

Derechos Humanos

MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA MENORES EXTRANJEROS QUE LLEGAN A ESPAÑA (MENORES ACOMPAÑADOS SIN SUS PROGENITORES): VIABILIDAD JURÍDICA DE ALTERNATIVAS A LA SEPARACIÓN AUTOMÁTICA

Jana Lamas de Mesa, Elisenda Gómez Melé
y Eduardo González Fernández

Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Madrid y Valencia) y del Área de Fiscal (Madrid) de Uría Menéndez

Medidas de protección para menores extranjeros separados (menores acompañados de persona adulta sin vínculo biológico): viabilidad jurídica de alternativas a la separación automática

Los menores separados son aquellos niños extranjeros que viajan separados de sus progenitores o tutores, pero que van acompañados de otra persona adulta (el supuesto más habitual es que la acompañante sea una mujer adulta que forma parte de la familia extensa). Ante la posibilidad de que estos niños pudiesen ser víctimas de trata, en España se ha aplicado la medida de separación automática entre el niño y la adulta, declaración de desamparo del menor y asunción de la tutela por la Administración. Esta medida de separación automática del menor y la adulta, en aquellos casos en los que el vínculo entre ambos sea positivo, puede resultar desproporcionada y gravemente perjudicial para el menor. Existen alternativas menos gravosas que se basan en evitar la separación mientras se efectúa un análisis específico y multidisciplinar del vínculo que existe entre

ambos (con garantías que prevengan cualquier perjuicio para el menor) para determinar la mejor solución a medio plazo para el menor. Estas medidas tienen encaje en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, deben implementarse de acuerdo con el principio del interés superior del menor y el principio de proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE:

MENORES SEPARADOS, MENORES EXTRANJEROS, DESAMPARO, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, VÍCTIMAS DE TRATA, DERECHOS HUMANOS, DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Legal instruments to protect separated foreign children (minors accompanied by adults with no biological ties): legal feasibility of alternatives to automatic separation

Separated foreign minors are those who arrive in Spain accompanied by an adult not related to them (most commonly a woman who is not their biological mother). Given the possibility that these minors could be victims of human trafficking, the Spanish authorities have decided to automatically separate them. They are taken away from this adult, declared to be in a state of abandonment, and placed under the guardianship of the public authorities. This automatic separation measure, when the bond between the individuals is positive, can be disproportionate and cause serious harm to the minor. There are less burdensome alternatives, which are based on a specific and multidisciplinary analysis of the bond between the adult and the minor. These measures would meet the requirements of the Spanish legal system and therefore should be implemented, as they uphold the best interests of the minor.

KEYWORDS:

SEPARATED MINORS, FOREIGN MINORS, ABANDONMENT, BEST INTERESTS OF THE MINOR, HUMAN TRAFFICKING, HUMAN RIGHTS, RIGHT TO PROTECTION OF PRIVACY, FAMILY LIFE AND THE HOME, CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 7-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 8-10-2022

Lamas de Mesa, Jana; Gómez Melé, Elisenda; González Fernández, Eduardo (2022). Medidas de protección para menores extranjeros separados (menores acompañados de persona adulta sin vínculo biológico): viabilidad jurídica de alternativas a la separación automática. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 220-234 (ISSN: 1578-956X)

1. Introducción

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021, durante el año 2020 llegaron irregularmente a España por patera un total de 986 niños en unión de adultos (menores acompañados) que afirmaban tener vínculo paterno-materno filial con el niño sin acreditarlo de manera fehaciente (530 niños y 456 niñas). La mayoría llegan acompañados de mujeres adultas que son sus madres biológicas pero en algunos casos no es así, y la prueba de ADN que se toma en costas para demostrar la filiación sale negativa. En otros casos, ni siquiera es necesario tomar la prueba de ADN porque la mujer refiere al llegar que no es la madre del menor con quien viaja.

En 2022, a causa del conflicto armado entre Ucrania y Rusia, las autoridades han detectado que se está produciendo un fenómeno similar en relación con menores provenientes de Ucrania. Se han identificado menores que han llegado a España acompañados, bien de una persona que actúa como guardador de hecho (por ejemplo, profesores, entrenadores o cuidadores), o bien de adultos que trabajan para ONG.

Estos niños, que viajan acompañados por personas adultas que no son sus progenitores o tutores, son los llamados menores separados. Habitualmente se equipara a los menores separados con los menores no acompañados. No obstante, algunos instrumentos de *soft law* y práctica nacional e internacional sugieren que los menores separados en realidad forman parte de una categoría diferente a la de los menores no acompañados. La Observación General n.º 6 de (2005) del Comité de Derechos del Niño define a los menores separados como aquellos “*menores separados de ambos padres o de sus tutores legales habituales, pero no necesariamente de otros parientes*”.

El principal riesgo radica en que el adulto que acompaña al niño, e incluso el propio niño, podrían ser víctimas de trata de seres humanos y acabar en redes de explotación. Por este motivo, en este contexto se opta por la separación inmediata del menor y el adulto que lo acompaña, se declara la situación de desamparo del menor y se asume la tutela de este por la Administración, ejerciéndose su guarda a través del acogimiento familiar o residencial.

No obstante, la separación automática del menor es, en muchos casos, desproporcionada y puede generar graves perjuicios para ese niño. En muchos casos la separación implica convertir a un menor acompañado por una persona con quien tiene un vínculo de cuidado y afectividad en un menor no acompañado bajo la tutela de la Administración en un país extranjero. Ante esta situación, deviene necesario buscar alternativas conformes a nuestro ordenamiento jurídico menos gravosas a la separación automática del menor, que sean más acordes a la situación concreta y preserven el principio del interés superior del menor.

En este artículo analizamos la viabilidad jurídica de las alternativas frente a esa separación automática de los menores extranjeros que llegan a nuestro país acompañados por una persona con la que no existe vínculo biológico. Un análisis que todavía no ha sido abordado en profundidad en la doctrina académica ni de manera directa en la jurisprudencia española.

Recientemente, la Fiscalía General del Estado ha enviado, en fecha 8 de junio de 2022, una nota interna a los fiscales delegados provinciales titulada “Menores de edad extranjeros ucranianos en situación de riesgo activo”, sobre los menores desplazados procedentes de Ucrania como consecuencia de la guerra en ese país. Este documento, centrado en el caso de los menores procedentes de Ucrania, declara la improcedencia de aplicar una medida de separación automática entre los menores y las personas adultas que los acompañan (cuando no son sus familiares biológicos o tutores), así como la necesidad de tener en cuenta la opinión de las ONG a la hora de informar o decidir sobre la forma de acogimiento que mejor corresponde. Estas recomendaciones del fiscal de sala coordinador de menores deberían ser valoradas y atendidas por los servicios de protección de menores, así como extendidas a todos los menores separados (y no solo a los procedentes de Ucrania).

2. Marco jurídico de la medida de separación del menor respecto de la persona adulta que lo acompaña

La medida de separar al menor de la persona adulta que lo acompaña no está prevista en ninguna disposición jurídicamente vinculante. Se basa en una aplicación excesivamente rigorista de los Dictámenes 2/2012, 5/2014 y el protocolo de 22 de julio de 2014 que ha dictado la Fiscalía General del Estado para prevenir los riesgos de trata de seres humanos. Estos documentos destacan que el fundamento de la separación es la existencia de un riesgo grave e inminente, y que solamente debe aplicarse tras un análisis concreto de las circunstancias y de la relación entre el menor y la adulta. Estas últimas consideraciones evidencian que la medida de separación no puede ser aplicada de forma automática y sin atender a las circunstancias particulares del caso. No obstante, en la práctica se adopta una postura restrictiva de los pronunciamientos de la Fiscalía que resulta en la separación automática de los menores con el adulto acompañante.

No obstante, la decisión sobre la medida de protección del menor a aplicar, como veremos, debe atender al principio del interés superior, el principio de proporcionalidad y los derechos del niño a la intimidad personal y familiar, entre otros consagrados en la Convención de los Derechos del Niño o en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Por ello, la separación nunca debería ocurrir por defecto, sino ser excepcional a la luz de esas circunstancias concretas.

2.1. Los instrumentos de protección de menores

Las medidas de protección de menores están reguladas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LOPJM"), que viene a completar el Código Civil en lo que se refiere a la guarda y acogimiento de los menores. Además, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("LOEX") se refiere en particular a la protección de los menores extranjeros no acompañados.

Las medidas de protección más destacadas son, de mayor a menor grado de intervención, las siguientes:

- i. Declaración de desamparo (artículo 172 del Código Civil). Cuando la autoridad autonómica competente en materia de protección de menores constata una situación de desprotección grave del menor, deberá (a) declarar el desamparo del menor mediante la tramitación del procedimiento administrativo oportuno; (b) asumir la tutela del menor por ministerio de la ley (existe la posibilidad que la tutela sea asumida por otras personas o entidades, en vez de por una entidad pública, siempre y cuando sea en interés del menor); y (c) adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. Cuando se trate de menores extranjeros no acompañados, se procurará, además, la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés

superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad.

- ii. La declaración de desamparo del menor constituye el último recurso al que debe acudir la Administración cuando, tras haber valorado adecuadamente la situación de riesgo de un menor, llegue a la conclusión que este se encuentra en una situación de desamparo.
- iii. Situación de riesgo (artículo 17 de la LOPJM). Se trata de situaciones en que el menor se ve o puede verse perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo de forma que sea precisa la intervención de la Administración para garantizar los derechos del menor, pero sin que se alcance la intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por parte de la Administración por ministerio de la ley. La legislación de algunas autonomías dispone que la autoridad competente en materia de riesgo es la administración local.
- iv. Actuaciones de atención inmediata. Los poderes públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, pudiendo la entidad pública competente asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, sin que sea necesaria la previa declaración de desamparo.

2.2. La medida de separación del menor respecto del adulto/a que lo acompaña, en caso de que no se acredite la filiación

2.2.1. DICTÁMENES 2/2012 Y 5/2014 DE LA UNIDAD DE EXTRANJERÍA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS QUE ACCEDEN IRREGULARMENTE AL TERRITORIO EN COMPAÑÍA DE PERSONAS SIN VÍNCULO ACREDITADO DE PARENTESCO Y/O EN RIESGO DE VICTIMIZACIÓN.

El Dictamen 2/2012 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado sobre tratamiento a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulte acreditada ("Dictamen 2/2012"), establece que "el hecho de entrar en España irregularmente, utilizando vías o medios peligrosos, sin documentación, sin seguir los cauces legales y sin arraigo, puede objetivamente considerarse ya de por sí para el menor afectado como situación de riesgo (...)". Y "exige que los poderes públicos se preocupen de la situación del mismo y garanticen su seguridad y bienestar". No se indica expresamente que deba aplicarse una separación automática, salvo que "el rechazo o la ausencia de vínculo, unidos al resto de circunstancias, revelen insuficiente garantía de la necesaria asistencia material o moral del niño por parte del adulto". La aplicación estricta de estos pronunciamientos ha resultado en que en la práctica la separación entre el menor y el adulto acompañante se produzca de manera automática.

El posterior Dictamen 5/2014 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía, sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización ("Dictamen 5/2014") incide de nuevo en la medida de la separación automática. El Dictamen 5/2014 toma en consideración la Observación General 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados

y los menores separados de su familia fuera de su país de origen. Esta Observación hace extensivas las necesidades de protección a unos y otros menores en su apartado III.

Así, el Dictamen 5/2014 concluye que la separación del menor respecto del adulto “no se trata de una medida inexcusable, en tanto que la separación del niño es por principio una medida extrema y excepcional; sólo debe acordarse cuando las circunstancias del caso revelen un riesgo “inminente””. En esta ocasión, la Fiscalía es más clara ya que expresamente dispone que la separación es una medida de carácter excepcional y extremo.

La Fiscalía ha mantenido y reforzado este criterio en la nota interna más reciente, de 8 de junio de 2022. En esta nota interna, cuyo contenido se analiza en el apartado 4.2 de este artículo, se establecen las directrices que deben tener en cuenta los Fiscales de menores Delegados Provinciales en relación con los menores de edad procedentes de Ucrania en situación de riesgo activo.

2.2.2. EL PROTOCOLO MARCO EN RELACIÓN CON MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

El Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados (el “Protocolo Marco”), acordado el 22 de julio de 2014 por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, es el primer instrumento (no vinculante) que contiene previsiones específicas sobre la separación de menores extranjeros respecto de los adultos que los acompañan. El Protocolo Marco se publicó en el BOE el 13 de octubre de 2014.

Este Protocolo está inspirado en el principio del interés superior del menor, que debe determinarse caso por caso. Por ello, la separación deberá acordarse cuando se aprecie una situación de riesgo a raíz de las declaraciones del adulto o cualquier otro indicador o noticia. No debe ser aplicada de forma automática. En consecuencia, puede sostenerse que no procede la separación por el hecho de que no se acredite el vínculo de filiación. Esta medida será adoptada únicamente en caso de riesgo inminente para el menor, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que deberán ser valoradas de forma individualizada.

Asimismo, el Protocolo Marco dispone que en los casos en que haya una situación de riesgo (no inminente) “*se promoverán por el Ministerio Fiscal las acciones pertinentes ante el Juzgado de Guardia o Juzgado de Primera Instancia competente para asegurar que mientras se está evaluando la situación de riesgo, el menor no abandone el centro en compañía del adulto, sin autorización judicial*”. Se deduce de lo anterior que, incluso en casos donde pueda existir una situación de riesgo, siempre y cuando este no sea inminente, podrían justificarse medidas alternativas a la separación del menor y del adulto en centros de acogida distintos mientras la situación se evalúa. Podrá ser una medida adecuada y suficiente asegurar que no abandonan el centro juntos.

3. La medida de separación de menores a la luz del principio del interés superior del menor y de otros principios y directrices internacionales

3.1. Principio del interés superior del menor

El principio del interés superior del menor está consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 2 de la LOPJM. Estas normas exigen que, en cualquier decisión que deba adoptarse por una autoridad en relación con el menor, su interés superior constituirá una *"consideración primordial"*.

El interés superior del niño debe determinarse caso por caso, dependiendo de muchos factores, como son la edad y la madurez, así como el contexto en que se encuentre. Así lo indica la Observación General N.º 14 (2013) de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando señala que *"la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño [...]"*. Asimismo, se indica que son relevantes el *"contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores"*.

En relación con la familia del menor, que ha de tomarse en consideración a la hora de determinar el interés superior, debemos señalar dos puntos:

- A. La Observación General N.º 14 (2013) establece que la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). Así, el derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (artículo 16 de la Convención).
- B. El término *familia* debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (artículo 5 de la Convención).

Por otro lado, las Directrices 2021 del ACNUR para evaluar y determinar el interés superior de la niñez (*Best Interest Procedure Guidelines*) —las "Directrices BIP de ACNUR"— establecen una serie de pautas y procedimientos recomendados para los actores que intervienen en la protección de los menores migrantes y la determinación de su interés superior. Pueden destacarse los siguientes criterios:

- i. Nombramiento del adulto familiar acompañante como tutor del menor, excepto en caso de abusos.

- ii. La separación de un menor respecto del adulto que lo acompaña, cuando este no es su progenitor, debe regirse por el principio del interés superior del menor en términos equivalentes a la separación de un menor respecto de sus progenitores. En el apartado 4.3.1 de las Directrices BIP de ACNUR, se considera que *“el término «familia» debe interpretarse en un sentido amplio de acuerdo con las costumbres locales y, dependiendo del contexto, puede incluir a los miembros de la familia ampliada o a otras personas de la comunidad con las que vive el niño o niña”*. Además, esta interpretación amplia del término *familia* está igualmente respaldado por la Resolución de 13 de octubre de 2014 del Protocolo Marco. En este sentido, las Directrices BIP de ACNUR consideran que deben equipararse las figuras de progenitores con la de adultos acompañantes.
- iii. El niño no debe ser separado de sus padres (o, en el caso aquí analizado, del adulto que lo acompaña) *“contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) [tal separación] es necesaria en el interés superior del niño”* (artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño). Y, si bien el artículo 9 se refiere a la separación de los niños de sus padres, en el apartado 4.3.1 de las Directrices BIP de ACNUR se considera que la interpretación amplia del término *familia* justifica también su aplicación a los niños que viven con personas que no son sus madres o padres biológicos.
- iv. El procedimiento de evaluación de los menores extranjeros para la determinación de su interés es más eficaz cuando forma parte de un programa integral de protección de la infancia que atiende a todos los objetivos. Por ello, las Directrices BIP de ACNUR recomiendan que la evaluación se efectúe desde un enfoque multidisciplinar para que los trabajadores sociales dispongan de una serie de servicios y opciones para atender todas las necesidades de los menores y reducir sus vulnerabilidades. En este sentido se concluye que establecer un mecanismo para detectar situaciones de riesgo de abuso, negligencia o explotación y/o violencia y derivar a los menores a procedimientos adecuados para la determinación de su interés superior es un *elemento crucial* en los programas de protección de la infancia.

3.2. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico que exige que las medidas restrictivas de derechos —artículo 2.3 de la LOPJM, artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas— cumplan con un triple test, consagrado por el Tribunal Constitucional:

- i. principio de adecuación: la medida debe ser susceptible de cumplir con el fin perseguido;
- ii. principio de necesidad: no existe ninguna medida alternativa menos gravosa que sea capaz de cumplir el fin perseguido; y
- iii. principio de proporcionalidad en sentido estricto: los perjuicios causados no son mayores que los beneficios conseguidos.

Por consiguiente, si existe una medida alternativa que genere menos daños y que sea capaz de lograr el fin perseguido, deberá optarse necesariamente por la medida menos gravosa. Asimismo, si la medida restrictiva genera más perjuicios que beneficios, no podrá adoptarse.

Pues bien, las Directrices BIP de ACNUR aconsejan la aplicación del principio de proporcionalidad específicamente en aquellos supuestos en los que se debe evaluar la separación del menor de sus progenitores (en este caso, separación de adultos acompañantes). Las Directrices BIP de ACNUR disponen que, si la separación debe llevarse a cabo, se tengan en cuenta medidas más proporcionadas como opciones menos intrusivas, se mantenga una continuidad mínima del contacto (aunque sea bajo supervisión) o se efectúe una separación lo más breve posible y que la revisión de esta medida se efectúe en un plazo igualmente breve.

3.3. Principio de *do no harm*

El principio de *do no harm* es un principio de la acción humanitaria (*softlaw*), derivado del interés superior del menor y de proporcionalidad, y es comúnmente aceptado en el ámbito internacional. Conforme a este principio, se ha de velar porque las medidas que por acción u omisión se adopten no afecten negativamente a los menores ni los expongan a más daños. En la práctica, este principio implica el deber de anticiparse a las posibles consecuencias que una medida (ley o protocolo) tenga, evaluando todos los factores potenciales de riesgo y adoptando las medidas necesarias para eliminar y mitigar esos riesgos. Este principio, por tanto, justifica una vez más la necesidad de buscar alternativas a la separación automática de menores de la que hablamos.

3.4. Derecho a la vida en familia

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("CEDH") establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar. El concepto de familia ha sido delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") de una manera más amplia que aquella que incluye solo el cónyuge, hijos menores y padre, madre de menores (en línea con la interpretación propuesta por la Observación General N.º 14), siendo así que "[...] *la existencia o la no existencia de "vida familiar" es esencialmente una pregunta de hecho dependiendo de la existencia de vínculos personales estrechos*".

En este sentido, el TEDH ha entendido que, aunque una relación no alcance el nivel de "vida familiar", se puede acudir al concepto de vida privada para proteger ciertas relaciones, como declaró la sentencia *Znamenskaya c. Rusia*. Bajo este concepto se han reconocido vínculos estrechos entre un menor acogido y su tutora, por ejemplo. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia 26 de marzo de 2019 aceptó que un menor bajo la tutela de un ciudadano de la Unión Europea en régimen *kafala* (una figura de tutela propia de la legislación de Argelia) tenía derecho a residir en la Unión Europea para mantener la unidad familiar en sentido amplio.

Ante la ausencia de concepto claro de menores separados en la normativa europea, este entendimiento amplio y de hecho del concepto de vida familiar permite tomar en consideración la existencia de otros vínculos diferentes a los biológicos que puedan ser válidos en los países de origen de los migrantes a la hora de determinar si el menor está separado o acompañado.

Por su parte, la Convención de Derechos del Niño prohíbe la injerencia ilegal en la familia del niño y garantiza sus relaciones familiares (artículos 8 y 16) según el concepto amplio de familia que anteriormente se ha expuesto.

4. Viabilidad jurídica de medidas de protección de los niños alternativas a la separación

4.1. Identificación de medidas de protección acordes con los principios y derechos fundamentales expuestos

Atendiendo a los anteriores principios y derechos fundamentales, resulta evidente que no es procedente aplicar de forma automática una medida de protección consistente en la separación del menor respecto de la persona adulta que lo acompaña. Es preciso atender a las circunstancias del caso concreto, siendo la separación y declaración de desamparo una *ultima ratio*.

Sobre este punto es muy ilustrativo el artículo 94.3 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, que establece lo siguiente: *"Las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en una situación de guarda de hecho no serán declarados en desamparo si se constata que se les presta la adecuada atención y no concurren circunstancias que requieran la adopción de medidas de protección. En estos casos la Entidad Pública lo pondrá en conocimiento del juzgado correspondiente a los efectos previstos en el artículo 237 del Código Civil"*. Se pondrá en conocimiento del Juzgado a efectos de declarar la guarda de hecho del menor (artículo 237 del Código Civil).

Este precepto positiviza una línea jurisprudencial por la que se han declarado contrarias a derecho medidas de separación de menores respecto de guardadores de hecho que les daban el cuidado necesario. Basta citar a estos efectos la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (recurso de apelación n.º 133/2004). Debe destacarse el carácter garantista de la reciente legislación andaluza, que ha acogido en su articulado esta previsión, precisamente, para evitar separaciones innecesarias de menores respecto de sus guardadores de hecho.

Pues bien, una vez los migrantes llegan a las costas españolas y mientras la autoridad administrativa competente sobre protección de menores evalúa el caso concreto (y determina cuál es el interés superior del menor), se propone como la actuación más procedente la aplicación de medidas de protección diferentes a la separación y a la consiguiente declaración de desamparo (salvo que exista un peligro inminente que lo justifique).

En estos casos, la autoridad administrativa competente en materia de menores podría acordar la guarda provisional del menor llegado a España a favor de la persona adulta que lo acompaña. Esta decisión podrá ser adoptada por el Juzgado en el marco de una declaración de riesgo, o bien de un desamparo provisional, en función de las circunstancias del caso concreto.

Esta situación de guarda provisional debería prolongarse por el periodo necesario para que pueda analizarse si el vínculo entre menor y la persona adulta es positivo, si el menor está en alguna

situación de peligro o riesgo que justifique la separación inmediata, la historia de este menor, así como si dispone de familiares en Europa que puedan hacerse cargo de él. Esta evaluación deberá ser llevada a cabo en centros de acogida especializados en niñez migrante, a los que se deriven, juntos, al menor y la adulta acompañante, que deberán contar con profesionales que puedan abordar esta situación desde un enfoque multidisciplinar y holístico aplicando las Directrices BIP de ACNUR. Deberá garantizarse, en todo caso, que la persona adulta y el menor no abandonan ese centro solos, sin la previa autorización de la autoridad (administrativa o judicial) competente.

Esta propuesta dispone de bases jurídicas suficientes para poder ser acordada por los órganos competentes:

- i. Conformidad con las medidas de protección de los menores extranjeros reguladas en la LOPJM: Estas medidas exigen una valoración secuencial de la situación de riesgo concreto del menor y prevén la declaración de desamparo como el último recurso al que debe acudir la Administración en situaciones extremas. Así lo han declarado nuestros tribunales, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 17 de febrero de 2016 (recurso número 1064/2015), que cuestiona el automatismo de la declaración de desamparo del menor y considera que dicho automatismo es contrario al principio de proporcionalidad. Asimismo, el Tribunal Supremo ha considerado que el hecho de que los progenitores no den la asistencia debida al menor, en caso de existir un guardador de hecho, no impone automáticamente la declaración de desamparo. La Sentencia de 27 de octubre de 2014 (recurso número 2762/2013) dispone lo siguiente: *“Corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección»”*.

Además, en el caso de que concurran los requisitos de gravedad que exige la declaración de desamparo, pueden aplicarse en primer lugar las medidas de la situación de riesgo, donde no se separe al menor de su núcleo familiar y se realice un proyecto de intervención social por parte de la entidad local competente.

- ii. Conformidad con el Protocolo Marco: El Protocolo Marco rechaza la separación automática del menor del adulto, lo que provocaría que el menor se convirtiese en un menor extranjero no acompañado en situación de desamparo. En efecto, el Protocolo Marco dispone que la separación se adoptará únicamente en caso de riesgo inminente para el menor, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que deberán ser valoradas de forma individualizada.
- iii. Procedencia de prestar una atención específica al fenómeno de la “infancia en movilidad”, aplicando una medida para situaciones de riesgo con la herramienta de la Directrices BIP de ACNUR: Este fenómeno obliga a buscar medidas adecuadas a esta realidad específica, acordes a los principios generales expuestos en el apartado anterior, y que piensen específicamente en estas situaciones de riesgo o desamparo de esta infancia en movimiento.

- iv. La propuesta de valoración multidisciplinar previa a la separación automática es conforme con las Directrices BIP de ACNUR, al interés superior del menor, al principio de proporcionalidad y al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar: Es habitual que entre el menor y la adulta exista una relación de afectividad y confianza surgida durante el viaje, ya que la persona adulta le presta la asistencia moral propia de un progenitor. La convivencia en un entorno estable y seguro permite la continuidad de esta relación de afectividad y evitar los efectos disruptivos y desestabilizadores de separar al menor de la adulta y trasladarlo a un centro de acogida totalmente desconocido.

De este modo, se facilita que la valoración del contexto cultural y social se lleve a cabo de manera más precisa y ajustada a la realidad. Se garantiza así que las medidas que se adopten son proporcionadas a su contexto específico y que el menor no es víctima de redes de trata, a la vez que se evitan los perjuicios derivados de las medidas más gravosas del ordenamiento jurídico (como es la separación y consiguiente desamparo). Asimismo, se respeta el derecho a la intimidad personal y familiar, puesto que no se separa al menor del adulto que podría considerarse familiar, en atención al concepto amplio de familia recogido en el artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño. De este modo, se permite que el menor no se aísle por completo de las tradiciones culturales propias que configuran su identidad, como por ejemplo el idioma materno.

Con independencia de lo anterior, la autoridad judicial competente podría reconocer la existencia de una guarda de hecho que garantice los derechos del niño, en los términos de lo establecido en el antes citado artículo 94.3 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía (aunque este precepto sea solo aplicable a esa comunidad autónoma, el principio que contiene es generalizable a todo nuestro ordenamiento jurídico). En ese caso, resultaría improcedente jurídicamente una declaración de desamparo, sin perjuicio de otras medidas administrativas o judiciales de protección de menores que pudiesen adoptarse.

4.2. La viabilidad jurídica de estas medidas alternativas está respaldada por la nota interna de la Fiscalía General del Estado sobre los menores desplazados desde Ucrania

La nota interna de la Fiscalía General del Estado relativa a los menores desplazados desde Ucrania en situación de riesgo activo establece una serie de criterios y recomendaciones para los fiscales delegados provinciales en relación con los menores de edad procedentes de Ucrania que llegan a España, bajo la guarda de hecho de un adulto que no acredita su relación de parentesco o afinidad con el menor.

Este documento se centra especialmente en impulsar la protección de dos grupos de menores: (i) aquellos que vienen acompañados de una persona que *"hace las veces de guardador de hecho"* sin vínculo biológico, y (ii) aquellos que no vienen acompañados. En ambos casos, la nota interna establece que los menores quedan sujetos a las medidas de protección de menores extranjeros reguladas en la LOPJM y en el Código Civil a las que nos hemos referido anteriormente. Ello implica que las autoridades autonómicas competentes tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, así como *"arbitrar y adoptar todas las medidas y mecanismos de protección necesarios, con el fin de velar por el interés superior del menor"*.

A los efectos de evaluar la situación de riesgo del menor y establecer la medida de protección más adecuada, la nota recomienda a las autoridades autonómicas competentes en materia de protección de menores mantener los registros actualizados y recabar información sobre las circunstancias personales y familiares de los menores *"con el fin de tener un amplio conocimiento de lo que sea más conveniente al interés del menor"*. Para ello, los fiscales de menores deberán instar a las autoridades autonómicas competentes en materia de protección de menores a la adopción de las medidas adecuadas en función de las circunstancias concretas de cada caso; en particular, se recomienda la realización de actuaciones de atención inmediata (las menos gravosas) y la asunción por parte de las autoridades competentes de la guarda provisional del menor.

Con respecto a la gravedad de las medidas de protección, la Fiscalía es muy clara a la hora de recomendar la aplicación de medidas de protección diferentes a la separación y a la consiguiente declaración de desamparo, siendo así que en la nota interna se dice lo siguiente: *"No procede la tutela inmediata en supuesto de desamparo"*. Según la Fiscalía, la casuística es tan variada que, para asegurar el interés superior del menor, han de tenerse en cuenta todos los *"datos y circunstancias personales de los menores e instar [por parte de las autoridades autonómicas competentes] la medida de protección que estimen más adecuada según el caso concreto"*. Además, *"a la hora de solicitar o informar sobre la forma de acogimiento"*, resulta conveniente tener en cuenta la opinión de las ONG con experiencia en protección de menores que han participado en el traslado del menor desde el extranjero.

Las recomendaciones de la Fiscalía para estos casos de menores extranjeros procedentes de Ucrania confirma la improcedencia de aplicar una medida de separación automática entre los menores y los adultos (sin relación biológica) que los acompañan y respalda la viabilidad jurídica y la exigencia de aplicar medidas alternativas frente a esa separación automática a todos los menores extranjeros (y no solo a los procedentes de Ucrania).

5. Conclusiones

- i. El análisis de un enfoque multidisciplinar por parte de profesionales para determinar la medida de protección más adecuada para el menor extranjero acompañado de un adulto que no es su progenitor como alternativa a la separación automática constituye una opción óptima para el interés superior del menor y es viable jurídicamente. La separación del menor no puede ser automática, puesto que conduce, sin un análisis de las circunstancias concretas de la situación del menor, a la declaración de desamparo, mecanismo calificado de *ultima ratio* por nuestro ordenamiento jurídico.
- ii. De acuerdo con el Protocolo Marco, la separación del menor respecto del adulto solo debe tener lugar en caso de riesgo inminente para el menor, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que deberán ser valoradas de forma individualizada. En el mismo sentido, el Dictamen 5/2014 dispone que la separación del niño no es una medida "inexcusable", sino una medida "extrema y excepcional" para los casos en que exista ese riesgo "inminente" para el menor. Esta es la interpretación que también mantiene la nota interna

de la Fiscalía General del Estado de 8 de junio de 2022 en relación con los menores extranjeros ucranianos en situación de riesgo activo.

- iii. Las Directrices BIP de ACNUR establecen para la determinación del interés superior que, en supuestos de menores extranjeros acompañados de adultos no progenitores, deben aplicarse las directrices propias para la separación de menores de sus progenitores. Los principios generales conforme a los que se debe interpretar la normativa en materia de protección de menores y la jurisprudencia de los tribunales españoles y europeos apuntan a que la separación del adulto acompañante puede no ser la decisión más proporcionada. Diferentes estudios y la observación de multitud de casos concretos permiten concluir que los menores sufren repercusiones en su salud mental y otros perjuicios innecesarios y desproporcionados si son separados de los adultos que los acompañan cuando ambos tienen un vínculo positivo.
- iv. La normativa estatal habilita a las Administraciones autonómicas competentes para adoptar medidas alternativas a la separación automática. En efecto, la LOPJM, en el título II, capítulo I, prevé las actuaciones en situaciones de desprotección del menor, aunque respetando el reparto constitucional y estatutario de aquellas competencias que por su carácter administrativo corresponden a las comunidades autónomas.
- v. Las anteriores bases jurídicas permiten que se aplique un procedimiento autonómico basado en las herramientas de las Directrices BIP de ACNUR, en el marco de una medida de situación de riesgo (o en su caso un desamparo provisional), atendiendo a las específicas circunstancias de estos casos de infancia en movilidad. Este enfoque asegura la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que permite identificar rápidamente si los menores están en situación de riesgo inminente (por ejemplo, trata de personas) a la vez que se tratan de evitar los perjuicios de la separación automática. Asimismo, se podrá trabajar la reunificación familiar de los menores con otros familiares que residan en la Unión Europea.

Bibliografía

ACNUR (2021). *Directrices del ACNUR para evaluar y determinar el interés superior del niño (2021 Best Interest Procedure Guidelines: Assessing and determining the best interest of the child)*. Recuperado de <https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>.

Dictamen 2/2012 sobre tratamiento a dar a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulte acreditada, de la Fiscalía General del Estado. Recuperado de <https://www.parainmigrantes.info/wp-content/uploads/2012/03/20120302000260.pdf>.

Dictamen 5/2014 sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización, acordado el 11 de diciembre de 2014 por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado. Recuperado de <https://www.fiscal.es/documents/20142/157164/DICTAMEN+5-2014+sobre+protecci%C3%B3n+de+menores+extranjeros+que+acceden+irregularmente+al+territorio+en+compa%C3%B1a+de+personas+sin+v%C3%ADnculo+acreditado+de+parentesco+y+o+en+riesgo+de+victimizaci%C3%B3n.pdf/f77fdb3f-3e6f-d150-1669-efb1a4c5a619?version=1.1>.

NACIONES UNIDAS (2013). *Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)*. Comité de los Derechos del Niño CRC/C/GC/14. Recuperado en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf.

Nota interior "Menores de edad extranjeros ucranianos en situación de riesgo activo", de 8 de junio de 2022, dirigida a los fiscales delegados provinciales.

PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (2022). Separated Minors or the Dilemma Between General and Individual Interest in Migration Law Compliance. *Jean Monnet Network on EU Law Enforcement Working Paper Series No. 10/22*. Recuperado de <https://jmn-eulen.nl/wp-content/uploads/sites/575/2022/05/WP-Series-No.-10-22-Separated-Minors-or-the-Dilemma-Between-General-and-Individual-Interest-in-Migration-Law-Compliance-Petit-de-Gabriel.pdf>.

Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados, acordado el 22 de julio de 2014 por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2014/10/16/pdfs/BOE-A-2014-10515.pdf>.