

LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO
ACOMPAÑADO EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL*

THE SPECIAL VULNERABILITY OF UNACCOMPANIED FOREIGN
MINORS IN CONFLICT WITH CRIMINAL LAW

Esther Pillado González

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

Paula Martínez Molaes

*Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

RESUMEN

Pese a que la infancia es universalmente reconocida como vulnerable, el sistema penal no está adaptado a sus necesidades, sobre todo, en aquellas situaciones en las que se atribuye un hecho delictivo a un menor extranjero no acompañado, pues su fragilidad derivada de la edad se ve agravada por factores procedentes de su condición de migrante que se encuentra en el territorio nacional sin compañía de sus progenitores u otro adulto responsable. La discriminación indirecta, el desconocimiento cultural y la falta de formación de operadores jurídicos refuerzan su exclusión. A lo largo de estas páginas, se aboga por una evaluación individualizada del menor en una etapa temprana del proceso que evidencie sus necesidades concretas a efectos de la adopción de las medidas que aseguren una justicia más inclusiva y equitativa para estos menores.

ABSTRACT

Although childhood is universally recognized as a vulnerable stage, the criminal justice system is not adapted to its needs —especially in cases where the alleged offender is an unaccompanied foreign minor. In such instances, the vulnerability associated with age is compounded by factors stemming from their status as migrants in the national territory without the presence of parents or another responsible adult. Indirect discrimination, cultural misunderstanding, and the lack of training among legal professionals further reinforce their exclusion. Throughout these pages, an individualized assessment of the minor at an early stage in the process is advocated, in order to identify their specific needs and adopt measures that ensure a more inclusive and equitable justice system for these minors.

PALABRAS CLAVE

Menor extranjero no acompañado, vulnerabilidad, justicia penal juvenil, evaluación individual, igualdad y no discriminación, garantías procesales.

KEYWORDS

Unaccompanied foreign minor, vulnerability, juvenile criminal justice, individual assessment, equality and non-discrimination, procedural safeguards.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.136>

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)», subvencionado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana en la convocatoria 2024 (Ref. CIPROM 2023-64 GVA).

LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Esther Pillado González

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Paula Martínez Molares

Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Sumario: 1. Introducción. 2. Vulnerabilidad y minoría de edad. 3. El menor extranjero no acompañado en conflicto con la ley penal. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. Factores de vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado. 3.3. Posición del menor extranjero no acompañado en el proceso penal de menores. 4. La evaluación individual del menor extranjero no acompañado sospechoso o acusado. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, la llegada de menores extranjeros no acompañados a España y a los Estados de la frontera sur de la UE ha ido adquiriendo relevancia desde la perspectiva de su protección jurídica; en especial, la dicotomía entre su condición de menores y extranjeros en el marco de una política migratoria cada vez más restrictiva, los desafíos que suponen para los sistemas de protección y las posibilidades reales de integración en los Estados receptores o la articulación de un sistema de reubicación en otros territorios¹. Se trata

de un fenómeno migratorio autónomo con respecto a la migración de adultos, ya que las circunstancias y los factores que influyen en el proyecto migratorio de los niños y las niñas hacen necesario distinguirlos de otros actores que intervienen en los flujos migratorios. Si bien, la migración de estos menores se ve igualmente enmarcada dentro de la lógica general de las migraciones y no se trata de un fenómeno aislado o circunstancial; caracterizado por un incremento de los flujos migratorios que está directamente relacionado con el continuo deterioro de la situación social, económica y política que sufren muchos países, especialmente de las regiones del norte y oeste de África (Save the Children, 2019: 5)².

La presencia de menores extranjeros no acompañados en Europa data del inicio de la década de los 90 y, en el caso de España, se sitúa en el año 1993 (UNICEF, 2009: 38)³; a partir de esta fecha, la evolución de las llegadas de menores extranjeros no acompañados se ha ido incrementando progresivamente. Así, desde el año 2010, experimenta un aumento constante, alcanzando su punto álgido en 2015, coincidente con la denominada crisis de los refugiados⁴. En el año 2023, se aprecia un notable incremento de los menores extranjeros no acompañados llegados a España por vía marítima, en pateras u otras embarcaciones frágiles, habiendo sido localizados 4.865 menores, lo que representa un incremento del 104,8% en comparación con los 2.375 menores llegados en 2022⁵. El reclamo político en los territorios más afectados, exigiendo un reparto equitativo para una gestión adecuada de estos menores y una atención eficiente en el ámbito social, sanitario y educativo, entre otros, ha desembocado en un acuerdo entre el Gobierno central y las CCAA para la redistribución menores extranjeros no acompañados, desde los territorios más saturados hacia otras comunidades y ciudades autónomas, sobre la base de unos criterios de solidaridad equitativa y de ponderación del esfuerzo realizado por cada territorio en la atención a dichas personas⁶.

La mayoría de los menores no acompañados que llegan a España tienen edades comprendidas entre los 14 y 17 años y proceden principalmente de Senegal, Marruecos, Gambia y Argelia, de los cuales, el 91,2% son varones, dado que las niñas suelen realizar más desplazamientos internos y muchas de ellas no se reflejan en los datos de llegadas debido a que son introducidas en los Estados receptores a través de las mafias de trata de personas⁷.

En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, en el que se registran todos los datos relativos al número asignado, circunstancias e identificación de los menores extranjeros bajo guarda o tutela institucional que se encuentran en España, constaban inscritos en el año 2023, 9.683 menores⁸. Entre las comunidades autónomas de primera llegada se podrían agrupar, por sus características geográficas, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y las comunidades autónomas de Canarias e Illes Balears. Andalucía, Murcia y Comunidad Valenciana son también lugares de primera llegada. Por su parte, la Comunidad de Madrid ha de ser considerada no solo como un territorio en el que se localizan menores que, por motivos diversos, han abandonado el centro de protección en otra comunidad autónoma, sino también un lugar de primera llegada, fundamentalmente a través del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. Destacan también a este respecto Cataluña y el País Vasco que concentran porcentajes relevantes de reseñas iniciales⁹.

La migración de menores no acompañados no responde a un solo factor, sino a un conjunto muy heterogéneo de elementos relativos tanto a las situaciones de origen, como a las motivaciones de su proceso migratorio, lo que se traduce en enormes dificultades a la hora de conceptualizar este fenómeno y darle un tratamiento jurídico (Durán Ruíz, 2021: 284). Estas realidades diferentes no son analizadas individualmente en nuestra legislación, ni tampoco a nivel comunitario, sino que se incluyen dentro del mismo concepto a menores inmersos en diversas situaciones y vulnerabilidades que les han llevado a migrar a un país en el que no son nacionales ni residentes; así, migrantes económicos, desplazados por catástrofes naturales, por desestructuración familiar, por conflictos armados o niños soldado, aquellos que llegan a un tercer Estado a través de la acción de las mafias de tráfico de personas, o, incluso, quienes viven situaciones de esclavitud, abusos y explotación sexual y laboral, entre otros¹⁰.

De esta forma, el concepto de menor extranjero no acompañado es el resultado de una construcción jurídica y social que engloba todo un conjunto de realidades individuales diferenciadas, que comparten la movilidad internacional y la ausencia de un referente familiar o de un adulto que le acompañe o se responsabilice de él en el Estado receptor, como características comunes.

Antes de seguir avanzando en la delimitación del concepto *menor extranjero no acompañado*, procede realizar una aclaración en relación con el acrónimo MENA, exponiendo las razones que nos llevan a no utilizarlo a lo largo de estas páginas, pese a ser empleado de forma generalizada en los ámbitos doctrinales e institucionales. Se trata de un término que, tras haber nacido indisociablemente unido a la legislación de extranjería, poniendo el foco de atención en su condición de migrantes irregulares y no en la de niños y niñas cuyo superior interés deber ser protegido; también se ha extendido en la esfera pública y ha ido evolucionado hasta ser usado con una connotación negativa y despectiva¹¹; incluso para la criminalización de estos menores a nivel social, mediático y político, llegando a ser identificados como delincuentes y como una amenaza para la seguridad nacional¹². El acrónimo MENA oculta la identidad de los niños y niñas y las causas por las que se desplazan de su país de origen. Por ello, desde la doctrina, se han propuesto otras voces como la de *niños desamparados en situación de irregularidad migratoria* (Sánchez Tomas, 2019: 212-213) o *niñez y adolescencia migrante no acompañada* (Serrano Sánchez, 2023: 693-730). Igualmente, las organizaciones que trabajan con la infancia migrante, proponen términos que reflejen expresamente la falta de referentes familiares¹³. Como se adelantó, a lo largo de este estudio no se utilizará el acrónimo MENA, pues es un término que invisibiliza, deshumaniza y despersonaliza a estos menores, además de contribuir a reforzar prejuicios y actitudes racistas y xenófobas sobre ellos, lo que conlleva también a un menoscabo de su dignidad. Se ha optado por utilizar la expresión *menor extranjero no acompañado*, que, aunque es menos descriptivo de su situación de vulnerabilidad, es la utilizada en los textos legislativos más recientes, tanto en el ámbito de extranjería como de protección del menor y, por lo tanto, facilita la referencia a normas y procedimientos específicos aplicables a estos menores, garantizando que el análisis y las propuestas planteadas en estas páginas se alineen con el marco legal existente.

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN)¹⁴, texto internacional por excelencia de la infancia, cuyo valor radica en la consolidación del cambio de paradigma con relación a los niños y a las niñas, al dotarlos de legitimación propia, considerándolos como sujetos titulares de derechos y no solo objeto de protección¹⁵, define en su art. 1 al niño como *todo ser humano menor de dieciocho años salvo que, según la ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*. Asimismo, regula los derechos que cada Estado Parte debe respetar, lo que conlleva también el deber de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin ningún tipo de discriminación, por razón de origen, raza o situación migratoria, entre otros, y prestando una especial atención a la infancia más vulnerable, entre la que se encuentran las niñas y los niños en movilidad, aunque no contiene una definición expresa de menor extranjero no acompañado; debe acudir a la definición dada por el Comité de Derechos del Niño (en adelante, CRC), a través de la Observación General núm. 6 (2005) *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*¹⁶, con el objeto de proporcionar una orientación sobre su protección, atención y trato adecuado a la luz de todo el contexto jurídico de la CDN, poniendo de manifiesto la situación particularmente vulnerable de estos menores¹⁷.

Atendiendo a la definición de la Observación General núm. 6 del CRC, se entiende por menor extranjero no acompañado, aquel menor nacional de un Estado no miembro de la UE o el menor apátrida que, al entrar en el territorio de un Estado miembro de la UE, en este caso en el territorio español, no va acompañado de un adulto responsable de su cuidado. También será considerado como tal cualquier menor al que se deje solo o sea abandonado tras su entrada en el territorio de un Estado receptor, porque el adulto que le acompañaba decline sus responsabilidades. En estos supuestos, debemos señalar que la responsabilidad de cuidar al menor que recae sobre el adulto puede ser de derecho o, de hecho, esto es, haber sido asumida por ley o con arreglo a costumbre¹⁸. También se incluirá dentro del concepto a aquel menor separado del adulto que le acompaña, cuando tras la oportuna verificación en el Estado receptor, en cuanto a la filiación, la acreditación de la tutela legal o la idoneidad para ejercer la guarda de hecho o tutela habitual, se determine que no puede asumir la responsabilidad de su cuidado.

2. VULNERABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD

No existe un acuerdo normativo ni doctrinal sobre el concepto de vulnerabilidad e incluso muchas veces se confunde con otros términos como el de susceptibilidad, dependencia o discapacidad, llegando a ser utilizados como sinónimos en determinados ámbitos. Sin embargo y aunque la dimensión de susceptibilidad a sufrir un daño es común a la vulnerabilidad y a la discapacidad, de ahí que podamos afirmar que la persona con discapacidad es vulnerable, lo cierto es que el término vulnerabilidad tiene un alcance más amplio (Cuadrado Salinas, 2024: 9).

La RAE identifica vulnerable con la persona que puede ser herida o recibir lesión, física o moral e incluye como sinónimos de vulnerabilidad, la debilidad, flaqueza, fragilidad, indefensión e inseguridad; partiendo de la anterior definición, se podría entender por vulnerabilidad, la condición en la que, ante un mismo hecho, una persona tiene más posibilidades de sufrir un daño. Una interpretación amplia del término vulnerabilidad podría identificarse con la susceptibilidad de alguien a ser dañado, sin que sea necesario que ese daño se haya consumado, sino que bastará con la posibilidad de éste, es decir con que exista el riesgo.

Considerando la definición anterior, puede entenderse que la vulnerabilidad es una condición propia del ser humano, ya que surge de la fragilidad inherente a la vida, de nuestra exposición constante al sufrimiento y a la muerte, así como de la profunda dependencia que tenemos de los demás. A esta forma de vulnerabilidad se le puede llamar vulnerabilidad universal, ya que afecta a todas las personas por igual. Si bien, existe otro tipo de vulnerabilidad que recae de forma más intensa sobre ciertos individuos o grupos, simplemente por el hecho de pertenecer a ellos. Este segundo tipo puede denominarse vulnerabilidad asociada a la pertenencia grupal. Los motivos de esta vulnerabilidad son diversos, como lo son las propias tipologías de estos grupos: edad, discapacidad, raza, pobreza, etc. La especial vulnerabilidad de ciertas personas no contradice la vulnerabilidad como universal, sino que ambas interactúan (Bonsignore Fouquet, 2023: 28).

No obstante, ello no significa que todos los miembros de un colectivo, *prima facie* vulnerable, sean necesariamente vulnerables, ni tampoco que tengan que serlo a todos los efectos y en todas las esferas de sus vidas. Por tanto, no es la pertenencia a un grupo lo que hace vulnerable a una persona, sino una situación concreta. Esta diversidad en cuanto al alcance de la vulnerabilidad es probablemente uno de los factores principales que explican la heterogeneidad de los grupos vulnerables, según sean clasificados por cada instrumento normativo y con un rango de aplicación potencialmente distinto.

Con respecto a la vulnerabilidad ligada al proceso judicial, merecen especial atención las Reglas de Brasilia de 2008, *sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*¹⁹; este instrumento sienta las bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, proponiendo recomendaciones para los órganos jurisdiccionales y, en general, para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. De esta forma, no solo pretenden enfocarse hacia la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento (párrafo 5º Exposición de Motivos).

Las Reglas de Brasilia definen en el Apartado 1 (3), Sección 2ª la vulnerabilidad como la condición en la que se encontrarían aquellas personas que, *por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*. En lo que aquí interesa, se identifican expresamente como causas específicas de vulnerabilidad, la edad y la migración, junto con la discapacidad, la

pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La condición de vulnerabilidad no es un concepto estático, inamovible, sino que su concreta determinación dependerá de las características específicas de cada país, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico. Igualmente, se reconoce que toda persona, debido a su edad, debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos jurisdiccionales teniendo en cuenta su desarrollo evolutivo²⁰.

Centrándonos en la vulnerabilidad derivada de la edad, la infancia siempre ha sido reconocida como un colectivo vulnerable y, en virtud de ello, debe ser protegido; esta vulnerabilidad radica en su situación de dependencia que proviene de su falta de madurez. No se puede obviar que una persona durante su infancia y adolescencia se encuentra en constante desarrollo e irá adquiriendo una progresiva madurez, lo cual va a determinar que, en función de la fase del desarrollo en la que se encuentre, su exposición a un peligro y su capacidad de responder a esa amenaza será diferente, aunque nunca llegarán a ser equiparables a los de una persona adulta.

No obstante, la edad en sí misma no es el único factor a tener en cuenta para identificar el grado de vulnerabilidad de un menor, sino que también dependerá de su desarrollo físico, intelectual y social, así como de su funcionamiento emocional o su comportamiento, su rol en la familia o su entorno familiar, pues resultará determinante la posibilidad de acceso a personas que le puedan proteger y su capacidad para reconocer una situación de abuso o abandono. Todos estos factores contribuyen a aumentar o disminuir las posibilidades de un daño grave y por tanto, su mayor o menor vulnerabilidad²¹.

En torno a las necesidades de especial protección de los menores de edad y, por tanto, el reconocimiento de su vulnerabilidad, han sido muchas las normas internacionales, regionales y europeas que la reconocen expresamente. Entre otros, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la CDN, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, el Convenio del Consejo de Europa *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote)²², o el Convenio del Consejo de Europa *sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)²³. Igualmente, el TEDH ha subrayado en numerosas ocasiones la vulnerabilidad de los menores, especialmente en el contexto del art. 3 CEDH²⁴.

Lo cierto es que a pesar de esa protección que se brinda al menor por el mero hecho de serlo y que tiene su reconocimiento en multiplicidad de instrumentos tanto a nivel internacional como regional, esto no se traslada en la práctica a una *hiperprotección*, sino al contrario, el sistema de justicia no responde de manera adecuada, apreciándose como principal barrera el hecho de que la justicia esté concebida para los adultos (Sanz Hermida, 2019: 1832)²⁵.

3. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En este apartado, nos centraremos en el menor extranjero no acompañado al que se le atribuye un hecho delictivo o ilícito penal y, por tanto, sujeto a Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM), en el marco del proceso penal de menores, donde se van a poner de manifiesto desequilibrios y vulnerabilidades específicas de estos niños y niñas, así como una falta de una respuesta procesal adecuada. Esto puede dar lugar a múltiples situaciones diferentes, por ejemplo, puede ocurrir que, en el momento de incoarse el proceso penal, el menor estuviera bajo la tutela de la Entidad Pública de Protección de menores, que asume por mandato legal su tutela, previa declaración de menor en desamparo; en otros casos, el menor extranjero no acompañado oculta su minoría de edad al ser interceptado en la frontera, haciéndose pasar por adulto para evitar precisamente las medidas de protección de menores²⁶, quedando en situación de calle, al margen del sistema, con lo que aumentan las probabilidades de incurrir en la marginación y delincuencia y, por consiguiente, también de pasar a formar parte del sistema de justicia juvenil²⁷. La situación de calle de estos menores también puede deberse a su abandono de los recursos de protección una vez accedido al mismo²⁸ o a su declaración como mayores de edad, tras la realización de pruebas de determinación de la edad por encontrarse indocumentado en el momento de su localización en el Estado receptor²⁹.

En este punto, es preciso destacar la importancia de la determinación de la edad para estos menores, por cuanto va a determinar la situación jurídica de la persona migrante no acompañada y será decisiva para su futuro en el Estado receptor, pues, en el caso de ser considerado menor, se le dotará de una especial protección por parte de la Administración, que asumirá su tutela derivada de la previa declaración jurídica de desamparo. Asimismo, será titular de una serie de derechos por el mero hecho de ser considerado como un niño, que en ningún caso se podrán limitar por su condición de extranjero. Esto se traduce igualmente en que no podrá ser objeto de las medidas sancionadoras contempladas en la normativa de extranjería, tales como la expulsión del territorio español. La edad en el ámbito penal determinará, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal, fijada por nuestra LORPM en 14 años, quedando fuera del sistema de justicia juvenil los ilícitos cometidos por menores de esta edad, a los que se aplicará el régimen de protección del menor previsto en el CC; y, por otro, la sujeción al régimen de responsabilidad penal de menores o de adultos (a partir de 18 años) de la persona a la que se atribuye un hecho delictivo³⁰.

A pesar de la importancia de esta cuestión, no existe, en la actualidad ningún mecanismo que determine de forma exacta, exhaustiva y certera la edad de una persona. Asimismo, tampoco se dispone, en España ni en el ámbito del derecho de la UE, de una regulación uniforme y unificada relativa al procedimiento de determinación de la edad, ni que contemple las garantías sustantivas y procesales que ostenta el interesado que vaya a someterse al mismo. Además, la figura del Fiscal como órgano instructor del procedimiento para

decidir sobre la edad en nuestro ordenamiento jurídico³¹, así como el uso de técnicas intrusivas, incluso en los casos en los que los migrantes portan documentación del país de origen relativa a su identidad, en contra de la doctrina del TS, y la deficiencia en cuanto a las garantías procesales, han llevado al CRC a poner de manifiesto las vulneraciones de la CDN por parte de España, a través de sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos 5º y 6º combinados de España, aprobadas el 5 de marzo de 2018 y de los dictámenes que emite el CRC como consecuencia de las denuncias interpuestas por personas sujetas a la jurisdicción española relativas a procedimientos de determinación de la edad³². Por todo ello, la determinación de la edad constituye uno de los principales aspectos que conllevan a acrecentar la situación de especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado.

3.2. FACTORES DE VULNERABILIDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

En el ámbito de la UE y del Consejo de Europa, se ha identificado a los menores en situación de desplazamiento o aquellos que se ven afectados de otro modo por la migración como uno de los grupos más vulnerables en Europa, debido a su acceso limitado a la justicia, la educación y los servicios sociales y de salud; además, dentro de este colectivo, los niños no acompañados se enfrentan a una situación particularmente precaria. Concretamente, el Consejo de Europa ha puesto de manifiesto las constantes violaciones de derechos humanos que sufren los niños migrantes, en general, aun cuando se encuentran acompañados por sus padres y ha señalado como manifestaciones de estas vulneraciones, la falta de aplicación del interés superior del niño en los procedimientos de asilo y de inmigración³³; la práctica de detenciones, en lugar de proteger el bienestar del niño; la asignación inadecuada de tutores, la separación familiar y los degradantes procedimientos de determinación de la edad, así como el riesgo elevado de ser objeto de trata de seres humanos y de explotación³⁴.

La condición de vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados también está presente en diferentes textos comunitarios. Así, se alude a ella en la Resolución del Consejo de la Comunidad Europea de 26 de junio de 1997, *relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros*. Posteriormente, se reconoce expresamente en el art. 3.9 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (Directiva de retorno)* y, asimismo, se reconoce en el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, *por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE*. Además, en el Programa de Estocolmo, que ha dado lugar al Plan de Acción sobre los Menores no Acompañados, se refleja la preocupación por la vulnerabilidad de los menores no acompañados procedentes de terceros países³⁵.

Igualmente, en lo que respecta a la justicia juvenil, el Comité Económico y Social Europeo en su *Dictamen sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de*

la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea, también identifica como especialmente vulnerables los menores inmigrantes no acompañados (apartado 2.1.2).

Por su parte, el TEDH ha establecido que la extrema vulnerabilidad de la infancia es el factor decisivo y tiene prioridad sobre las consideraciones relativas a la eventual condición de migrante en situación irregular³⁶.

En definitiva, si la minoría de edad es en sí misma una condición de vulnerabilidad, ante un sistema de justicia que tradicionalmente ha sido configurado para los adultos, cuando se trata, además, de un niño, niña o adolescente de nacionalidad extranjera que no está acompañado de sus progenitores, familiares o personas de referencia, se agrava su condición, pudiendo hablar de una *especial vulnerabilidad* o *vulnerabilidad agravada* con respecto a la que pueden sufrir los migrantes adultos³⁷. Incluso se le ha llegado a denominar como menor con *doble vulnerabilidad* (De la Fuente y Sotomayor, 2009: 43), *triple vulnerabilidad* (Pérez González, 2012: 247-272 y González Carrizo, 2023: 780) o *con múltiples vulnerabilidades* (Rights International Spain, 2016: 6).

Más allá de las circunstancias que son inherentes a cualquier menor extranjero no acompañado (no ser nacional del Estado en el que se encuentra sometido a la justicia y encontrarse sin sus progenitores o personas que ejerzan su guarda y custodia), existen una serie de factores, relacionados con el origen, el propio contexto migratorio, la acogida en el Estado receptor y las circunstancias sociales en el momento de comisión del delito que son claves para determinar su grado de vulnerabilidad. Son los factores que denominaremos *internos o razones endógenas*, como así se denominan en la Regla 3, núm. 1, de la Sección 2ª de las Reglas de Brasilia, cuya característica principal es que, en la mayoría de las ocasiones, el menor ha tenido poca o ninguna injerencia en ellos y que lo han colocado en esa situación de vulnerabilidad.

Entre ellos, se podrían distinguir, en primer lugar, aquellos que tienen su germen en los propios países de origen y que, normalmente, son las causas que motivan que los menores emprendan el trayecto migratorio, como pueden ser la pobreza, la falta de recursos o la situación política del país, entre otros. Además, debe tenerse en cuenta también el contexto social y cultural del país de origen, puesto que ello influirá en el ideal de justicia, en los límites entre lo que se considera socialmente admisible o aceptable y también sobre la propia concepción del proceso penal de menores, basada en la experiencia y el sistema de justicia juvenil e incluso penal de adultos que el menor haya conocido anteriormente.

Ya en el año 1997, ACNUR, en sus *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, puso de relieve las variadas y a menudo complejas circunstancias o factores internos en los que se encuentran estos niños a los que se califica expresamente, ya en ese momento, como *especialmente vulnerables*. Entre ellos, se mencionan el temor de una persecución, de un abuso de los derechos humanos o de disturbios civiles en su país de origen. Igualmente, se hace referencia a decisiones tomadas por la familia que hayan supuesto el haber sido enviados contra su voluntad, o

con el fin de asegurarles un futuro mejor en países que las personas que les cuidan perciben como más desarrollados. En otros casos, pueden ser mixtos los motivos y las razones que conllevan a migrar.

Ello no quiere decir que estas características sean propias de todos los menores extranjeros no acompañados, ya que se trata de un colectivo muy heterogéneo, en el que convergen múltiples realidades y situaciones diferentes en sus países de origen y entornos sociales y familiares.

En segundo lugar, dentro de los factores internos, deben tenerse en cuenta las circunstancias relativas al propio trayecto migratorio, que ya de por sí suele ser caótico y traumático, marcado por situaciones de violencia y de una duración muy larga, pues en múltiples ocasiones no se reduce a la concreta travesía en patera o cruce de frontera terrestre, que es el último trayecto hasta la frontera española, sino a los desplazamientos por varios países del continente africano hasta llegar a los principales puertos de salida de las diferentes vías marítimas o terrestres. A ello se suman los potenciales peligros a los que están expuestos durante dicho recorrido migratorio, que pone en riesgo su vida o la posibilidad de haber sido víctima de trata de seres humanos o de explotación y abuso sexual. Finalmente, será decisivo el nivel de afectación en el menor, a nivel psicológico, ya que probablemente haya presenciado la muerte de algún acompañante o ser querido³⁸.

En términos similares e incidiendo en el contexto relativo al trayecto migratorio que influye en la condición de especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 2018, *Los niños y los adolescentes migrantes*, dispone que los niños migrantes, incluidos los adolescentes, en particular los que se encuentran en situación irregular, pueden estar expuestos a abusos y violaciones serios de los derechos humanos en diversos puntos de su viaje, lo que puede *poner en peligro el bienestar físico, emocional y psicológico en los países de origen, de tránsito o de destino, y porque muchos niños migrantes en situación irregular, incluidos los adolescentes, pueden no ser conscientes de sus derechos y estar expuestos a delitos y abusos de derechos humanos que cometan organizaciones delictivas transnacionales y delincuentes comunes, en particular el robo, el secuestro, la extorsión, las amenazas, la trata de personas, incluido el trabajo forzoso, el trabajo infantil, la explotación, los abusos sexuales, las lesiones físicas y la muerte*³⁹.

En tercer término, dentro de los factores internos, deben incluirse aquellas circunstancias a tener en cuenta una vez llegados al Estado receptor y en función de su situación y de la valoración que se haga de la misma por la Administración competente; en ese momento, se podrá determinar su condición de víctimas de trata, beneficiarios de protección internacional (refugiado o beneficiario de protección subsidiaria), así como su inclusión en los sistemas de protección a la infancia y adolescencia autonómicos, lo que conlleva la regularización de su situación administrativa⁴⁰. Asimismo, tal y como se enunció antes, es preciso poner de relieve la situación de muchos de estos menores, que se encuentran fuera del sistema de acogida, bien porque nunca llegan a formar parte de él, al no ser identificados como menores, o bien, porque se fugan de los centros de protección o se encuentran en situación de calle⁴¹.

En este punto, es importante tener en cuenta la forma y las condiciones en las que se ha producido la acogida en el Estado receptor, ya que es muy probable que el menor muestre sentimientos de desconfianza hacia los policías, funcionarios judiciales, jueces o abogados que intervengan en el proceso y que, por tanto, incidan en el agravamiento de su vulnerabilidad.

Por último, es preciso analizar cuál ha sido el contexto social, educativo y familiar del momento de comisión del delito y especialmente tener en cuenta si el menor se encontraba tutelado por la Entidad Pública de Protección, en acogimiento residencial o familiar o bien, por el contrario, se encontraba aislado, sin referentes sociales o familiares y en situación de calle, ya que ésta última en sí misma constituye una situación de riesgo delictivo y también victimológico, especialmente en lo que se refiere a los delitos de subsistencia y a su explotación por parte de adultos con fines delictivo y sexual.

Además de estos factores internos de vulnerabilidad, también existen los que denominaremos factores externos o situaciones exógenas aludiendo a las Reglas de Brasilia, que hacen referencia a situaciones en las que la sociedad o el sistema puede hacer vulnerable a una persona que inicialmente no lo era o agravar su situación de vulnerabilidad, por la propia configuración del sistema tanto de protección del menor como de justicia, creando, por ejemplo, barreras para acceder e intervenir en el proceso judicial, de manera que su capacidad de defensa se vea cada vez más limitada.

En un contexto más amplio, podría incluso considerarse que es la propia política migratoria europea centrada en el control y externalización de fronteras, otro de los factores externos de vulnerabilidad (Carvalho da Silva, 2021: 5). Por tanto, no se pueden deslindar totalmente los factores externos de los internos, ya que muchas veces se entremezclan en el sentido de que, los que se consideran originados en los países de origen y, por tanto, en un principio calificados como internos, pueden producirse por desigualdades estructurales, por la propia globalización, el expolio de los recursos por parte de países occidentales y la respuesta europea a la inmigración. Ello nos llevaría a calificarlos también de externos, en el sentido de que son originados por las propias sociedades receptoras. Sin embargo, a los efectos del presente estudio, se van a considerar factores externos únicamente aquellos que podrían ser subsanados en el marco del proceso, ya que se trata de barreras inherentes a la propia configuración del sistema de justicia y procesal, que serán analizadas en el apartado siguiente. Asimismo, otro de los factores externos que determinan la situación de vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, son los prejuicios y estereotipos de la propia sociedad que también calan en muchos operadores jurídicos e impactan negativamente en la percepción y en el tratamiento del menor durante el proceso, debido especialmente a una falta de formación específica sobre el contexto migratorio y las situaciones de origen (Laurenzo Copello, 2013: 78).

En conclusión, la identificación de los menores extranjeros no acompañados como personas especialmente vulnerables, no solo en lo que respecta al contexto social y administrativo en el que se encuentran, sino cuando se ven sometidas a un proceso penal para exigir su responsabilidad por la presunta comisión del delito, debe entenderse desde la idea de que dichas personas no solo son vulnerables por sus circunstancias intrínsecas, sino que lo

devienen aún más fruto de la relación que las une a otras personas, otros grupos y circunstancias sociales y, en general, a la situación en la que vayan a entrar en juego sus recursos y carencias particulares, que habrán de ser analizadas en cada caso concreto.

Sin embargo, no debe entenderse su situación de especial vulnerabilidad desde una óptica paternalista de sobreprotección, que puede llegar a ser estigmatizadora, incluso bajo el propósito bienintencionado de reforzar su protección, pues se corre el riesgo de perpetuar estereotipos e, incluso, de reproducir políticas estigmatizantes que condenan a ciertos colectivos a una posición subalterna social, política y jurídicamente (Bonsignore Fouquet, 2023: 28). Se trata, por tanto, de poner el foco de atención en la necesidad de implementar mecanismos de corrección y adaptación para eliminar las limitaciones de aquellas personas que, por su idioma, su capacidad distinta de comprensión, su falta de madurez y otras circunstancias psicológicas, sociales o incluso administrativas, no se mantiene la equidad del proceso penal. Ello se traduce en la obligación del Estado de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, que poseen en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida⁴².

3.3. POSICIÓN DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN EL PROCESO PENAL

La posibilidad de otorgar una protección y asistencia específicas a los niños y niñas más vulnerables, entre los que menciona a los inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo, niños solos, con discapacidad, sin hogar y vagabundos, gitanos y niños que viven en instituciones residenciales, es reconocida, a nivel regional, en las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños*, de 17 de noviembre de 2020, (apartado III).

En el ámbito comunitario, si bien la Comisión Europea, en el marco de la creación del espacio judicial europeo, se hizo eco de la necesidad de protección de los derechos procesales de acusados y sospechosos y, en especial, de aquellos más vulnerables, no ha sido objeto de desarrollo de la forma debida (Fernández Molina, 2024: 4). En este sentido, se introduce una definición de personas vulnerables en el Considerando 1 de la Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 2013, *relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosos o acusados en procesos penales*, que identifica como tales a aquellas que no puedan comprender y participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, su condición mental o física, o sus discapacidades.

A pesar de estos precedentes, en la Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, se alude a la vulnerabilidad de una manera muy genérica, pero no se define quienes integrarían el colectivo de menores especialmente vulnerables o por lo menos, qué criterios y procedimiento habrían de seguirse para identificar la vulnerabilidad agravada al hecho de ser menor de edad. Por el contrario, otros instrumentos que son aplicables a la protección de los menores en situación de migración, optan

por un concepto más restrictivo de situación de vulnerabilidad, circunscrito al marco de aplicación de la norma en cuestión, como podría ser la Directiva 2011/36/UE *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, cuyo art. 2.2 establece que existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso⁴³.

La Directiva 2016/800, a lo largo de su articulado, se limita a hacer referencia a la vulnerabilidad del menor como una circunstancia más a valorar junto con la madurez, la personalidad o el contexto económico y social a la hora de implementar las garantías procesales. El único caso en el que se reconoce un supuesto concreto de especial vulnerabilidad es el del menor privado de libertad o detenido, al que expresamente se identifica como especialmente vulnerable, lo que motivará una protección especial y la adopción de determinadas medidas (Considerando 45 y 48).

Como se ha adelantado, la confluencia de factores externos e internos del menor extranjero no acompañado, derivados tanto de su situación de origen, trayecto migratorio, acogida en el Estado receptor y las propias barreras del sistema de justicia juvenil, lo sitúan en una situación de desequilibrio con respecto a un menor nacional en cuanto a la implementación de las garantías procesales, reconocidas, de forma genérica e implícita, en el art. 1.2 LORPM, y en el art. 22.1 LORPM, que, debería ser reformado a fin de incluir el reconocimiento del conjunto de garantías y derechos procesales del menor, con indicación expresa del momento en que van a poder ser ejercitados tales derechos; en concreto, siguiendo lo establecido en la Directiva 2016/800, así como lo dispuesto en la CDN, será lo más pronto posible, sin demora, desde el momento en que se atribuye expresamente al menor la comisión de un delito y se practican las primeras diligencias de investigación, o bien cuando está detenido (Pillado González, 2024:64).

Como ejemplos específicos de las barreras que se encuentran los menores extranjeros no acompañados en el proceso, debe aludirse al derecho a la información, de cuya efectividad emanan otras garantías procesales, convirtiéndose en un eslabón previo para ejercer su derecho de defensa. De ahí la necesidad de salvaguardar el derecho a información del menor en formatos accesibles, comprensibles y adaptados a sus circunstancias tales como su grado de madurez, discapacidad y a otros factores como su cultura y su idioma.

En línea con lo anterior, se hace necesario reforzar el derecho a la traducción e interpretación, que adolece de una regulación expresa en nuestra LORPM, lo que obliga a acudir a la regulación supletoria de la LECrim. Se requiere que el derecho de traducción se extienda a fases específicas del proceso penal de menores (como pueden ser los procedimientos de mediación) y que se traduzcan documentos esenciales para el menor como el acuerdo final de conciliación o reparación. Además, los traductores e intérpretes deben tener una cualificación profesional y una formación especializada no sólo sobre proceso penal de menores, sino también en materia de migraciones e interpretación en contextos humanitarios; y finalmente, deben implementarse mecanismos de control de su actuación. Todo ello sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas migrantes reconocido en el art. 20.1 LOEX y por extensión a todas las personas sin discriminación alguna en el art. 24.1 CE. De especial relevancia es que la detección de las deficiencias lingüísticas del

menor forme parte de la evaluación individual del Equipo Técnico, por si es necesaria la implementación de otros ajustes adicionales.

En paralelo, es necesaria una formación específica para los restantes operadores jurídicos sobre cómo trabajar con intérpretes y traductores y cómo adaptar su lenguaje y su forma de intervenir en el proceso.

La exigencia de especialización de los operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal de menores, conlleva una formación multidisciplinar cuando se trata de un menor extranjero no acompañado y se vuelve especialmente relevante en relación con el abogado del menor, cuyas funciones van más allá de defender los intereses legales de su patrocinado, e incluyen posibilitar que ejerza su derecho a estar informado y a ser oído y escuchado en el proceso; así como intervenir en la búsqueda de la mejor solución en aplicación del interés superior del menor, que va a tener su reflejo en la medida que finalmente se vaya a adoptar.

Resulta, por tanto, fundamental, dotar de una formación específica al letrado que intervenga con un menor extranjero no acompañado sobre cómo ha sido el proceso migratorio y la acogida, que abarque conocimientos sobre el sistema de protección y en materia de extranjería que pueden ser relevantes o tener incidencia en el proceso penal.

La situación de especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado incide también en otros aspectos procesales; especialmente relevante es la aplicación del principio de oportunidad, prevista en el art. 18 LORPM, relativa a la posibilidad de desistimiento de la incoación del expediente por parte del MF por corrección en el ámbito educativo o familiar, pues su aplicación puede suponer una clara discriminación para los menores extranjeros no acompañados. En concreto, uno de los requisitos para que el MF pueda ejercer el principio de oportunidad a través del desistimiento, es precisamente que el menor pueda ser reprendido en el ámbito familiar o educativo⁴⁴.

La aplicación práctica del art. 18 LORPM, cuyo objetivo es evitar los posibles efectos adversos y estigmatizadores que el proceso penal puede producir en el menor porque aún es posible su corrección en el ámbito familiar o educativo, basado en criterios que muy difícilmente puede cumplir el menor extranjero, al carecer de un entorno inhibitorio de su conducta antisocial o poder adquirir habilidades sociales o educacionales, afecta al principio de igualdad, puesto que se criminalizaría la desigualdad social.

Cabría plantearse, desde criterios restaurativos, si sería más acorde modificar la denominación del art. 18 LORPM por la expresión *desistimiento atendiendo a las circunstancias del menor y a la irrelevancia del hecho*, y que esa función correctora y reeducadora en un ámbito extrajudicial fuera posible llevarla a cabo a través de una intervención desde otros entornos que no sean solo la familia o centro educativo, como puede ser la Entidad Pública de Protección, una ONG o asociación que trabaje con menores migrantes, implementando acciones formativas o educativas concretas.

Igualmente, la vulnerabilidad agravada del menor extranjero no acompañado se revela con la adopción de las medidas. Así, por ejemplo, el art. 7.3 LORPM, en el que se reconoce el principio de flexibilidad del Juez de la Sección de Menores del Tribunal de Instancia en cuanto a la elección de la medida a imponer al menor, en el que se atenderá no sólo a la

prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Así, la circunstancia de no tener referentes familiares ni un entorno social sólido, como puede ocurrir con un menor extranjero no acompañado en situación de calle, conduce irremediablemente a la imposición de la medida más gravosa, como es la privación de libertad mediante un internamiento en régimen cerrado que, habitualmente, para el caso de los menores nacionales constituye la medida más excepcional. Aspectos que condicionan la no aplicación de esta facultad del fiscal. Lo mismo ocurre con las circunstancias sociales a tener en cuenta, donde se valorará su integración social, su situación formativa o profesional, en donde factores como su situación de irregularidad administrativa y su imposibilidad de trabajar o acceder a una formación jugarán también a favor de la aplicación de medidas más gravosas.

Según los datos de la Memoria Anual de la FGE 2024, en términos generales, la medida de internamiento, especialmente la de régimen cerrado, es la más excepcional, dando preferencia a otras como la libertad vigilada o las prestaciones en beneficio de la comunidad. Si bien, cuando se trata de menores extranjeros, la cifra de internamientos es muy superior, imponiéndose con más frecuencia que a los españoles. De media, los menores extranjeros representan, aproximadamente, un 30% de los condenados a internamiento. Sin embargo, los menores extranjeros no representan un 30% de la población residente, sino alrededor de un 10%, por lo tanto, están sobrerrepresentados en las condenas de internamiento⁴⁵.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que, aunque nuestro sistema de justicia juvenil en España contiene normas que, aparentemente son neutras, conllevan una discriminación de los menores extranjeros no acompañados con respecto a los menores nacionales en su aplicación práctica. Todo ello pese a que la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados aparece indisociablemente unida a los principios de igualdad y no discriminación por razón de género, raza, religión, opinión política, idioma, etc. en lo que respecta al ejercicio de los derechos y garantías, que son principios reconocidos en casi todos los textos procesales, tanto a nivel internacional como comunitario⁴⁶.

4. LA EVALUACIÓN INDIVIDUAL DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO SOSPECHOSO O ACUSADO

El art. 7 Directiva 2016/800 incluye, entre los derechos que corresponden a los menores sospechosos o acusados de la comisión de un delito, el derecho a una evaluación individual en la que se tendrá en cuenta *en particular, la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, así como cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener el menor*. Considera el legislador comunitario que, con la información facilitada en esta evaluación del menor se podrá cumplir con el mandato a los Estados miembros de velar por que sean tenidas en cuenta las necesidades específicas del menor en materia de protección, educación, formación e inserción social.

En coherencia con lo expuesto, la importancia de la evaluación individual del menor radica en ser uno de los principales instrumentos de los que dispondrá la autoridad judicial para poder decidir sobre tres aspectos clave dentro del proceso. En primer lugar, determinar si procede alguna medida específica en favor del menor. Dentro de esta categoría, se integrarían aquellos ajustes en el procedimiento como consecuencia de la detección de situaciones de vulnerabilidad o necesidades concretas que van a afectar al ejercicio de sus derechos procesales y que deben ser apreciadas lo antes posible. En segundo término, de la evaluación individual se obtendrá la información idónea para valorar la adopción de medidas cautelares; en tercer y último lugar, el resultado de dicha evaluación influirá significativamente en la graduación de su responsabilidad penal y la idoneidad de una sanción o medida educativa concreta. En su vertiente más criminológico-procesal, puede acarrear decisiones jurisdiccionales sobre medidas específicas en el contexto del proceso penal sobre el menor, ya sean medidas cautelares restrictivas de derechos (internamientos) o la propia medida definitiva que se pudiera imponer, que deberá ser sometida a una valoración por parte del abogado defensor sobre la adecuación, efectividad y ejecución de las mismas (Martín Diz, 2021: 1175).

A tal efecto, la evaluación individual se basará en criterios como la personalidad, la madurez, el contexto económico, social y familiar, incluidas sus condiciones de vida, así como cualquier necesidad específica del menor. El grado de detalle y la extensión de esta intervención dependerá de las circunstancias concretas del caso, la gravedad de la presunta infracción penal y el estudio de las posibles medidas que se podrían adoptar para ese menor, por tanto, se ajustará al caso concreto (Considerando 37 de la Directiva 2016/800).

El derecho a una evaluación individual, a pesar de no estar reconocido expresamente en la LORPM, se puede considerar cumplido a través del informe elaborado por el Equipo Técnico, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y, en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de las medidas previstas legalmente en el art. 7 LORPM; si bien sería necesaria su inclusión expresa como una de garantías procesales del art. 22 LORPM⁴⁷.

El informe del Equipo Técnico es un requisito procesal *sine qua non* de la instrucción y, por tanto, de carácter preceptivo⁴⁸, que llevará a declarar la nulidad de actuaciones por vulneración de una norma esencial del procedimiento que causa indefensión (art. 238.3 LOPJ) en aquellos casos en que se prescinda de su emisión, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento en que debe intervenir, que es la fase de instrucción (Pillado González, 2025: 20). Su objeto no es esclarecer los hechos cometidos por el menor, sino que está dotado de un carácter ilustrativo para jueces y fiscales con respecto a las circunstancias psicosociales y educativas del menor, apartándose del objetivo general perseguido por la prueba pericial que se concreta en la aportación a la autoridad judicial de los conocimientos técnicos necesarios para poder acreditar los hechos típicos; por el contrario, su finalidad es aportar información al Juez y al Fiscal para que la respuesta penal y procesal sea lo más ajustada posible para lograr la normalización e integración socioeducativa del menor. Este objetivo aleja al informe de la prueba pericial por lo que no puede ser considerado como un medio de prueba tradicional (Hernández Galilea, 2002:4), además de que se emite por un

órgano auxiliar de la Administración de Justicia con una posición procesal particular y no hay intervención de las partes⁴⁹. Igualmente, el carácter preceptivo del informe contrasta con la norma que rige en materia de prueba, ya que los medios de prueba serán practicados únicamente cuando sean considerados útiles, pertinentes y necesarios para el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso en curso (García Ingelmo, 2011: 23).

La LORPM no establece que el informe del Equipo Técnico deba realizarse en la fase más temprana del proceso o lo antes posible, sino que se hace referencia a que será durante la instrucción cuando el MF requerirá del Equipo Técnico la elaboración del informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de 10 días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad (art. 27.1 LORPM). Con el fin de no demorar de modo innecesario la intervención del Equipo Técnico y dotar de una aconsejable inmediatez a su participación en el proceso, se ha implementado que sea en el mismo decreto de incoación del expediente de reforma donde se ordene la elaboración del informe en el plazo legal o la actualización de los anteriores, tal como reconoce la Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre. Si bien, la determinación de la vulnerabilidad agravada del menor extranjero no acompañado se debería realizar en la fase más temprana del proceso, debiendo constar un reconocimiento expreso en nuestra LORPM de la realización de la misma en un momento inicial del proceso, esto es, en el primer contacto con la justicia, incluso en una fase preprocesal, como puede ser en sede policial (Fernández Molina, 2024:8-9)⁵⁰.

A fin de que dicha evaluación sea completa y realmente efectiva y cumpla las funciones antes descritas de constituir no solo un retrato global de la realidad del menor, sino también un mecanismo para detectar situaciones de especial vulnerabilidad, por razón de idioma, nivel formativo, discapacidad o proceso migratorio, entre otros; y proponer medidas o ajustes concretos referentes al derecho a la información, a la participación del menor o a la traducción e interpretación, deben incorporarse estos extremos al informe del Equipo Técnico para alcanzar las finalidades de la evaluación individual. Cuando el investigado es un menor extranjero no acompañado, el informe debe contar con un *expertise* adicional, no solo basado en los aspectos psicológicos, sociales, educativos y familiares del menor, sino que se debe profundizar en su contexto de origen y trayecto migratorio, así como la situación social o de desarraigo que pueda tener, para profundizar en alguna medida de intervención educativa o resocializadora que no sea desde un ámbito familiar o escolar, como puede ser algún programa formativo de una ONG.

Finalmente, debe incidir en las posibilidades reales de integración en España (o reunificación familiar en un tercer país donde tenga referentes) y, en definitiva, de reinserción social. Ello conlleva una necesaria formación específica del Equipo Técnico; además, también debe generalizarse el auxilio a otros profesionales, conforme prevé la LORPM y la actuación coordinada con el Grupo de Menores de Policía Judicial (GRUME) en caso de que hubieran realizado previamente alguna valoración de la vulnerabilidad del menor en sede policial.

5. CONCLUSIÓN

La migración de menores extranjeros no acompañados constituye un fenómeno estructural y complejo, impulsado por múltiples factores sociales, económicos y políticos en los países de origen, especialmente del norte y oeste de África. Su llegada a España y a otros Estados miembros de la UE revela un patrón creciente que exige atención específica por parte de los sistemas de protección y justicia. A pesar de estar legalmente reconocidos como sujetos de especial protección por su condición de menores, estos niños, niñas y adolescentes suelen enfrentarse a situaciones de invisibilidad, desprotección y tratamiento inadecuado, tanto por la legislación como por la opinión pública.

La condición de vulnerabilidad de estos menores no se limita a su edad o a la ausencia de referentes familiares, sino que se ve agravada por factores estructurales del propio trayecto migratorio, el sistema de acogida o las barreras del sistema judicial. Esta vulnerabilidad agravada se ve reflejada en prácticas como el uso deficiente de métodos de determinación de edad, la aplicación de medidas más restrictivas de sus derechos, como el internamiento, la falta de intérpretes cualificados y la escasa formación de los operadores jurídicos en contexto migratorio.

Se subraya la necesidad de implementar la evaluación individual del menor como el mecanismo para adaptar el proceso penal a sus características y necesidades, a la vista de las especiales circunstancias que le rodean. Aunque el derecho a la evaluación individual no aparece recogido de forma expresa en la LORPM, esa misma función puede ser cumplida por el informe que realiza en Equipo Técnico, pero es necesario que su intervención se realice en un momento inicial del proceso; además, que su evaluación refleje la situación de vulnerabilidad del menor, incluyendo aspectos como barreras lingüísticas, discapacidades, bajo nivel formativo o condición de menor extranjero no acompañado, que contemple su contexto migratorio y de desarraigo y proponga alternativas adecuadas de reinserción social, incluso fuera del entorno familiar o escolar tradicional. Finalmente, es imprescindible fortalecer la formación del Equipo Técnico y promover la colaboración interdisciplinar con otros profesionales para garantizar evaluaciones eficaces, completas y ajustadas a la realidad social de los menores.

NOTAS

1. En España, con respecto a los menores extranjeros no acompañados, confluyen dos legislaciones que le son de aplicación. Por un lado, la normativa de protección de la infancia, integrada principalmente por la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)*, posteriormente reformada por la LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, *ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, a la que habrá de sumarse también, por su especial trascendencia, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Por otro lado, al tratarse de ciudadanos que no tienen la nacionalidad española, resulta de aplicación la normativa de extranjería, conformada por el art. 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, LOEX) y su Reglamento (en adelante, RLOEX), cuyas últimas reformas son las introducidas por el RD 629/2022, de 26 de julio y,

más recientemente, por el RD 1155/2024, de 19 de noviembre, *por el que se aprueba el nuevo RLOEX, que entró en vigor el pasado 20 de mayo de 2025*.

2. La protección jurídica y social de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, Save the Children, 2019 (p. 5).

3. Ni legales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España, UNICEF, 2009 (p. 38).

4. Se denomina así al mayor desplazamiento de migrantes y refugiados a la UE desde la Segunda Guerra Mundial, debido principalmente a la guerra de Siria y los conflictos en Afganistán e Iraq. La ruta desde Turquía hacia Grecia ha sido la más transitada en 2015. El término ha sido criticado por el uso dado por la Comisión Europea que ofrece una definición de crisis amplia, entendida como una situación excepcional de afluencia masiva de personas procedentes de terceros países, de tal naturaleza y magnitud, en proporción a la población y al PIB del Estado miembro afectado, que puedan poner en peligro o dificultar gravemente el funcionamiento de los sistemas de acogida, asilo y retorno de los Estados miembros; o el riesgo inminente de que tal situación se produzca. Si bien, el Parlamento Europeo propone concretar esta definición utilizando indicadores objetivos que permitirían, por ejemplo, considerar como situación de crisis las llegadas continuadas a Canarias o Lampedusa de un alto número de personas desembarcadas tras operaciones de búsqueda y rescate en el mar Mediterráneo.

5. Datos de la Memoria Anual FGE 2024, Apartado 4.7.

6. En este sentido, el 20 de marzo de 2025 ha entrado en vigor el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, *por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias*, que supone una modificación del art. 35 LOEX.

7. Informe Global sobre Trata de Personas 2024 de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

8. Los nacidos en la UE, no responden a la definición de menor extranjero no acompañado. Sin embargo, el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, de manera confusa, indica que también han de ser inscritos en RMENA. Esta inclusión distorsiona los datos. Las discrepancias existentes en cuanto a los datos incluidos en el RMENA son analizadas en el Informe del Defensor del Pueblo *Niñas y niños extranjeros en España solos o acompañados*, 2025 (pp. 106-117).

9. Fuente: Informe del Defensor del Pueblo *Niñas y niños extranjeros en España solos o acompañados*, 2025, (p. 114).

10. El Parlamento Europeo identificó como múltiples las razones de la llegada a la UE de menores no acompañados: guerras, violencia, violaciones de sus derechos fundamentales, deseo de reunirse con miembros de su familia, catástrofes naturales, pobreza, tráfico, explotación, etc. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE).

11. La propia RAE, acogiendo la valoración expresada desde distintas instancias, entre ellas, el Defensor del Pueblo, ha añadido como cuarta acepción al concepto MENA de su diccionario la indicación de: usado a veces como despectivo

12. Sobre la incorporación del discurso contra los menores extranjeros no acompañados en el partido VOX, vid. Cheddadi el Haddad (2020). Con respecto al tratamiento del término MENA en los medios de comunicación, vid. Gómez Quintero et al., 2021 y Gil Ramírez y Gómez de Travesedo Rojas, 2022.

13. Por ejemplo, Save the Children propone el término adolescentes migrantes sin referentes familiares en España; CEAR hace referencia a niños y niñas sin un referente familiar y la Fundación Raíces apuesta por el término infancia que llega a España sin referentes familiares.

14. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

15. Nuestra legislación de protección de menores, se hará eco de este cambio de paradigma, al afirmar la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM): *las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia*. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

16. Aprobada por el CRC en su 39º periodo de sesiones (del 17 de mayo al 3 de junio de 2005), CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

17. El CRC hace hincapié en la situación agravada de las niñas, especialmente vulnerables a la violación de sus derechos durante el proceso de migración: *Las niñas no acompañadas están sometidas a un riesgo particular, pues son con frecuencia el principal objetivo de explotación sexual, abusos y violencia; subraya que, en el seno de la UE, las autoridades tratan con frecuencia a los menores no acompañados como infractores de la ley de inmigración, y no como personas que tienen derechos a causa de su edad y de sus circunstancias particulares*, (Párrafo 1, Apartado I de la Observación General núm. 6).

18. El hecho de que se aluda a la costumbre, supone el reconocimiento de las diferentes situaciones sociales o culturales de los países de origen de estos menores en las que pueden encontrarse bajo la guarda y custodia de adultos diferentes a sus progenitores, tal y como reconoce el art. 5 CDN y con ello, se abre la vía a considerar figuras propias de nuestro derecho civil como el guardador de hecho. Esta figura también se reconoce en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, que exigirá una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar si se le presta la debida asistencia moral o material.

19. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

20. Apartado 1º, Sección 2ª de las Reglas Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (pp. 5-6). A pesar de hacer referencia a la migración como un factor de vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia ponen su foco de atención en los trabajadores migratorios y sus familias, así como los refugiados, sin hacer referencia a otros colectivos migratorios como pueden ser los menores extranjeros no acompañados. No obstante, el reconocimiento expreso de la migración como causa de vulnerabilidad los englobaría en la propia condición de vulnerables.

21. Definición de vulnerabilidad y criterios para determinarla extraídos del Informe Derechos Procesales de los Menores Sospechosos o Acusados en la Unión Europea, Informe Nacional sobre España, Rights International Spain, 2016, (p. 6). Disponible en: <https://rightsinternationalspain.org/wp-content/uploads/2022/02/Derechos-procesales-de-los-menores-sospechosos-o-acusados-en-la-Unio%CC%81n-Europea-.pdf>.

22. BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

23. BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

24. Vid. SSTEDH de 28 de septiembre de 2015 (Asunto Bouyid c. Bélgica); de 4 de noviembre de 2010 (Asunto Darraj c. Francia); de 17 de octubre de 2006 (Asunto Okkali c. Turquía); de 1 de febrero de 2011 (Asunto Yazgül Yılmaz c. Turquía) y de 9 de abril de 2013 (Asunto Iurcu c. República de Moldavia).

25. Las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, de 17 de noviembre de 2010, fruto de una amplia consulta en la que se detecta una desconfianza generalizada de los niños y niñas hacia los sistemas de justicia, señaló como principales obstáculos para los menores que se encuentran inmersos en un sistema de justicia, la parcialidad o condicionalidad del derecho de acceso a la justicia, así como la diversidad y complejidad de los procedimientos y la posible discriminación que pueden sufrir.

26. Las razones que pueden dar lugar a que estos niños y niñas invoquen una mayoría de edad ficticia, son la esperanza de un acceso más rápido al trabajo y así contribuir al objetivo que, en determinados casos, les ha llevado a emprender el periplo migratorio, trabajar para sustentar a su familia; la voluntad de continuar migrando hacia su destino previsto y evitar un alojamiento supervisado con libertad limitada de movimientos; o considerarse a sí mismos como adultos frente a la responsabilidad que contraen con sus familias. En otros casos, el motivo de alegar que son mayores de edad responde a las instrucciones dadas por los tratantes de personas que intentan mantenerlos alejados de la atención de las autoridades para que queden desprotegidos, lo que los convierte en presas fáciles para su posterior explotación. Sobre ello, vid. Gómez Fernández y Pérez González, 2015.

27. En este sentido, la ONU identifica la migración como una de las causas sociales de la delincuencia juvenil, junto con otras relativas a la situación económica y familiar del menor (pobreza, familia desestructurada, falta de educación) o el abuso de sustancias. Además, señala que, debido a todas las dificultades que han sufrido, y con mucha frecuencia a experiencias traumáticas y a explotación, lo que hace que estos niños y niñas tengan miedo y ello pueda conllevar patrones de comportamiento peligrosos para ellos y para otras personas y así, en muchos casos convertirse en infractores. Vid. Manual para cuantificar los indicadores de justicia de menores, Oficina contra la droga y el delito, Naciones Unidas, 2008 (p. 9).

28. Sobre las desapariciones de menores extranjeros no acompañados, las desapariciones de menores extranjeros cuya minoría de edad ha quedado confirmada tras la prueba de determinación de la edad y que han tenido un contacto con el sistema de protección, vid. Jiménez Álvarez (2019: 1-22).

29. El término indocumentado ha sido objeto de una interpretación amplia tanto por la FGE como por el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, para incluir supuestos en los que la persona cuenta con pasaporte o documentación de su país de origen acreditativa de su edad, pero ésta se reputa no fiable, contrariamente a la doctrina sentada por el TS desde sus relevantes sentencias 453/2014, de 23 de septiembre, Sala Primera (ROJ: STS 3818/2014) y STS 452/2014, de 24 de septiembre, Sala Primera (ROJ: STS 3817/2014), conforme la cual no se podrán incoar procedimientos de determinación de la edad a quien porte un pasaporte o documento de identidad legalmente expedido por las autoridades de su país de origen y que no haya sido impugnado. La doctrina del TS ha sido reiterada con posterioridad en la siguientes SSTs de la Sala Primera: 11/2015, de 16 de enero (ROJ: 26/2015); 13/2015, de 16 de enero (ROJ: 27/2015); 318/2015, de 22 de mayo (ROJ: 2064/2015); 507/2015, de 22 de septiembre (ROJ: 4109/2015) y 720/2016, de 1 de diciembre (ROJ: 5227/2016); SSTs 535/2022, de 5 de julio, Sala Primera, (ROJ: STS 2782/2022) y 336/2022, de 27 de abril, Sala Primera, (ROJ: STS 1765/2022), entre otras.

30. La delimitación de la edad cronológica para exigir responsabilidad penal por la comisión de un delito no está armonizada en los países miembros de la UE, de manera que no existe una única edad mínima a partir de la cual se considera a una persona responsable penalmente, produciéndose notables

diferencias entre unos y otros Estados, incluso dentro de la UE, justificadas en muchas ocasiones con argumentos más político-criminales que jurídicos (Dunkel, 2015: 1-19). Por esta razón, habría constituido un enorme avance en la protección de los menores que la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, que considera menor a quien no ha alcanzado los 18 años, incluyese una disposición relativa a la edad penal mínima y un criterio único para su determinación.

31. En nuestro ordenamiento jurídico, la determinación de la edad se regula en el art. 35. 3 LOEX y se enmarca en las diligencias preprocesales, competencia del MF y reguladas por el art. 5 EOMF, encaminadas a decidir con carácter provisional y urgente sobre la edad de una persona. En el ámbito penal, se regula en el art. 375 LECrim y corresponde su competencia al Juez de la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia. En la fecha actual, se encuentran en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad, que configura el procedimiento para la determinación de la edad como un proceso judicial en el ámbito civil, en lugar de administrativo y un Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, complementaria de la Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad, para otorgar la competencia a los Jueces de la Sección de Menores del Tribunal de Instancia, en los casos en los que la persona está detenida por la presunta comisión de un ilícito penal.

32. Hasta julio de 2024, han sido 59 las comunicaciones registradas y 17 los dictámenes condenatorios emitidos por el CRC contra España, de los cuales, 15 se refieren a procedimientos de determinación de la edad realizados a menores migrantes no acompañados y sobre el incumplimiento de las medidas provisionales. Todas las comunicaciones se pueden consultar en: Dictámenes condenatorios del Comité de Derechos del Niño contra España.

33. Ello a pesar de que la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria dedica el Título V a los menores y otras personas vulnerables. Además, el Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo recoge disposiciones específicas relativas a los menores extranjeros no acompañados (vid. entre otros art. 3.11; 3.18, 33).

34 Estrategia del Consejo de Europa para los derechos de los niños y las niñas (2016-2021), Derechos Humanos de los niños, Apartado II, Pto. 7 (p.14).

35 En el apartado 6.1.7 del Programa de Estocolmo, relativo a los Menores Extranjeros no Acompañados, se señala los menores no acompañados que llegan a los Estados miembros procedentes de terceros países representan un grupo particularmente vulnerable que requiere una atención especial y respuestas específicas, en especial en el caso de los menores expuestos a riesgo.

36 STEDH de 19 de enero de 2012 (Asunto Popov c. Francia).

37 El Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad, de 3 de enero de 2018, (documento A/HRC/37/34 de las Naciones Unidas), identifica como migrantes vulnerables aquellos que no pueden gozar de manera efectiva de sus derechos humanos, que corren un mayor riesgo de sufrir violaciones y abusos, y que, por consiguiente, tienen derecho a reclamar una mayor protección a los garantes de derechos. Concretamente, subraya que las

situaciones de vulnerabilidad a las que se enfrentan los migrantes pueden surgir de diversos factores que pueden converger o coexistir simultáneamente, influirse y exacerbarse entre ellos y también evolucionar y variar con el tiempo, a medida que cambian las circunstancias (párrafo 12). Asimismo, añade que los factores que generan vulnerabilidad pueden motivar, en primer lugar, que un migrante abandone su país de origen, pueden producirse durante el tránsito o en el país de destino, con independencia de que el desplazamiento inicial haya sido escogido libremente, o pueden estar relacionados con la identidad o las circunstancias de la persona migrante. Por lo tanto, la vulnerabilidad en este contexto debe entenderse como una realidad a la vez situacional y personal (ibíd., párrafo 13). Por último, también recuerda que los migrantes no son intrínsecamente vulnerables ni carecen de resiliencia y capacidad de actuación. Por el contrario, la vulnerabilidad ante las violaciones de sus derechos humanos es el resultado de múltiples formas de discriminación interrelacionadas, de la desigualdad y de dinámicas estructurales y sociales que imponen límites y desequilibrios en los niveles de poder y de disfrute de los derechos (ibíd. párrafo 12).

38 Numerosos informes de organismos internacionales y estatales destacan los riesgos particulares y las situaciones de vulnerabilidad que afectan a los niños, niñas y adolescentes durante y después de su trayecto migratorio: Una travesía mortal para los niños. La ruta de la migración del Mediterráneo central, UNICEF, 2017. Disponible en: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/travesia-refugiados-mediterraneo.pdf>; Informe sobre las migraciones en el mundo, OIM, 2024. Disponible en: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2024>.

39 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 2018, Los niños y los adolescentes migrantes (A/RES/69/187), (p. 2).

40 A este respecto, resulta interesante la clasificación de categorías de menores extranjeros no acompañados que realiza Serrano Sánchez (2021: 222-228).

41 Sobre los menores desaparecidos, destaca el análisis realizado en Serrano Sánchez (2023: 693-730).

42 Esta perspectiva es similar a la que motivó la reforma de la legislación civil y procesal para la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

43 El 24 de junio de 2024 entró en vigor la Directiva 2024/1712/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. No obstante, el art. 2.2 no ha sido modificado y, por tanto, se mantiene el mismo concepto de situación de vulnerabilidad.

44 A pesar de que el derecho de corrección ha sido derogado expresamente del art. 154 CC, su existencia y legitimidad se admite en la jurisprudencia del TS como un concepto integrado en el resto de los deberes que el CC impone a los progenitores y que, a su vez, ha de relacionarse con las obligaciones que los hijos tienen para con sus progenitores. Supone una actuación orientada a educar al menor (advertirle, reprenderle, amonestarle para conseguir que se porte bien, apartarle de una conducta incorrecta...) presidida por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y moderación. No legitima el uso de violencia física, entendida esta en sentido jurídico penal conforme a los parámetros típicos del art. 147 y 153 CP.

45 Datos obtenidos a partir de del Informe del Defensor del Pueblo de 2023 sobre Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y datos del INE relativos a la población de menores extranjeros y nacionales (aunque existen limitaciones, dado que si el menor extranjero no acompañado está en situación irregular y no se encuentra empadronado en ningún municipio no aparecerá en los datos oficiales).

46 Así, por ejemplo, la Directiva 2016/800, establece que los Estados miembros deberán respetar y garantizar los derechos que en ella se reconocen, sin discriminación alguna por motivo alguno, como la raza, el color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, nacionalidad, origen étnico o social, patrimonio, discapacidad o nacimiento (Considerando 65). Igualmente, a nivel internacional, la Observación General núm. 24 CRC aboga por establecer salvaguardas contra la discriminación desde el primer contacto con el sistema de justicia penal y durante todo el juicio y la necesidad de incluir ajustes en el procedimiento (Párrafo 40). nuestro ordenamiento jurídico reconoce la igualdad de trato y la no discriminación como principios de actuación para los poderes públicos y, concretamente para la Administración de Justicia en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, hacia cualquier persona, con independencia de su nacionalidad, de su edad o de si disfrutan o no de residencia legal.

47 A pesar de que la LORPM cumple con el estándar de garantías reconocido en la Directiva 2016/800 e incluso en algunos aspectos contempla un plus adicional de protección, serían necesarias modificaciones para consolidar la protección reforzada que requieren los menores, especialmente aquellos más vulnerables. El plazo límite fijado para la transposición de la Directiva 2016/800 por parte de los Estados miembros era el 11 de junio de 2019, que en el caso de España no fue cumplido, salvo la modificación del art. 50 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, mediante la reforma de la Ley 3/2018, de 11 de junio. En vistas a la previsión de incumplimiento por parte de España de la obligación de transposición de la Directiva 2016/800/UE al ordenamiento jurídico interno, la Comisión Europea ha decidido incoar el pasado mes de marzo de 2024, un procedimiento de infracción contra España mediante el envío de una carta de emplazamiento, en la que se ponen de manifiesto problemas de exhaustividad entre la legislación interna y la comunitaria, en lo que respecta, por ejemplo al derecho a la información y al derecho a un reconocimiento médico.

48 La FGE, en su Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, señala el carácter preceptivo del informe del Equipo Técnico, al indicar que el citado informe es un requisito ineludible para la conclusión del expediente de reforma (Apartado IV.6).

49 Sobre esta cuestión, se pronunció la FGE en la Circular 1/2000, al señalar que dicho informe participa de la naturaleza del dictamen de peritos, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo.

50 La autora realiza un estudio sobre la detección de la vulnerabilidad en sede policial, con respecto a dos grupos vulnerables (extranjeros y personas con discapacidad) a través de entrevistas a profesionales y a las propias personas sujetas al proceso penal, cuyos resultados muestran como la identificación de la vulnerabilidad es difícil y muchas veces personas en situación de vulnerabilidad permanecen horas bajo custodia policial sin que nadie haya advertido su condición de discapacidad intelectual o su falta de competencia lingüística y, por tanto, sin que se realicen los ajustes de procedimiento previstos en la legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bonsignore Fouquet, Dyango (2023): “Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad”, en C. Moya Guillén (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Valencia: Tirant Lo Blanch: 19-64.
- Carvalho da Silva, Jacqueline (2021): “Adolescentes marroquíes en calle desprotección, delincuencia y victimización”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 19(1), 1-41.

Cheddadi el Haddad, Zakariae (2020) “Discurso político de Vox sobre los Menores Extranjeros No Acompañados”, *Inguruak (Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política)*, 69, 57-77.

Cuadrado Salinas, Carmen (2024): “Personas vulnerables y ajustes del procedimiento”, *Revista General de Derecho Procesal*, 62, 1-33.

De la Fuente Robles, Yolanda y Eva María Sotomayor Morales (2009): “Vulnerabilidad y exclusión social de los menores inmigrantes”, *Migraciones & Exilios. Cuadernos de la Asociación para el estudio de los exilios y migraciones ibéricos contemporáneos*, 10, 41-54.

Düinkel, Frieder (2015): “La edad de imputabilidad penal y jurisdicción de los Tribunales Juveniles en Europa”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 22, 1-19.

Durán Ruíz, Francisco Javier (2021): “25 años del fenómeno de la migración de menores extranjeros no acompañados en España: datos inciertos y evolución legislativa”, en F.J. Durán Ruiz (coord.), *Menores, migrantes en tiempos de pandemia*, Granada: Comares, 281-303.

Fernández Molina, Esther (2024): “Detectar situaciones de vulnerabilidad en sede policial, ¿una misión imposible?”, *Boletín Criminológico*, 30 (número especial), artículo 232, 1-27.

García Ingelmo, Francisco Manuel (2011): “La prueba pericial en el proceso penal de menores especial consideración al informe del equipo técnico”, *Estudios Jurídicos*, 2011, 1-33.

Gil Ramírez, Marta y Ruth Gómez de Travesedo Rojas (2022): “Estrategia discursiva sobre los MENA en YouTube. Construcción de un discurso de odio”, *Revista Latina de Comunicación Social*, 81, 259-285.

Gómez Fernández, Itziar y Carmen Pérez González (2015): “La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: Derecho Internacional, europeo y español”, en R. Álcacer Guirao et al. (coords.), *La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, EDISOFER, 223-274.

Gómez Quintero, Juan David et al. (2021): “Representaciones mediáticas de los menores que migran solos. Los MENA en la prensa española”, *Comunicar. Revista Científica de Comunicación y Educación*, 66, 95-105.

González Martín, Nuria y David Carrizo Aguado (2023): “Reflexiones jurídicas respecto de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados. Desafíos y oportunidades”, en A. Lara Aguado (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 777-800.

Hernández Galilea, Jesús Miguel (2002): “Análisis procesal del informe del equipo técnico”, *Congreso Justicia Juvenil. Nuevos retos, nuevas propuestas*, Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.

Jiménez Álvarez, Mercedes Gema (2019): “Desapariciones de menores extranjeros no acompañados en el Estado español. Una primera aproximación a sus significados”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, 1, 1-22.

Laurenzo Copello, Patricia (2013): “¿Vulnerables o vulnerados? Las paradojas de la tutela penal de los inmigrantes”, en M. De Hoyos Sancho (coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 75-88.

Martín Diz, Fernando (2021): “Una necesidad emergente en justicia: la figura del abogado del niño”, en P. Martín Ríos y M.A. Pérez Marín (dirs.), *La administración de justicia en España y en América: José Martín Ostos (Liber amicorum)*, Sevilla: Astigi, 1171-1194.

Pérez González, Carmen (2012): “La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 31, 247-272.

Pillado González, Esther (2024) “Las garantías procesales de los menores infractores: ajustes necesarios desde la normativa internacional y europea”, en C. Arangüena Fanego y M. de Hoyos Sancho (dirs.), *Hacia un derecho procesal europeo*, Atelier, Barcelona, 63-94.

-- (2025), "El informe del Equipo Técnico de menores: ajustes necesarios para su adecuación a las exigencias europeas", *Estudios Penales y Criminológicos*, 46, 1-30.

Sánchez Tomás, José Miguel (2019): "Alejad a esos niños de mí: la política pública española sobre los niños desamparados en situación de irregularidad migratoria", en M. V. Cuartero Rubio (dir.), *Inmigración: Retos para el derecho en el siglo XXI*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 212-213.

Sanz Hermida, Ágata María (2019): "Reflexiones sobre los derechos procesales del menor encausado en el contexto jurídico actual (La incidencia de la Directiva (UE) 2016/800 en el modelo español de justicia de menores)", *Anuario de Justicia de Menores*, 19, 75-93.

Serrano Sánchez, Lucía (2021): *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y en El Salvador*, Navarra: Universidad Pública de Navarra.

-- (2023) "Competencia y cooperación internacional de autoridades. El interés superior de la y el menor no acompañado como eje en la identificación y reubicación", en A. Lara Aguado (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 693-730.

