

247. A modo de ejemplo podemos destacar algunas de estas iniciativas con las que hemos tenido la oportunidad de colaborar en los últimos años, y que merecen nuestra más alta consideración:

— Sociedad civil: Proyecto «Stop rumores» de la Federación Sur Acoge: <https://stoprumores.com/> (15/04/2026).

— Academia: Proyecto «Hatedemics» del Centro de Estudios Andaluces (CENTRA): <https://www.centrodeestudiosandaluces.es/european-projects/cat/proyecto-hatedemics> (15/04/2026).

— Medios de comunicación: Proyecto de verificación Newtral: <https://www.newtral.es/> (15/04/2026).

248. Siguiendo la estructura que nos ha guiado durante el trabajo, dedicaremos los últimos apartados de estas conclusiones a la realidad específica de la infancia migrante no acompañada.

relacionados con el control migratorio en esta materia, lo que dificulta una interpretación y aplicación de los grandes principios reconocidos formalmente desde una perspectiva «pro derechos» de la infancia migrante por parte de los operadores jurídicos, e incluso «contamina» su especificación en las normas de inferior rango con sesgos restrictivos. Planteadas ya las conclusiones oportunas sobre las cuestiones vinculadas a la nacionalidad y a la recepción del DIDH en nuestro sistema constitucional que afectan a las personas menores de edad extranjeras en España, es necesario destacar brevemente algunas relacionadas con el tratamiento de sus derechos que se hace esencialmente en LOEX y RELOEX²⁴⁹, donde de nuevo emergen limitaciones derivadas de la extranjería y estatus migratorio. A título ilustrativo nos hemos centrado en los derechos de educación (art. 9 LOEX), a la asistencia sanitaria (art. 12 LOEX) y a los servicios sociales (art. 14 LOEX), partiendo del marco establecido por el art. 10.3 LOPJM.

En el caso del derecho de educación, la redacción dada al art. 9 LOEX por la STC 236/2007 ha determinado un reconocimiento formal completo de este derecho a la infancia migrante, ya esté en situación regular o irregular, en el nivel obligatorio y postobligatorio, lo que evidentemente consideramos positivo. Sin embargo, hemos analizado como ese logro formal se ve empañado por los datos que indican grandes diferencias en el ejercicio material de este derecho fundamental entre el alumnado autóctono y el de origen migrante. Destacamos algunas causas, como la falta de un tratamiento adecuado de esta realidad en la LOE, trabas administrativas o disfunciones organizativas como las «escuelas gueto». Si se ha tomado la correcta decisión de la universalización formal del acceso a la educación en nuestro país, el mandato del art. 9.2 CE impone que los poderes públicos competentes en la materia deben «remover los obstáculos para que sea real y efectiva».

En materia sanitaria, partiendo de la base de que nos encontramos ante un principio rector de la política social y económica (art. 43 CE), y que por ende a la señalada configuración legal del art. 13.1 CE se añade la propia de estos principios, más sólida debe considerarse la apuesta estratégica por la equiparación de la infancia migrante con independencia de su estatus migratorio con las personas nacionales españolas. Prueba de ello fue cuando, en el contexto de los recortes sociales derivados de la crisis social y económica, el RDL 16/2012 introdujo el art. 3 ter en la Ley 16/2003 que limitaba la atención sanitaria a las personas extranjeras mayores de edad en situación irregular, mantuvo el acceso pleno a todos los niños y niñas migrantes. A nuestro juicio, es un ejemplo claro de que mantener una perspectiva «pro derechos» de la infancia migrante avanzada es una

249. En este ámbito, destacamos en el apartado correspondiente que el art. 3.2 LOEX vuelve a incurrir en esa tendencia de recordar expresamente deberes a colectivos sociales subalternos que se dan por sobreentendidos para los mayoritarios, al señalar que las personas extranjeras en España no pueden alegar ... *creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios al DIDH*. Insistimos en que este tipo de previsiones son totalmente innecesarias desde un punto de vista jurídico, y el único impacto que tienen a nuestro juicio es colaborar en la estigmatización de sectores sociales vulnerables.

cuestión básicamente de voluntad política, incluso en contextos socioeconómicos adversos.

Por tanto, en sentido contrario, el que los arts. 10.3 LOPJM y 14.3 LOEX tan solo garanticen a la infancia migrante las *prestaciones sociales básicas en las mismas condiciones que los menores españoles* con independencia de su estatus migratorio es una cuestión igualmente de voluntad política. No encontrando el fundamento sociopolítico que diferencie este derecho al de acceso a la salud, y partiendo de la base jurídica de que nuestro marco constitucional así lo permite, no podemos más que reclamar la equiparación completa en este aspecto, clave para una integración adecuada de niñas y niños migrantes.

— Si la infancia migrante en general carga con una imagen social y política estereotipada que acaba condicionando la configuración del marco jurídico de ejercicio de sus derechos fundamentales, en el caso de la no acompañada esa circunstancia se eleva a cotas extremas. Y ello a pesar de que de nuevo hemos acreditado con datos oficiales en el apartado 4.a) que la «realidad real» de niñas y niños extranjeros no acompañados dista mucho de la construida; tanto desde el punto de vista cuantitativo (en España apenas representan el 0,2% del total de la población infantil, el 0,23% del total de las personas extranjeras y el 1,45% del total de niñas y niños extranjeros)²⁵⁰ como desde el cualitativo (p.ej.; es un colectivo mucho más diverso que el perfil medio monolítico con el que se suele identificar, masculino y de origen magrebí). A pesar de ello, el nivel de criminalización que sufre este sector social es tan intenso, que hemos puesto de relieve que esos estereotipos infundados se plasman incluso en las resoluciones judiciales²⁵¹. Y debemos insistir una vez más en que la imagen negativa que estigmatiza a la infancia migrante no acompañada la «adultiza», prioriza su condición de migrante y condiciona su integración en la sociedad española en general, y su periplo por el sistema de protección en particular. En este último aspecto destacan, entre otras muchas carencias, el muy deficiente tratamiento de los «abandonos voluntarios» de los centros o las situaciones tan precarias a las que se ven abocadas las personas extranjeras extuteladas cuando alcanzan la mayoría de edad. A este particular son aplicables las mismas propuestas que hemos hecho respecto de la desinformación que afecta a la población migrante en general, adaptadas a la intensidad de la criminalización que recae en la no acompañada. En ese contexto las instituciones públicas que pueden incidir directa o indirectamente en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia que llega a nuestro país sin una persona adulta de referencia tienen una responsabilidad agravada, y por ello nos parece tan inaceptables y peligrosos posicionamientos como los contenidos en la resolución judicial que hemos utilizado de ejemplo.

250. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2025/FISCALIA_SITE/index.html (17/04/2026).
<https://www.ine.es/dyngs/Prensa/CensoVariables2025.htm> (17/04/2026).

251. Ver el citado Auto n.º 631/2021, de 1 de julio, la Audiencia Provincial de Madrid (recurso de apelación 939/2021).

— Cerramos este apartado con unas sucintas conclusiones acerca del estatuto jurídico de la infancia migrante no acompañada en el ordenamiento jurídico español. En primer lugar, sobre este colectivo es donde las disfunciones en materia de garantía de los derechos fundamentales derivadas de la tensión entre la condición de menor y migrante y de su criminalización sociopolítica alcanzan sus mayores cotas. Igualmente se pone de relieve con especial claridad respecto a la infancia migrante no acompañada como los grandes principios consolidados por la CDN, y que han sido incorporados formalmente a nuestro ordenamiento por los instrumentos normativos de primer rango (LOPJM, LOPIAV o incluso la LOEX), quedan singularmente condicionados para su eficacia práctica por su especificación normativa de nivel reglamentario y su aplicación administrativa e interpretación jurisprudencial. Como hemos destacado en el capítulo correspondiente, aunque esta circunstancia ha determinado una tendencia esencialmente regresiva, sin embargo, igualmente tiene una potencialidad significativa para reforzar la perspectiva «pro derechos» de una forma más ágil y rápida. En este sentido podemos destacar los efectos positivos de «alto impacto» prácticamente inmediatos que se han conseguido a través de unas modificaciones normativas de rango reglamentario²⁵² en una materia tan relevante como el acceso adecuado a las autorizaciones de residencia y trabajo de las personas jóvenes migrantes extuteladas en su proceso de transición a la vida adulta. Estas premisas generales contextualizan la forma en la que se regulan, interpretan y aplican algunas de las instituciones jurídicas que afectan a niñas y niños migrantes no acompañados en España.

La determinación de la edad es uno de los aspectos donde se ha puesto en cuestión con una mayor intensidad la indemnidad de los derechos fundamentales de la infancia migrante no acompañada, con la reiterada «presunción de falsedad» de pasaportes o documentos oficiales que acreditan la minoría de edad o con la aplicación con escasas garantías de procedimientos médicos de dudosa eficacia que indican en derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y a la integridad física. A nuestro juicio, la vigente redacción de los arts. 12.4 LOPJM, 35.3 LOEX, art.166 RELOEX y el Protocolo marco, con la interpretación fijada por la reiterada jurisprudencia del TS²⁵³, posibilita un procedimiento de la determinación de la edad plenamente respetuoso con los derechos básicos de niñas y niños que migran solos. Tan solo hace falta la voluntad de aplicarlo desde una perspectiva «pro derechos». Dicho esto, entendemos que la propuesta de transformar el actual expediente ante la Fiscalía en un procedimiento jurisdiccional contenida en el proyecto de ley de reforma de la LEC que hemos analizado, así como la mejora técnica de las pruebas científicas aplicadas en este contexto, serían modificaciones necesarias en este contexto.

252. Con la reforma del antiguo RELOEX operada por el RD 903/2021, dirección confirmada por el vigente RELOEX (RD 1155/2024).

253. E incluso con la contextualización que ha ido realizando el Comité CDN de la Convención en sus observaciones generales o en las resoluciones específicas sobre España, que va ganando presencia en la interpretación jurisprudencial nacional (Ver la citada STS 307/2020 —Sala 1ª— de 16/06/2020 —recurso de casación 2629/2019—, FJ 2º).

Hemos analizado el procedimiento de repatriación (arts. 19 bis.5 LOPJM, 35 LOEX y 167 y ss. RELOEX y Protocolo marco), otro de los ámbitos críticos para los derechos fundamentales de la infancia migrante no acompañada. Señalamos que la preferencia por la repatriación «por defecto» que se desprende de la literalidad de esos preceptos es difícilmente compatible con un adecuado respeto de la prevalencia del interés superior del menor, especialmente cuando el destino final son los servicios de protección del país de origen. Desde el punto de vista procedimental, en un primer momento se detectaron situaciones de conflicto entre la persona menor y la entidad que la tutelaba cuando ésta apoyaba la repatriación y la primera se oponía, a las que se encontró la salida de garantizar la opción del defensor judicial. Pero en realidad esta aproximación técnico-jurídica acaba teniendo una relevancia de segundo grado, dado que son muy escasos los procedimientos de repatriación «formales» que se están llevando a cabo en los últimos años. Más frecuentes son las expulsiones irregulares en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla con territorio marroquí que afectan a potenciales personas menores extranjeras no acompañadas (conocidas como «devoluciones en caliente»)²⁵⁴. Este tipo de actuaciones que desconocen todos los principios básicos del Estado de Derecho y que además afectan a un colectivo vulnerable, que serían objeto de una amplia crítica social y política si afectaran a cualquier otro sector, quedan fuera del foco de la atención pública como consecuencia del intenso proceso de desprestigio del que ha sido objeto la infancia migrante no acompañada. Por lo expuesto, no queda más que exigir con la mayor contundencia la erradicación de estas prácticas en nuestras fronteras.

Al inicio del tratamiento político-jurídico de la realidad de niñas u niños en situaciones de movilidad humana sin compañía de una persona adulta de referencia en nuestro país, tanto Fiscalía como las instituciones de protección de menores autonómicas establecieron la práctica de dilatar la declaración de desamparo y la constitución formal de la tutela con la justificación de que estas personas menores ya quedaban suficientemente protegidos por la «tutela automática» prevista en el art. 172.1 CC. Esta interpretación errónea se corrigió expresamente por la Fiscalía General del Estado mediante sus instrucciones y por el Protocolo marco de 2014, que daba un plazo máximo de 3 meses para la constitución de la tutela. Lo destacable desde la perspectiva negativa en este particular es que, a pesar de haber quedado en teoría corregida esta mala praxis, años después (2021) el Defensor del Pueblo estatal seguía documentando en sus informes su persistencia. Es una muestra más de que, en lo que a los derechos fundamentales de la infancia migrante no acompañada afecta, los retos no están tanto en la estructura jurídica formal de su reconocimiento como en su aplicación práctica material.

254. Analizamos el caso de la «devolución en caliente colectiva en diferido» hacia Marruecos de niñas y niños extranjeros no acompañados que se produjo en agosto de 2021 en Ceuta, que ha concluido con una resolución del Tribunal Supremo (STS 114/2024 —Sala 3ª— de 22/01/2024 —recurso de casación 6480/2022—) que determinó la absoluta ilegalidad cometida por el Estado español ejecutando estas expulsiones por vías de hecho.

Al inicio de este apartado de conclusiones indicamos que el marco constitucional de reparto de competencias entre Estado y CCAA en la materia que nos ocupa en este trabajo, completado con herramientas de cooperación institucional interterritorial como la CSIA, no debería ser un obstáculo para un ejercicio adecuado de estas competencias que garantice los derechos fundamentales de la infancia migrante no acompañada y su protección. Sin embargo, hemos descrito como, a la hora de determinar la administración responsable de su protección, hay una preocupante falta de voluntad política para poner en el centro el interés superior de estos niños y niñas, que se convierten en «munición» para la batalla partidista. Y ello se traduce en situaciones atípicas en nuestro sistema constitucional de distribución territorial del poder, donde normalmente las administraciones defienden contundentemente sus competencias, en las que éstas deben ser obligadas judicialmente a su cumplimiento cuando de acoger a la infancia migrante no acompañada se trata²⁵⁵. Igualmente constatamos que las iniciativas basadas en el principio de cooperación (arts. 103.1 CE, 140 y art. 151.2.a) LRJSP)²⁵⁶ que se han desarrollado en el marco de la CSIA²⁵⁷ han acabado fracasando por depender de su asunción voluntaria por parte de las CCAA. Por ello consideramos adecuada la vía utilizada por el Gobierno central que modifica la LOEX a través del RDL 2/2025, estableciendo un mecanismo vinculante para compartir el esfuerzo de acogida de la infancia migrante no acompañada entre todas las CCAA cuando alguna de ellas vea tensionado su sistema de protección en periodos de incremento de llegadas. La AGE, en defecto de consenso en el marco de la CSIA, podrá establecer un plan de actuación de obligatorio cumplimiento para las CCAA, independientemente del sentido de su voto en la CSIA. Entre los títulos competenciales esgrimidos por el RDL está el previsto por el art. 149.1.1 CE, una de las principales expresiones del principio de coordinación que compete al Estado. A nuestro juicio, es una de las herramientas con mayor potencial para un abordaje «pro derechos» de la infancia en este aspecto concreto (aunque evidentemente su virtualidad práctica depende de las prioridades de quién ostente la dirección política de la AGE en cada momento).

Terminamos estas líneas con una llamada a la reflexión que trasciende al análisis estrictamente jurídico, derivada de la reacción tan diametralmente opuesta que la sociedad europea en general, y la española en particular, tuvo ante la situación de movilidad humana generada por la invasión rusa de Ucrania en

255. Como destacamos en su momento, en el contexto del repunte de llegadas de personas menores extranjeras no acompañadas a Canarias en el año 2024, la CA canaria aprobó unas instrucciones con las que pretendía eludir la obligación establecida por su propio estatuto de autonomía de asumir la protección de esos niños y niñas (algo que no permitió el TC en su STC 43/2025), pero es que el Estado igualmente miró hacia otro lado respecto a los menores solicitantes de protección de asilo, materia de su competencia ex art. 149.1.2 y Ley 12/2009. El TS tuvo que requerir hasta en dos ocasiones al Estado en este aspecto (ATS 3180/2025 y ATS 9796/2025).

256. Definido de forma temprana por el TC como principio «sistémico» en la distribución territorial del poder en la CE 1978 (STC 76/1983, FJ 53°).

257. Como el «modelo de gestión de contingencias migratorias para la infancia y adolescencia no acompañada» de 2022.

2022 en comparación con la vinculada al conflicto de Siria en 2015, o a la que asistimos desde hace décadas en la frontera Sur europea desde África. En las respuestas obtenidas tras esa reflexión podremos obtener pistas respecto a las dificultades descritas en este trabajo para conseguir la masa crítica social y política que facilite la consolidación de un marco jurídico que garantice la titularidad y ejercicio pacífico de los derechos fundamentales de la infancia migrante, así como su adecuada protección.

BIBLIOGRAFÍA

- ABDERRAHMAN, J. M., RUIZ GARZÓN, F. y VILÀ BAÑOS, R. (2023); «Impacto de la resiliencia en la vida de jóvenes que migran solos», *Revista Migraciones*, n.º 59, pp. 1-21.
- ABRISKETA URIARTE, Joana (2021); «La protección internacional de los niños migrantes y refugiados: hacia su interés superior como consideración primordial», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos n.º 97: Migraciones y vulnerabilidad. Alcance y protección*, pp. 117-139.
- ACCEM (2020); *Estudio sobre las necesidades de la población inmigrante en España: tendencias y retos para la inclusión social*, Madrid.
- ACNUDH Y UNICEF (2012); *Judicial implementation of article 3 of the Convention on the rights of the child in Europe. The case of migrant children including unaccompanied children*, Bruselas (Bélgica).
- ACNUR (2025); *Tendencias globales desplazamiento forzado en 2024*, Copenhague (Dinamarca).
- ACNUR (2019); *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (reedición), Ginebra (Suiza).
- ANDRÉS LASO, Antonio (2020); «Menores extranjeros no acompañados (MENA)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 50, pp. 7-48.
- APDHA (2019); *Derechos Humanos en la Frontera Sur: Infancia migrante*, Sevilla.
- APDHA (2025); *Derechos Humanos en la Frontera Sur. Las fronteras internas en Andalucía: las vulneraciones de derechos en los asentamientos de Huelva y Almería*. Sevilla.
- ARCE JIMÉNEZ, Carlos (2024); *Una lucha contra el odio digital con pleno respeto a los derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona.
- ARCE JIMÉNEZ, Carlos (2023); «Las nuevas tecnologías en las políticas migratorias y de control de fronteras españolas y europeas. Un reto para la vigencia de los derechos fundamentales», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 71, pp. 15-49.

- ARCE JIMÉNEZ, Carlos (2020); «La discriminación sistémica respecto a las personas de origen migrante en España», *Papeles el tiempo de los derechos*, n.º 9, pp. 1-20.
- ARCE JIMÉNEZ, Carlos (2019); «Frontera Sur: Una realidad social, política y jurídica «construida» que genera violaciones de Derechos Humanos», *Revista Fomento Social*, n.º 294, pp. 145-176.
- ARCE JIMÉNEZ, Carlos (2012); *Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva*, Defensor del Pueblo Andalúz, Sevilla.
- ARCE JIMÉNEZ, Elena (2020); «El sistema de protección a la infancia: entre la condición de menor y de extranjero. Una mirada jurídica», en Quiroga, V. y Chagas E. (coords.), *Empuje y audacia. Migraciones transfronterizas de adolescentes y jóvenes acompañados/as*, Siglo XXI, Tres Cantos (Madrid).
- ARCE JIMÉNEZ, Elena (2018); «El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 38, pp. 1-40.
- BARBERO GONZÁLEZ, Iker (2026); «Menores extranjeros en riesgo de apatridia: análisis de casos sobre el derecho a la identidad y a la nacionalidad», *Revista Derechos y Libertades*, n.º 54, pp. 83-111.
- BARBOSA MONSALVE, Candy S. (2025); «El procedimiento de determinación de la edad para menores extranjeros no acompañados. Del decreto del Fiscal al procedimiento judicial», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 69, pp. 1-27.
- BERNARDINI, María G. (2022); «¿No tengo (aún o ya) la edad? (in)visibilidad, vulnerabilidad y violencia de las personas menores y ancianas», *Revista Derechos y Libertades*, n.º 46, pp. 273-295.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar (2025); «Los menores migrantes no acompañados en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 68, pp. 1-14.
- CERIANI CERNADAS, Pablo (2023); *España ante la crisis de Ucrania y el futuro de las políticas de contingencia humanitaria migratoria desde una perspectiva de derechos de la infancia*, UNICEF España, Madrid.
- CERIANI CERNADAS, Pablo (2021); *Canarias: niños y niñas migrantes en una de las rutas más peligrosas del mundo. Hacia una política de contingencia con enfoque de derechos de la infancia*, UNICEF España, Madrid.
- CHÉLIZ INGLÉS, Mª Carmen (2021); «El laberinto jurídico de la protección de los menores migrantes abandonados: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.73, pp. 37-51.
- CLARO QUINTÁNS, Irene (2021); «La vulnerabilidad de los niños migrantes: la respuesta del Tribunal de Estrasburgo en los supuestos de detención administrativa», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* n.º 97: *Migraciones y vulnerabilidad. Alcance y protección*, pp. 99-116.
- COMISIÓN EUROPEA (2021); *Joint Employment Report 2021*, Bruselas (Bélgica).
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2024); «La protección e integración social de los menores extranjeros no acompañados (MENAS) en el estado autonómico», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 41, pp. 19-49.

- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2016); «Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo» *Revista de Estudios Políticos*, n.º 173, pp. 141-168.
- DURÁN MONFORT, P. y otros (2023); «Jóvenes con derecho a migrar. De la problematización al reconocimiento del sujeto», *Revista Migraciones*, n.º 57, pp. 1-20.
- ESPARZA REYES, E. y DÍAZ REVORIO, F. J. (2023); «El ejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes y sus límites: hacia una interpretación verdaderamente constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 128, pp. 73-98.
- ESTRADA VILLASEÑOR, C., HOSNEDLOVÁ, R. y STANEK, M. (2024); «Infancia en movimiento: redefiniendo la agencia infantil entre resiliencia y vulnerabilidad», *Revista Migraciones*, n.º 61, pp. 1-10.
- European Anti-Poverty Network —EAPN— España (2025): *15º Informe: El estado de la pobreza*, Madrid.
- FAGGIANI, Valentina (2021); «El derecho de los menores extranjeros a tener una familia: estándares de protección en el espacio europeo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 58, pp. 1-22.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, Belén (2021); «Gender and immigration in VOX. The discourse of the radical right in Spain», *Revista Migraciones*, n.º 51, pp. 241-268.
- FINOTELLI, C. y LA BARBERA, M. C. (2022); «El régimen de ciudadanía en España: adquisición de la nacionalidad, integración legal y sentido de pertenencia», *Mediterráneo Económico*, n.º 36, pp. 207-221.
- FUNCAS (2025); «De hijos de inmigrantes a protagonistas sociales: la segunda generación en España», *Panorama Social*, n.º 41.
- FUNDACIÓN RAÍCES (2020); *Violencia institucional en el sistema de protección a la infancia*, Madrid.
- GARCÍA GARCÍA, Teseida (2020); «La necesaria coordinación entre la Administración Central y las comunidades autónomas para la distribución de los menores extranjeros no acompañados por el territorio nacional», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 62, pp. 1-11.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, N. y CÁCERES RODRÍGUEZ, C. (2023); «La transición a la vida adulta de los/as jóvenes migrantes no acompañados/as. Reflexiones para un futuro mejor», *Revista Migraciones*, n.º 57, pp. 1-20.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio (2022); «La exclusión de vidas ajenas: la integración social de los inmigrantes extranjeros en España (2018-2021)», *Mediterráneo Económico*, n.º 36, pp. 57-72.
- JIMÉNEZ ÁLVAREZ, Mercedes G. (2019); «Desapariciones de menores extranjeros no acompañados en España. Una primera aproximación a sus significados», *Anuario CIDOB de la Inmigración*, pp. 168-188.
- LEÓN RANERO, J. M. y CHEDDADI EL HADDAD, Z. (2024); «Discurso político ante el multiculturalismo de la derecha española: un análisis comparado entre PP y Vox», *Revista Migraciones*, n.º 60, pp. 1-22.
- LÓPEZ ULLA, Juan M. (2022); «Razones para una directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 73, pp. 873-914.

- MARISCAL DE GANTE, A. y RINKEN, S. (2022); «No es culpa de ellos. Discursos sobre la inmigración tras la irrupción de la derecha radical en el sistema político español», *Revista Migraciones*, n.º 55, pp. 1-23.
- MEDINA NAVARRO, M., MARTÍN TEJEDOR, B. y LÓPEZ SIGUERO, J.P. (2014); «El uso de la edad ósea en la práctica clínica», *Anales de Pediatría*, n.º 12, pp. 275-283.
- MIR GUAL, Andreu (2022); «Identidad, inmigración y adolescencia. Una propuesta de componentes identitarios para adolescentes de origen inmigrante en España», *Revista Migraciones*, n.º 54, pp. 1-20.
- MOLINA MARTÍNEZ, Lucía (2025); «Los menores migrantes indocumentados y el procedimiento para la determinación de su edad: ¿resuelve el nuevo proyecto de ley las disfunciones del actual sistema?», *Papeles el tiempo de los derechos*, n.º 6, pp. 1-11.
- MONTESINOS PADILLA, Carmen (2021): «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», UNED. *Revista de Derecho Político*, n.º 110, pp. 229-258.
- MORENO CAPILLA, Rafael (2023); «El encaje de los menores extranjeros no acompañados en la agenda 2030: Una comparativa Ibérica», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 63, pp. 1-17.
- PELÁEZ FERNÁNDEZ, P. y ARCE PELÁEZ, E. M. (2024); «La realidad de los MENAS al llegar a su mayoría de edad», *Papeles el tiempo de los derechos*, n.º 8, pp. 1-17.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo —PNUD— (2014); *Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*. Nueva York.
- RAMALLO MIÑÁN, Elena del Pilar (2022); «Violencia de extensión y vicaria: medidas normativas urgentes para una ejecución inicial», *Revista Acta Judicial*, n.º 9, pp. 90-118.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2022); «El derecho fundamental a la educación inclusiva del alumnado extranjero o de origen extranjero», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 60, pp. 1-12.
- RINKEN, Sebastian (2025); «La politización de la migración internacional en España: ¿excepcionalismo duradero?», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 140, pp. 79-100.
- SÁNCHEZ BARROSO, Borja (2022); «La protección a la infancia y la adolescencia desde un punto de vista competencial: evolución y límites tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio», UNED. *Revista de Derecho Político*, n.º 114, pp. 149-176.
- SEGÚ ODRIOZOLA, M. y otros (2023); «Visados para soñar: expectativas y emociones de adolescentes y jóvenes que migran solos/as», *Revista Migraciones*, n.º 57, pp. 1-20.
- SOLANES CORELLA, Ángeles (2022); «La integración de las personas inmigrantes en España: un balance normativo», *Mediterráneo Económico*, n.º 36, pp. 153-168.

- SOUTO GALVÁN, Beatriz (2024); «El impacto de la desinformación en la propagación del discurso de odio racista y xenófobo», UNED. *Revista de Derecho Político*, n.º 121, pp. 111-142.
- STUARDO CONCHA, M., SOLER CAMPO, S. y RIERA RETAMERO, M. (2021); «Discursos políticos y mediáticos contemporáneos sobre los inmigrantes: una revisión de la investigación analítica del discurso en España», *Revista Migraciones*, n.º 52, pp. 31-57.
- TORRES DÍAZ, María Concepción (2023); «La perspectiva en la infancia y adolescencia como metodología jurídica: nuevas narrativas para un derecho no adultocéntrico», *Papeles el tiempo de los derechos*, n.º 10, pp. 1-14.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel (2022); «Menores extranjeros transfronterizos: ¿una política jurídica tuitiva desde sus derechos sociales mirando al «mainstreaming» de género?», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 59, pp. 1-15.
- UNICEF (2024); *The Right Start in Life: Global levels and trends in birth registration*, Nueva York (EEUU).
- UNICEF (2019); *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, Madrid.
- UNICEF (2017); *Un lugar donde quedarse*, Madrid.
- WANG, M. y CORRES ILLERA, M. (2024); «Análisis jurídico de la situación de los MENA en plena guerra en Ucrania», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 65, pp. 1-19.

En el presente trabajo analizamos los retos que afronta la infancia migrante en relación con la indemnidad de la titularidad y el ejercicio pacífico de los derechos fundamentales que le reconocen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho de la Unión Europea (UE) y el ordenamiento jurídico español. Se adopta un enfoque amplio y multidisciplinar, dado que, en esta materia, la dimensión sociopolítica incide de manera especialmente relevante en la jurídica, generando una tensión constante entre la condición de menor y la de migrante, entre la protección y la criminalización. Se presta una atención particular a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, colectivo en el que dichos retos se intensifican de forma exponencial. El trabajo concluye proponiendo alternativas factibles para ofrecer una respuesta adecuada a los desafíos identificados, en las que resultan tan necesarias las modificaciones normativas planteadas como una transformación profunda de la percepción social y política respecto de la realidad de la infancia migrante.