



FACULTAD DE DERECHO

# PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPañADOS EN ESPAÑA

Propuestas de mejora

Autor: María Asensio Velasco

Quinto Curso de Derecho y Relaciones Internacionales E-5

Derecho Constitucional

Tutor: D<sup>a</sup>. María Isabel Álvarez Vélez

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación analiza la problemática jurídica en torno al colectivo de los menores extranjeros no acompañados. Son ya varios miles los niños que se encuentran solos en España, habiendo abandonado sus hogares, familias y lugares de origen -la mayoría provienen de África- por diversas causas, en busca de mejores condiciones de vida y oportunidades. Sin embargo, a su llegada a España, encuentran una serie de obstáculos a su protección como menores, dada una legislación y una práctica administrativa considerablemente mejorable, que parece primar la condición de extranjeros sobre la de menores, sin aplicar el principio del interés superior del menor. A pesar de que, desde la primera llegada de estos menores a finales de los años 90 se han producido muchos avances en la protección ofrecida, muchos aspectos son todavía un asunto pendiente para el Estado español, como la controvertida cuestión de las pruebas médicas de determinación de la edad, la posterior declaración de desamparo y estancia en los centros de protección de menores y la posible reagrupación familiar de estos menores. El objetivo del trabajo es proponer modificaciones a la legislación y práctica administrativa existente, que acerquen la situación española a los estándares establecidos a nivel internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

**Palabras clave: menores extranjeros, menores no acompañados, extranjería, determinación de la edad, desamparo, reagrupación familiar, repatriación.**

## **ABSTRACT**

This research paper analyses the legal issues surrounding the group of unaccompanied foreign minors. There are already several thousand children who are alone in Spain, having left their homes, families and places of origin -mainly from Africa- due to various reasons, in search of better living conditions and opportunities. However, upon arrival in Spain, they encounter a series of obstacles to their protection as minors, given the considerably improvable legislation and administrative practice, which seems to give preference to the condition of foreigners over that of minors, without applying the principle of the best interest of the child. Although since the first arrival of these minors at the end of the 1990s there have been many advances in the protection offered, many aspects are still a pending issue for the Spanish State, such as the controversial issue of medical tests of determination of age, the subsequent declaration of helplessness, the

stay in child protection centres and the possible family reunification of these minors. The objective of the paper is to propose modifications to the existing legislation and administrative practice, which would bring the Spanish situation closer to the standards established at the international level in the United Nations Convention on the Rights of the Child.

**Keywords: foreign minors, unaccompanied minors, Aliens Act, determination of age, helplessness, family reunification, repatriation.**

## ÍNDICE

1. Introducción .....	6
2. Concepto y marco normativo .....	9
2.1 Concepto .....	9
2.2 Normativa internacional.....	11
2.3 Normativa europea.....	12
2.4 Normativa española .....	15
3. Regulación específica de algunos aspectos.....	19
3.1 Procedimiento de determinación de la edad.....	19
3.1.1 Pruebas médicas de determinación de la edad.....	21
3.1.2 Casos en los que se realizan pruebas de determinación de la edad .....	22
3.1.3 Irrecorribilidad de los decretos de la Fiscalía de determinación de la edad..	26
3.2 Situación de desamparo y estancia en los centros de protección de menores.....	32
3.2.1 Situación de desamparo.....	32
3.2.2 Estancia en los centros de protección de menores .....	34
3.3 Reagrupación o repatriación.....	35
4. Valoración y propuestas de mejora .....	41
4.1 Pruebas de determinación de la edad.....	44
4.1.1 Pruebas médicas de determinación de la edad.....	44
4.1.2 Casos en que se realizan pruebas de determinación de la edad .....	49
4.1.3 Irrecorribilidad de los decretos de Fiscalía de determinación de la edad.....	50
4.2 Situación de desamparo y estancia en los centros de protección de menores.....	52
4.2.1 Situación de desamparo.....	52
4.2.2 Estancia en los centros de protección.....	52
4.3 Reagrupación o repatriación.....	55
5. Breve reflexión final .....	60
6. Bibliografía .....	62
6.1 Legislación .....	62
6.2 Jurisprudencia.....	65
6.3 Obras doctrinales .....	67

## LISTADO DE ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
Art.	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDN	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989
CE	Constitución Española
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FGE	Fiscalía General del Estado
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LO	Ley Orgánica
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
MENA	Menor extranjero no acompañado
OG	Observación General
ONG	Organización no Gubernamental
RLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
SCEP	<i>Separated Children in Europe Program</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN

Cada vez más niños y niñas deciden abandonar sus países de origen buscando mejores condiciones de vida y oportunidades o incluso, en muchos casos, salvar sus vidas; fenómeno muy acusado en el continente africano. Las causas por las que estos menores huyen de sus países de origen y se encuentran solos en el país de destino o tránsito son variadas, no siendo un problema exclusivo de España y ni siquiera de Europa. Entre ellas cabe destacar la persecución del menor o de sus familiares como consecuencia de conflictos territoriales o religiosos o incluso de una guerra civil o internacional y la trata, incluyendo la venta por los padres, todos ellos con el común denominador de la pobreza, que en muchos casos por sí sola es la causa que les lleva a la búsqueda de mejores oportunidades económicas<sup>1</sup>. La situación vivida en sus lugares de origen se convierte en muchas ocasiones en insostenible, afectando de manera especial a los menores, como el colectivo más vulnerable con factores de riesgo específicos. En el caso de los niños, es común la violencia y el abuso, utilizados como soldados o esclavos. Las niñas, por su parte, son víctimas de mutilación genital femenina, matrimonios prematuros, trata y tráfico con fines de explotación sexual<sup>2</sup>.

El viaje que emprenden solos o mal acompañados por las mafias aumenta si cabe estos factores de vulnerabilidad, pues suele abocarles al crimen organizado, a la explotación laboral y sexual, a la trata de seres humanos y demás formas de abuso. A dicho sufrimiento hay que añadir el que supone que, al llegar a España, vean sus sueños desvanecidos y vulnerados, por los propios poderes públicos del Estado español, al no aplicárseles con garantías, los derechos que les reconoce la legislación española y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup>.

Estando presente este problema desde muy antiguo, podemos ubicar su inicio como verdadero problema social en los años 1998-1999, localizado en las Ciudades

---

<sup>1</sup> Observación General nº 6 (2005) sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005. (CRC/GC/2005/6)

<sup>2</sup> Boggio, C., “Retos para la protección internacional de los menores no acompañados en la política de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea” en Claro Quintans, I. y Lázaro González I. (coords.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 130.

<sup>3</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, 77º periodo de sesiones, examen a España, 2017, p. 2. (disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/ESP/INT\\_CRC\\_NGO\\_ESP\\_27130\\_S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/ESP/INT_CRC_NGO_ESP_27130_S.pdf); última consulta 26/03/2018)

Autónomas de Ceuta y Melilla, con la creciente llegada de menores marroquíes. La práctica hasta entonces de la policía de fronteras consistía en recogerlos y devolverlos al país de origen, sin tener en cuenta la debida protección del menor recogida en la legislación y tratados internacionales<sup>4</sup>. Desde entonces, se han producido muchos avances en la protección ofrecida a este colectivo. Sin embargo, muchos aspectos son todavía un asunto pendiente para el Estado español.

El artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño proclama el derecho de los niños, cuando estén temporal o permanentemente privados de su medio familiar, a la protección y asistencia especiales del Estado. Dicha protección debe ser tanto material como jurídica. La realidad es que en muchas ocasiones se otorga una protección de tipo material inicialmente, mediante las figuras de la puesta a disposición y la atención inmediata, mientras que la tutela jurídica llega a veces demasiado tarde, cuando el menor ya ha cumplido la mayoría de edad o ha sido expulsado de nuestro país<sup>5</sup>. Ante los múltiples motivos por los que llegan estos menores a España es necesario que la respuesta española presente una posición común con el resto de países afectados, cuyo enfoque se base en el principio de interés superior del menor<sup>6</sup>.

Se estima que en la actualidad hay entre 3500 y 4000 menores extranjeros no acompañados en España, que provienen principalmente de Marruecos, Argelia, Siria, el África subsahariana y Bangladesh<sup>7</sup>. A fecha 31 de diciembre de 2016 se encontraban inscritos en el Registro MENA 3997 niños no acompañados tutelados por la Administración española<sup>8</sup>, pero se estima que puede haber muchos más que no han sido reconocidos como tales por el Estado. Según datos de la Unidad de Extranjería de la FGE, en 2016 han sido localizados 588 menores no acompañados en pateras, presentando un crecimiento preocupante respecto a los años anteriores (414 menores en

---

<sup>4</sup> Martínez García, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del defensor del pueblo” en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 39-40.

<sup>5</sup> Moreno-Torres Sánchez, J. “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional? en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 97-99.

<sup>6</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños” en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 772

<sup>7</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, cit. p. 2

<sup>8</sup> Unidad de Extranjería de la FGE, Memoria 2016, 2016, p. 15 (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/MEMORIA\\_2016\\_UNIDAD\\_EXTRANJERIA\\_DE\\_LA\\_FGE.pdf?idFile=7fe2e5e9-0ca1-412b-add5-3390c33675fe](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMORIA_2016_UNIDAD_EXTRANJERIA_DE_LA_FGE.pdf?idFile=7fe2e5e9-0ca1-412b-add5-3390c33675fe); última consulta 15/02/2018)

2015 y 223 en 2014). La mayoría son de sexo masculino (el 95,01%) y provienen de Argelia (37%), Marruecos (31,29%), Costa de Marfil (10,54%) y Guinea (5,44%)<sup>9</sup>.

En el presente trabajo se van a analizar algunas de las cuestiones más problemáticas relacionadas con la protección jurídica de los menores extranjeros no acompañados con el objetivo de encontrar las deficiencias presentes en el sistema: las pruebas de determinación de la edad, la declaración de desamparo y posterior asunción de tutela e ingreso en un centro de protección y, finalmente, la repatriación o reagrupación familiar de estos menores. Por último, se expondrán algunas recomendaciones y propuestas de mejora que acerquen la legislación española a los estándares de derechos humanos internacionales a la luz del interés superior del menor.

Se ha realizado un trabajo de investigación empleando una metodología consistente en el análisis de la legislación y jurisprudencia al respecto, así como la lectura de informes de las organizaciones sociales dedicadas especialmente a la atención a este colectivo para llegar a una serie de conclusiones y propuestas de reforma de la legislación y práctica administrativa actual.

Existen otras cuestiones que, si bien requerirían la misma atención que las estudiadas, por motivos de límite de extensión no pueden ser abordadas en este trabajo, como el derecho a ser oído, a la asistencia letrada, la documentación de los menores y la regularización de su situación en España, el derecho a la educación y a la salud de los mismos o su llegada a la mayoría de edad.

---

<sup>9</sup> Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B., “La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España”, en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 14.

## 2. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO

### 2.1 Concepto

Antes de avanzar en el estudio de la protección jurídica de este colectivo es necesario, por razones metodológicas, definir qué se entiende por menor extranjero no acompañado a los efectos de este trabajo. El concepto que adoptaremos de menor o niño extranjero no acompañado es el siguiente:

nacional de un tercer país o apátrida menor de dieciocho años que llega al territorio de los Estados miembros [de la Unión Europea] sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor o haya sido dejado solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros<sup>10</sup>.

También puede adoptarse la definición de la Observación General nº 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, dedicada a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (en adelante, OG nº 6), al describirlos como “los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”<sup>11</sup>.

La legislación española define al niño extranjero no acompañado como:

aquel menor de 18 años nacional no comunitario que llegue al territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.<sup>12</sup>

Existen muchas otras definiciones, pues no es un concepto homogéneo, tal y como recoge Amnistía Internacional<sup>13</sup>, las definiciones difieren según el país de recepción:

---

<sup>10</sup> Definición que ha sido confirmada por normas de la Unión Europea que son vinculantes para España, como la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar y la Directiva 2004/81/CE de 29 de abril, sobre expedición de permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes.

<sup>11</sup> Observación General nº 6 (2005) sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., apartado 7.

<sup>12</sup> Artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

<sup>13</sup> Vidal Liy, J.I., Arriola Hernández, M., “Todo por el interés superior del menor, pero sin el menor. Preocupaciones de Amnistía Internacional respecto a los menores ante el futuro reglamento de asilo” en Claro Quintans, I. y Lázaro González I. (coords.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, cit., p. 179.

- En Suiza, Francia, Portugal y Bélgica “es un menor extranjero de menos de 18 años que llega sin sus padres o tutor legal, o que llega o está con algún familiar que no es el tutor legal”.
- En Dinamarca y Finlandia es “un menor extranjero menor de 18 años que llega sin padres o tutor legal o que llega o está con algún familiar que no puede atenderle adecuadamente”.
- Irlanda recoge esta definición añadiendo las dudas que pueden surgir de las relaciones entre el adulto y el menor, reconociendo tres posibles casos: menores que llegan solos pero tienen padres, tutores o familiares en algún Estado de la UE; menores que no tienen padres, tutores ni familiares en ningún país de la UE y niños acompañados por un adulto de cuya relación tienen dudas.

Incluso se adoptan conceptos diferentes para designar al colectivo, también en función de las diversas políticas desde las que cada Estado aborda este fenómeno. Así, Alemania y Reino Unido les denominan menores no acompañados solicitantes de asilo o refugiados (*unaccompanied asylum seeking minors* o *unaccompanied refugee minors*), pues las políticas sobre el colectivo son principalmente relacionadas con el derecho de asilo. Italia y Bélgica, por su parte, utilizan el mismo término que España, pues su modelo es muy similar (“*minori stranieri non accompagnati*” y “*mineurs étrangers non accompagnés*”). Por último, Francia tiene un término propio (“*mineurs isolés étrangers*”), que podría traducirse como menores extranjeros aislados<sup>14</sup>.

Es importante distinguir este colectivo del de los “menores separados”. Tal y como establece la OG nº 6, los menores no acompañados están separados de sus padres y de cualesquiera otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que se le pueda atribuir el cuidado del menor, mientras que los separados, lo están de sus padres o tutores legales, pero no necesariamente de otros parientes.

Es evidente la significación de los menores extranjeros no acompañados respecto de los que sí lo están, pues en ese caso se encontrarían en una situación de normalidad y presumiblemente adecuadamente protegidos y porque, al primar el derecho del menor a

---

<sup>14</sup> Senovilla Hernández, D., “Menores no acompañados y separados en Europa. Un estudio comparado de seis países” en Jiménez Hernández, A. (Corrd.), *Menores migrantes sin referentes familiares. Una perspectiva integral del fenómeno*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2009, p. 14

conservar las relaciones familiares, en caso de repatriación de sus padres o tutores, ello conllevaría también la repatriación del menor.

En cuanto a la terminología, hay que señalar que el empleo de los términos no es baladí. La psicología del legislador ha determinado que se emplee la palabra “menor” en todo lo relativo a los menores extranjeros no acompañados, mientras que la legislación internacional tiende cada vez más a emplear en su lugar el término “niño”, que elimina su carácter comparativo e incrementa la función protectora. En este trabajo se empleará el término “menor” porque es el utilizado en toda la legislación española a estudiar, a pesar de que se considere más conveniente el término “niño” por ser el que se impone internacionalmente en todos los organismos implicados.

## **2.2 Normativa internacional**

A nivel internacional, todos los países de la UE han ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN en adelante), siendo el tratado internacional de referencia en lo relativo a protección de menores<sup>15</sup>. De los derechos y principios recogidos por la CDN, los más relevantes a la hora de confeccionar un “estatuto de derechos de los menores extranjeros no acompañados” son los siguientes:

- Artículo 2. Principio de no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición.
- Artículo 3. Principio de interés superior del niño como consideración primordial en la búsqueda de soluciones, a la que se atenderá en todas las medidas concernientes a los mismos.
- Artículo 6. Derecho intrínseco a la vida y la obligación de garantizar su supervivencia y desarrollo.
- Artículo 12. Derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose en cuenta sus opiniones, de acuerdo con sus condiciones de edad y madurez.

---

<sup>15</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 d diciembre de 1990).

- Artículo 20. Derecho a recibir la protección adecuada

Asimismo, hay que tomar en consideración la Observación General núm. 6 del Comité de Derechos del Niño sobre “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” que desarrolla la CDN con respecto al colectivo de los menores extranjeros no acompañados, buscando “proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores”<sup>16</sup>. La OG se basa en tres principios estructurales: la no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones, principios estos que deberían guiar la legislación española que es evidente que necesita una adaptación, como se estudiará a lo largo de este trabajo.

También es ilustrativo de la importancia que están adoptando los procesos migratorios el hecho de que en 2017 el Comité de Derechos del Niño haya aprobado dos Observaciones Generales junto con el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares a este respecto con relación a los niños y, por tanto, completamente aplicables a los menores extranjeros no acompañados:

- la Observación General núm. 22 sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional<sup>17</sup>
- y la Observación General núm. 23 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno<sup>18</sup>.

### 2.3 Normativa europea

A **nivel de la Unión Europea** no existe mucha normativa al respecto. La Carta Europea de los Derechos del Niño establece que: “Todo niño tiene derecho a gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan”, existiendo además una Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 dedicada a los

---

<sup>16</sup> Observación General nº 6 (2005) sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit.

<sup>17</sup> Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, aprobada el 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/3 – CEC/C/GC/22).

<sup>18</sup> Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, aprobada el 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/4 – CRC/GC/23).

menores extranjeros no acompañados<sup>19</sup>. Sin embargo, dicha resolución no tiene carácter vinculante. Si bien establece explícitamente la obligación de los Estados miembros de nombrar un tutor para los menores extranjeros, no garantiza de manera suficiente la protección de sus derechos<sup>20</sup>, ya que:

- En los artículos 2.1 y 2.2 se establece que los Estados pueden denegar la admisión al territorio de aquellos menores que no dispongan de autorización de entrada, recomendando incluso que se impida su entrada y permanencia ilegal - recordemos que la estancia de un menor en un país nunca puede ser ilegal ni irregular-,
- El artículo 5.1 autoriza la repatriación de los menores a su país de origen o a otro Estado dispuesto a admitirlo, asumiendo que pueden encargarse de la acogida sus familiares, otros adultos e instituciones de protección.
- En cuanto a las garantías, el artículo 3 reconoce la conveniencia de establecer una representación para los menores y el acceso de estos a la protección que necesiten. Además, se recomienda determinar la identidad del menor y localizar a sus familiares.

Por otro lado, la “Directiva de retorno” de 2008 contiene dos disposiciones sobre menores extranjeros no acompañados<sup>21</sup>:

- El artículo 10 establece el deber de los Estados de prestar la asistencia que necesiten durante el tiempo en el que se resuelva sobre su retorno, a la vez que reconoce la facultad de los Estados de expulsar a aquellos menores que se encuentren ilegalmente en su territorio, siempre que se garantice que el menor quede bajo la protección de un miembro de su familia, tutor o servicios de protección adecuados en el país de origen.
- El artículo 17 permite el internamiento de estos menores, con un límite de 6 meses, prorrogables otros 12 meses, siempre que sea el último recurso y por el menor tiempo posible.

---

<sup>19</sup> Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C221/03) (DOCE C 221, 19 de julio de 1997).

<sup>20</sup> Senovilla Hernández, D., “Menores no acompañados y separados en Europa. Un estudio comparado de seis países” cit. pp. 16-17

<sup>21</sup> 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 (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

En general, si bien la Comisión reconoce asiduamente los derechos de la infancia como prioridad para la Unión Europea, la verdadera norma vinculante en materia de asilo e inmigración (la Directiva de retorno) no protege de forma suficiente a los menores extranjeros no acompañados<sup>22</sup>.

Por último, en 2013 se dictó una Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de estos menores, que tampoco es vinculante y recoge una serie de recomendaciones a los Estados miembros<sup>23</sup>. Sin embargo, recuerda que “la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, debe ser el principio rector de los Estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose así el principio esencial del interés superior del niño” denunciando asimismo las condiciones de acogida y las violaciones de sus derechos fundamentales por parte de algunos Estados miembros. Incluso lamenta que el Plan de Acción 2010-2014 sobre los menores no acompañados de la Comisión Europeo se base lo suficiente en la protección de los derechos fundamentales de los menores<sup>24</sup>.

No solo en España se limitan en ocasiones los derechos de este colectivo, sino que otros países de la UE también lo hacen. De hecho, Reino Unido y Alemania han establecido incluso declaraciones o reservas a la CDN; mientras la práctica en Francia ha sido detener a los menores que intentan entrar en el país para proceder a su retorno. Por último, Italia y España han venido priorizando la vida familiar de estos menores, entendiéndola como la mejor solución en todo caso, habiendo practicado una política de repatriaciones forzosas sin estudiar su opinión ni considerar las circunstancias de cada menor<sup>25</sup>.

Por su parte, en cuanto al **Consejo de Europa**, en los últimos años ha presentado algunos informes sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados, que demuestran la creciente importancia y preocupación por este colectivo. Cabe mencionar

---

<sup>22</sup> Senovilla Hernández, D., “Menores no acompañados y separados en Europa. Un estudio comparado de seis países” cit. p. 18

<sup>23</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI)) (DOUE de 9 de marzo de 2016).

<sup>24</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014) SEC(2010)534 (Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0213>; última consulta 24/03/2018).

<sup>25</sup> Senovilla Hernández, D., “Menores no acompañados y separados en Europa. Un estudio comparado de seis países” cit. pp. 15-16.

la Recomendación sobre proyectos de vida para menores migrantes no acompañados<sup>26</sup>, el Plan de Acción para la protección de los niños refugiados y migrantes en Europa (2017-2019)<sup>27</sup>, el informe “Determinación de la edad: Políticas, procedimientos y prácticas de los Estados miembros del Consejo de Europa respetuosos con los derechos de los niños en el contexto migratorio” de 2017<sup>28</sup> y el recién aprobado informe “menores no acompañados refugiados: el papel y responsabilidades de las autoridades locales y regionales” de 2018<sup>29</sup>.

## 2.4 Normativa española

El punto de partida es que el Estado está obligado a dispensar la misma protección a los menores extranjeros que a los nacionales, ya que la condición de menor siempre prevalece sobre cualquier otra existente<sup>30</sup>, de acuerdo también con el art. 39.4 CE, que establece que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, artículo que no diferencia entre niños españoles y extranjeros.

Sin embargo, el marco normativo español relativo a la protección de los menores extranjeros no acompañados es muy complejo, dada la concurrencia de dos marcos legislativos distintos: el de extranjería y el de protección de menores<sup>31</sup>. El caso de los

---

<sup>26</sup> Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec(2007)9 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre proyectos de vida para menores migrantes no acompañados, aprobada por el Comité de Ministros el 12 de julio de 2007 en la reunión número 1002 de los Representantes de los Ministros. Disponible en [https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/Recommendations/CM%20Recommendation%20on%20life%20projects%20for%20unaccompanied%20migrant%20minors\\_es.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/Recommendations/CM%20Recommendation%20on%20life%20projects%20for%20unaccompanied%20migrant%20minors_es.pdf); última consulta 23/03/2018).

<sup>27</sup> Consejo de Europa, “Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe (2017-2019)”, mayo 2017, (Disponible en: [https://www.coe.int/t/dg4/linguistic/Source/ActionPlan-RefugeeChildren-2017\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dg4/linguistic/Source/ActionPlan-RefugeeChildren-2017_EN.pdf); última consulta 23/03/2018).

<sup>28</sup> Consejo de Europa, “Age assessment: Council of Europe member states’ policies, procedures and practices respectful of children’s rights in the context of migration”, septiembre 2017, (Disponible en: <https://rm.coe.int/age-assessment-council-of-europe-member-states-policies-procedures-and/168074b723>; última consulta 23/03/2018).

<sup>29</sup> Consejo de Europa, “Unaccompanied refugee children: the role and responsibilities of local and regional authorities”, aprobado el 28 de marzo de 2018, por el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa, en su 34 sesión (Disponible en [https://www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees/newsletter-march-2018/-/asset\\_publisher/cVKOAoroBOTI/content/congress-to-present-a-report-on-unaccompanied-refugee-children](https://www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees/newsletter-march-2018/-/asset_publisher/cVKOAoroBOTI/content/congress-to-present-a-report-on-unaccompanied-refugee-children); última consulta el 23/03/2018).

<sup>30</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, cit. pp. 772-773.

<sup>31</sup> Mayoral Narros, I.V., Frías Fiel, T., Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M, “El acogimiento residencial” en Martínez García, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 208.

menores extranjeros no acompañados es uno de los más complejos dentro del fenómeno migratorio, presentando una gran dificultad de gestión por parte de las autoridades<sup>32</sup>. Así, hay que tener en cuenta que la regulación del desamparo se encuentra en el Código Civil y la legislación de los territorios forales, mientras que la aplicación se realiza conforme a normas administrativas autonómicas o, supletoriamente, estatales. Finalmente, el art. 149.1.2 CE proclama la unidad en la legislación de extranjería, unidad que no existe en cuanto a las actuaciones en los distintos puntos de nuestro país<sup>33</sup>.

En cuanto a las cuestiones que se van a tratar en este trabajo, la determinación de la edad depende de las Fiscalías Provinciales, al igual que la defensa de sus intereses<sup>34</sup>, mientras que la declaración de desamparo de los menores y su ingreso en los centros de protección es una competencia de las Comunidades Autónomas<sup>35</sup>. Por lo que respecta a la decisión de repatriación o reagrupación de los menores, esta es una competencia estatal, por tratarse de un tema de extranjería. En consecuencia, sí que existen diferentes regulaciones por CCAA en materia de protección de menores<sup>36</sup>.

A nivel estatal, las normas a tener en cuenta son las siguientes:

- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>37</sup>.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>38</sup> (en adelante, LOPJM), en concreto:
  - Artículos 2 y 11, que garantizan la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

---

<sup>32</sup> Benlloch Sanz, P. “Reflexiones a vuela pluma sobre los MENA desde una perspectiva laboral” en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 167.

<sup>33</sup> Moreno-Torres Sánchez, J. “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional? Cit., p. 102.

<sup>34</sup> Moreno-Torres Sánchez, J., Ezquerro Ubero, J., Jiménez Bautista, S., “La situación de desamparo” en Martínez García, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 122.

<sup>35</sup> Moreno-Torres Sánchez, J., Ezquerro Ubero, J., Jiménez Bautista, S., “La situación de desamparo”, cit. p. 100.

<sup>36</sup> Martínez García, C., “Los sistemas de protección y de reforma. Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados”, en Lázaro González, I., Culebras Llana, I. (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, R.B. Servicios Editoriales, Madrid, 2006, p. 75.

<sup>37</sup> BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

<sup>38</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

- Artículo 3, que garantiza la no discriminación en el goce de derechos por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal familiar o social
- Artículo 9, que reconoce el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado.
- Artículo 12.4, que regula la determinación de edad de los menores.
- Art. 9, 17 y 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (redactado según la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009)<sup>39</sup>. De aquí en adelante, LOEx.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009<sup>40</sup>. De aquí en adelante RLOEx.
- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2001 de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual artículo 35 LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.
- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.
- Circular del Fiscal General del Estado 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.
- Consulta del Fiscal General del Estado 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.

---

<sup>39</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>40</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 29 de marzo, sobre la Coordinación del Registro de Menores Extranjeros no Acompañados.
- Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado por resolución de 13 de octubre de 2014 por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia<sup>41</sup>. En adelante, Protocolo Marco de 2014.

En general, el menor extranjero no acompañado presenta dos cualidades que determinan el régimen jurídico que le es aplicable: su condición de menor, con la aplicación de normas de carácter tuitivo, y su condición de extranjero, con la aplicación de normas restrictivas y limitativas de derechos y libertades<sup>42</sup>. Sin embargo, observaremos que la cualidad que prima en la legislación vigente es la de extranjero, sobre la de menor.

La disposición más importante a los efectos del presente trabajo es el art. 35 LOEx, pues contiene disposiciones dirigidas a (1) regular el expediente de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados de cuya minoría de edad se dude (apartado 3.1), (2) sentar las bases o principios determinantes de la repatriación a su país de origen (apartado 3.3) y (3) regular el régimen jurídico de la estancia o situación de los menores extranjeros cuya repatriación no es factible (apartado 3.2)<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Protocolo Marco sobre Determinadas Actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados, aprobado por resolución de 13 de octubre de 2014 por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (BOE de 16 de octubre de 2014).

<sup>42</sup> Adam Muñoz, M<sup>a</sup> D., “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, nº 20, 2009, pp. 18 y ss.

<sup>43</sup> Sánchez-Covisa Villa, J., “El papel del Ministerio Fiscal en la situación de los menores extranjeros no acompañados [doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el artículo 35 LOEX], en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 55.

### 3. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE ALGUNOS ASPECTOS

#### 3.1 Procedimiento de determinación de la edad

De las condiciones de este colectivo, su condición de extranjeros es indubitada, únicamente surgen problemas con su condición de menores, que suele ponerse en cuestión, dado que la minoría de edad es la justificación de un tratamiento más protector que si se tratase de mayores de edad o de menores acompañados, pues lleva a la prohibición de la expulsión y a la declaración de desamparo del mismo y consiguiente asunción de la tutela por parte de la Administración. Asimismo, reciben distinto tratamiento en cuanto al reconocimiento de derechos si se compara con los extranjeros mayores de edad y en cuanto a la comisión de actos delictivos<sup>44</sup>. Así, la fase de determinación de la edad tiene una trascendencia mayúscula, pues si el extranjero resulta ser menor de edad se activará el sistema de protección, siendo su estancia regular a todos los efectos; mientras que si resulta mayor, pasaría a someterse al régimen de extranjería, siendo considerado un inmigrante irregular<sup>45</sup>.

El juego en la determinación de la edad siempre se encuentra entre la documentación que porta el menor y las pruebas médicas de determinación de la edad. Como es fácilmente entendible, los menores extranjeros no acompañados, al llegar a nuestro país, no suelen portar documentación que permita su identificación pues, por un lado, provienen de países donde la mayoría de la población no cuenta con dicha documentación o es muy difícil de obtener (lo único de que se suele disponer es un extracto del acta de nacimiento, sin foto ni datos biométricos) y, además, en el transcurso del largo viaje hasta España que puede durar meses, repletos de obstáculos, es impensable que el menor llegue a nuestro país con los documentos en su mano.

La localización de estos menores se realiza normalmente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que actúan bajo el principio de atención inmediata recogido en los arts. 13 y 14 LOPJM al encontrarse con situaciones de desprotección<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Durán Ruiz, F.J., “Los derechos de los MENA: el despertar a su eficacia real a través de la jurisprudencia”, en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 231.

<sup>45</sup> Mayoral Narros, I.V., Frías Fiel, T., Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., “El acogimiento residencial”, cit. p. 213.

<sup>46</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C., “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento” en Claro Quintans, I. y Lázaro González I. (coords.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, cit., pp. 77-78

El primer objetivo del Estado español es conocer si dichas personas son menores o mayores de edad, por lo que si están indocumentados (o si la documentación de que disponen no es considerada veraz o válida por la Administración), se les realizan unas pruebas de determinación de la edad, consistentes en un reconocimiento médico (normalmente se trata de una radiografía del carpo de la muñeca izquierda y, en ocasiones, se realizan reconocimientos físicos generales con exploración de la cavidad oral y de los genitales)<sup>47</sup>. Sin embargo, parece que el objetivo primordial de la determinación de la edad no es tanto una exacta determinación de la misma, sino que “jurídicamente la administración tenga una resolución, que aunque sea provisional, sea habilitante para posibilitar su acogida dentro del sistema de protección o tomar otro tipo de decisión”<sup>48</sup>, como evitar su entrada en dicho sistema.

El procedimiento de determinación de la edad se regula principalmente en el artículo 35.3 LOEx y en el RLOEx, que atribuyen al Fiscal la competencia para autorizar estas pruebas, previendo además la colaboración de las instituciones sanitarias. El artículo 35.3 LOEx se refiere únicamente a la realización de las “pruebas necesarias”, sin especificar su contenido<sup>49</sup>, con lo que es sobre todo el artículo 190 RLOEx y el Protocolo Marco de 2014 los que regulan el procedimiento mediante el cual las distintas administraciones públicas deben proceder y coordinarse cuando se localiza a un menor indocumentado.

Entre los organismos que deben coordinarse y cooperar figuran (i) los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, (ii) los servicios de protección de menores y (iii) el propio Ministerio Fiscal, que actúa en este proceso en su calidad de Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo a los efectos del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>50</sup> (en adelante, LJCA).

Mientras se resuelve el procedimiento de determinación de la edad, que puede prolongarse desde un par de días hasta dos o tres semanas (dependiendo de la CCAA),

---

<sup>47</sup> Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B., “La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España”, en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010., p. 21.

<sup>48</sup> Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, *Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, Madrid, 2014, p.16. (Disponible en <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2014/05/SOLO-POR-ESTAR-SOLO.pdf>).

<sup>49</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, cit. p. 777.

<sup>50</sup> BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

los jóvenes deben residir en Centros de Primera Acogida y en Centros de Protección de Menores, en cumplimiento con el art. 12.4 LOPJM. Sin embargo, en la práctica, se han dado casos en que dichos menores extranjeros han permanecido en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE)<sup>51</sup>.

### *3.1.1 Pruebas médicas de determinación de la edad*

Las pruebas médicas para la determinación de la edad consisten principalmente en dos pruebas óseas, el Atlas de Greulich y Pyle y el método Tunner Whitehouse 41, consistentes en una radiografía de la muñeca izquierda. También se realizan ortopantomografías (exploraciones de la cavidad bucal) y exploración de los genitales. No se realizan pruebas complementarias, como pueden ser entrevistas personales para conocer la madurez psicológica del menor, posibles enfermedades que puedan haber afectado a su crecimiento, o las costumbres nutricionales del mismo<sup>52</sup>.

El método más utilizado para diagnosticar la edad, con respecto a la radiografía de la muñeca, es el Atlas “GREULICH Y PYLE”, que relaciona el estado de los huesos con la edad de las personas a través de unas tablas elaboradas de acuerdo con estudios estadísticos<sup>53</sup>.

Para la realización del examen médico, es necesario, de acuerdo con el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el consentimiento informado del paciente, debiendo informar al menor de sus derechos y de la naturaleza y consecuencias que las pruebas pueden tener<sup>54</sup>. La Consulta de la FGE 1/2009, de 10 de noviembre, “sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados”, ha recogido entre otras conclusiones al respecto<sup>55</sup>, que:

- *“En caso de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Fiscal deberá informarle personalmente*

---

<sup>51</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, cit. pp. 21-23.

<sup>52</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, cit. p. 18.

<sup>53</sup> Existen otras posibilidades de análisis radiológico. Ver Madrigal Martínez-Pereda, C., “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento”, cit., pp. 82-83.

<sup>54</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, cit. p. 777.

<sup>55</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C., “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento”, cit., p. 85

*acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, de la misma, así como de las consecuencias jurídicas de los resultados de la prueba y de la negativa a someterse a ella.*

- *La negativa a la práctica de la prueba podrá valorarse, junto con los restantes datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad. Se tratará de un indicio poderoso, pero no determinante, pues la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso”.*

### *3.1.2 Casos en los que se realizan pruebas de determinación de la edad*

A la luz de dicho examen médico, es la Fiscalía de Protección de Menores del lugar en que se encuentre el menor la encargada de determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados, en aplicación del art. 35 LOEx, interpretado por la Instrucción 2/2001 de la FGE, la cual establece que es el Ministerio Fiscal el que debe autorizar la práctica de las pruebas de determinación de la edad a los menores a los que no se les hayan practicado o existan indicios de falsedad o dudas de que haya alcanzado la mayoría de edad, tras consultar el Registro de MENA<sup>56</sup>. Sin embargo, a pesar de que el artículo de la LOEx solo se refiere a los “extranjeros indocumentados” para poder ser sometidos a pruebas de determinación de la edad, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado ha ampliado estos supuestos, realizando una interpretación extensiva de la ley, que es perjudicial para los menores, entendiendo que “cabrá igualmente autorizar la práctica de las pruebas de determinación de la edad cuando, pese a la exhibición de documentación, ésta presente indicios de falsedad, y simultáneamente existan dudas sobre si el extranjero efectivamente ha alcanzado los dieciocho años”<sup>57</sup>.

De acuerdo con la Sentencia TS 453/2014 (Sala 1.ª) de 23 de septiembre de 2014, (Rec.1382/2013), únicamente los menores indocumentados deberían ser sometidos a dichas pruebas de determinación de la edad, en aplicación de la doctrina jurisprudencial siguiente:

---

<sup>56</sup> Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B., “La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España”, cit., p. 22.

<sup>57</sup> Sánchez-Covisa Villa, J., “El papel del Ministerio Fiscal en la situación de los menores extranjeros no acompañados [doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el artículo 35 LOEX], cit., p. 58.

*el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.* De acuerdo con dicha sentencia (y con las más de diez dictadas posteriormente reiterando la misma doctrina jurisprudencial<sup>58</sup>), la interpretación correcta de la LOEx debe llevar a que un menor con documentos legalmente expedidos y no invalidados no sea sometido a pruebas de determinación de la edad<sup>59</sup>. A estos efectos, no solo tienen tal consideración los pasaportes, sino también otros documentos como pueden ser partidas o actas de nacimiento, existan o no convenios con los países de origen y estén o no los documentos legalizados, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional<sup>60</sup>.

Sin embargo, en la práctica administrativa, sucede frecuentemente que se entiende justificada la práctica de la prueba médica a pesar de contar el inmigrante con documentación en la que consta su minoría de edad, al considerar que dicha documentación no puede conciliarse con su realidad física<sup>61</sup>.

De hecho, el propio Protocolo Marco de 2014 recoge supuestos que no se ajustan a la legalidad, en los que un pasaporte o documento equivalente de identidad no se

---

<sup>58</sup> Sentencia TS 452/2014, de 24 de septiembre de 2014, (Rec. 280/2013); Sentencia TS 11/2015, de 16 de enero de 2015, (Rec. 1406/2013); Sentencia TS 13/2015, de 16 de enero de 2015 (Rec. 214/2014); Sentencia TS 318/2015, de 22 de mayo de 2015 (Rec. 536/2014); Sentencia TS 319/2015, de 23 de mayo de 2015 (Rec. 2223/2013); Sentencia TS 320/2015, de 22 de mayo de 2015 (Rec. 908/2014); Sentencia TS 411/2015, de 3 de julio de 2015 (Rec. 341/2014); Sentencia TS 507/2015, de 22 de septiembre de 2015 (Rec. 2623/2014); Sentencia TS 720/2016, de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 2213/2014). Todas ellas pueden encontrarse en el siguiente enlace: <http://www.comillas.edu/es/catedra-santander-de-derecho-y-menores-id-me>

<sup>59</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, cit. p. 779.

<sup>60</sup> Cabe citar, entre otras, la STS (Civil) de 24 de septiembre de 2014 (Rec. 280/2013) y la STS (Civil) de 16 de enero de 2015 (Rec. 1406/2013) y la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 9 de octubre de 2017 (Rec. 353/2016).

<sup>61</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, cit. p. 778.

considera fiable o válido, en contradicción con la jurisprudencia del TS citada anteriormente, al establecer<sup>62</sup>:

- “Los documentos extranjeros que contengan datos identificativos del menor (como la edad) no constituyen prueba plena, salvo que venga reconocido por Convenio o Tratado internacional”. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala de lo Civil del TS, el pasaporte (u otro documento de identidad) es un documento con validez internacional, y consecuentemente los datos que contenga deben ser considerados ciertos y válidos, sin necesidad de Tratado o Convenio alguno, ni de legalización o apostilla -siempre considerando que se trata de un documento válido-.
- Cuando los documentos “sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española”. De acuerdo con la doctrina del TS, y teniendo de nuevo en cuenta la falta de precisión y cuestionable fiabilidad de las pruebas médicas, en estos casos, debería prevalecer la edad que resulte del pasaporte u otro documento de identidad válido que contengan datos suficientes para la determinación de la edad del menor.
- Cuando “sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado”. Dicha falta de correspondencia se verificaría con la apreciación visual realizada con el Fiscal, en contra de lo que establece el TS, que ha declarado expresamente que “cualquier duda basada en la simple apariencia física de la persona debe resolverse a favor del menor”.
- Cuando “incorporen datos inverosímiles”. En este caso, es un concepto jurídico tan indeterminado que no es posible precisar a qué tipo de datos se puede estar haciendo referencia.
- Cuando se “contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento”. En este caso, aplicar el interés superior del menor solo permitiría realizar pruebas al menor con documentación, en aquellos casos

---

<sup>62</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, cit. p. 17.

en que de la documentación resulte la mayoría de edad y, en cambio, declare ser menor.

Además de estas cuestiones sobre la validez de la documentación identificativa, organizaciones sociales como Fundación Raíces han denunciado que el Protocolo Marco vulnera el derecho a ser escuchado y a la asistencia letrada, presentando además una gran falta de garantías en el procedimiento de determinación de la edad y permitiendo la realización sistemática de pruebas de determinación de la misma<sup>63</sup>.

El Defensor del Pueblo en los últimos años, a raíz de las numerosas quejas recibidas sobre esta cuestión, ha mostrado su preocupación al respecto en sus informes anuales. Cabe citar el Informe Anual de 2016 en el que considera que el Protocolo Marco establece la posibilidad de incoar procedimientos de determinación de la edad a menores documentados<sup>64</sup>. El Defensor del Pueblo afirma que a pesar de la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo citada más arriba, “se ha incrementado el número de quejas recibidas por la incoación de procedimientos de determinación de edad a menores que cuentan con pasaporte o con otra documentación válida acreditativa de ello”. Esto se debe a que, con la nueva redacción del art. 12.4 LOPJM, el Ministerio Fiscal considera que se le ha otorgado la potestad de realizar un juicio de proporcionalidad para considerar que un documento de identidad es o no fiable. De hecho, el Defensor del Pueblo incluso dedicó un informe monográfico a la cuestión de las pruebas de determinación de la edad, en el cual consideró improcedente someter a los menores a dichas pruebas, por ser contradictorio al art. 35 LOEx<sup>65</sup>.

El Protocolo Marco ha sido recurrido en casación ante el Tribunal Supremo, que ha dictado sentencia el 31 de enero de 2018<sup>66</sup> desestimando el recurso, por considerar que no tiene carácter de norma reglamentaria, sino que se trata de una instrucción interna y, por tanto, no es recurrible. El Tribunal Supremo considera que

---

<sup>63</sup> Fundación Raíces, “El Tribunal Supremo deja en indefensión jurídica a todos los niños y niñas MENAS”, *Fundación Raíces*, 6 de febrero de 2018 (disponible en <http://www.fundacionraices.org/?p=2754>; última consulta 21/03/2018).

<sup>64</sup> Defensor del Pueblo, *Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2017, pp. 251-252 (disponible en [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe\\_anual\\_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf); última consulta 26/03/2018).

<sup>65</sup> Defensor del Pueblo, *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2015 (Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinación-de-la-edad1.pdf>; última consulta 26/03/2018).

<sup>66</sup> Sentencia del TS núm. 131/2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 31 de enero (Rec. 2289/2016, RJ 2018\319).

la finalidad del Protocolo no es otra que la de dar las concretas instrucciones a cada cuerpo funcional que está llamado a esa intervención, sin que su contenido exceda de ese mero cometido interno, y con la confesada finalidad de coordinar la intervención del personal administrativo que asume competencias en esta materia.

El Tribunal Supremo no ha entrado a valorar los motivos de fondo de impugnación, a pesar de que desde la propia Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha afirmado que el mentado protocolo es “contrario a la doctrina de los Derechos Humanos”<sup>67</sup>.

En todo caso, la desestimación del recurso del Tribunal Supremo no puede interpretarse de modo que se considere validado el contenido del Protocolo Marco, pues únicamente se refiere a su irrecurribilidad.

Esta resolución, junto a la irrecurribilidad de los decretos de determinación de la edad que se tratará más adelante, cierra las puertas a cualquier impugnación del procedimiento de determinación de la edad.

### *3.1.3 Irrecurribilidad de los decretos de la Fiscalía de determinación de la edad*

Prosiguiendo con el procedimiento de determinación de la edad, la resolución sobre la edad de los menores toma la forma de un Decreto de Fiscalía que, si bien tiene carácter provisionalísimo, únicamente es susceptible de recurso de revisión ante el mismo órgano<sup>68</sup>. La actuación del Ministerio Fiscal tiene con carácter general una proyección procesal y, por tanto, no es susceptible de surtir efectos directos sobre los interesados, sino con intermediación de la decisión judicial que sería directamente impugnable. Sin embargo, el Decreto del Ministerio Fiscal en los procedimientos de determinación de la edad es una resolución administrativa, en la que el Ministerio Fiscal no actúa como coadyudante del poder judicial, sino como verdadero poder público.

Si el Decreto establece la minoría de edad del extranjero, el mismo ingresa en el Centro de Protección correspondiente, considerándose su estancia en España de carácter regular y no pudiendo ser objeto de una medida de expulsión<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup>Europa Press, “ ‘Preocupación’ en la ONU por el trato que España da a los niños migrantes”, *Europa Press*, 17 de febrero de 2016 (disponible en <http://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-preocupacion-oficina-derechos-humanos-onu-trato-espana-da-ninos-migrantes-20160217143654.html>; última consulta 27/03/2018).

<sup>68</sup> Sánchez-Covisa Villa, J., “El papel del Ministerio Fiscal en la situación de los menores extranjeros no acompañados [doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el artículo 35 LOEX], cit., p. 62.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 64.

Sin embargo, si establece su mayoría de edad, el joven, que puede ser menor de edad pero cuya presunción de minoría no ha sido respetada, puede verse abocado a residir en la calle e incluso a ser devuelto a su país de origen, en contradicción con el principio de no devolución de los menores de edad.

Ahondando ahora un poco más en la problemática de la irrecurribilidad del Decreto, es sorprendente que los Decretos dictados por la Fiscalía para poner fin a los procedimientos de determinación de la edad establecen en su Parte Dispositiva el siguiente literal:

Este Decreto se notificará:

Al interesado y/o su letrado por medio de fax, advirtiéndole que aunque el presente Decreto no es recurrible judicialmente si podrá impugnarse por vía judicial la decisión de los servicios de protección o de otra autoridad dictada en base a este decreto. Ello sin perjuicio de que el interesado decida acudir a la vía judicial solicitando la guarda o tutela de los servicios de protección por considerarse menor.

Sin embargo, esta irrecurribilidad no está amparada en la normativa de determinación de la edad, pues no existe ninguna norma que establezca que el Decreto de determinación de la edad sea irrecurrible en vía judicial.

En primer lugar, el artículo 35.3 LOEx establece lo siguiente:

En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

Por otra parte, el artículo 190.4 RLOEx establece lo siguiente:

En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

Nada se dice en la LOEx ni en el RLOEx que pueda interpretarse en el sentido de que el Decreto sobre determinación de la edad sea irrecurrible en vía judicial, aunque tampoco se establece su recurribilidad judicial.

Sin embargo, podríamos considerar que la recurribilidad de los actos deriva de las previsiones de la LJCA, en concreto del artículo 2 y siguientes, y así es como estableció el Tribunal Constitucional en su Auto 151/2013<sup>70</sup>:

[...] ni del artículo 35 LOEx, ni de ningún otro contenido en este cuerpo legal puede deducirse la existencia de recurso directo contra el decreto de determinación de la edad, si bien ello no significa en modo alguno que no pueda impugnarse dicha resolución en vía jurisdiccional.

Tampoco las consultas emitidas por la Fiscalía sobre procedimientos de determinación de la edad establecen la irrecurribilidad del Decreto. Sin perjuicio de que las instrucciones, circulares y/o consultas emitidas por el Fiscal General del Estado son normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal y que por lo tanto en ningún caso tiene carácter ni rango de ley, nada se dice en las mismas respecto de la recurribilidad o no de los Decretos de determinación de la edad. Si revisamos las distintas circulares, instrucciones y consultas emitidas por la Fiscalía General del Estado que tratan y/o regulan la actuación de la Fiscalía en los procedimientos para la determinación de la edad, podemos comprobar cómo en ninguno se dice nada sobre la irrecurribilidad de los decretos de fiscalía.

- 1) La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la LOEx, nada dice sobre la irrecurribilidad en vía judicial del Decreto del Fiscal.
- 2) La Circular del Fiscal General del Estado 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, nada dice tampoco sobre la irrecurribilidad del Decreto de Fiscalía.
- 3) La Consulta del Fiscal General del Estado 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, en la que nada se dice sobre la recurribilidad de los Decretos de determinación de la edad, sino que tan sólo se hacen consideraciones sobre su carácter provisional.
- 4) Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 29 de marzo, sobre la Coordinación del Registro de Menores Extranjeros no Acompañados, en la que nada se dice sobre la irrecurribilidad de los Decretos de Fiscalía, aunque

---

<sup>70</sup> Auto núm. 151/2013, de 8 de julio, del Tribunal Constitucional (Rec. 1051/2013, RJ 2013\151).

establece su importancia a los efectos del Registro de MENAS, que es sino un registro administrativo.

Tampoco el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados de 22 de julio de 2014 regula nada sobre la irrecurribilidad del Decreto en vía judicial.

En general, cualquier acto de las Administraciones Públicas es recurrible, sea provisional o definitivo, incluso los actos firmes, como establece el art. 125.1.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: [...] b) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

Además, el Decreto no puede ser considerado un mero acto de trámite, pues la determinación de la edad, aunque sea provisional, se proyecta sobre un amplio abanico de situaciones. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el ya mencionado Auto 151/2013 ha establecido que

[...] el decreto de determinación de la edad es fundamental para que un menor se sitúe bajo la tutela de la Comunidad Autónoma que tenga asumidas competencias en materia de tutela y protección de menores [...] o quede excluido de la misma por ser considerado mayor de edad, en cuyo caso, y en el supuesto de encontrarse de forma irregular en nuestro país, pueda ser objeto de un expediente de expulsión [...] Con lo cual el decreto de determinación de la edad puede tener repercusiones tanto desde el punto de vista administrativo, como desde el punto de vista civil.

Es la propia Fiscalía la que, en ausencia de previsión legal, establece la irrecurribilidad en cada decreto que dicta, lo cual puede considerarse que coloca a los menores en una situación de indefensión, al privarles de acceder a un recurso efectivo.

Ante la irrecurribilidad del Decreto, existen tres vías posibles, las cuales no son tan efectivas como lo pudiera ser la impugnación directa de la determinación de la edad, pero son las únicas existentes actualmente: (1) el recurso indirecto contra los efectos del Decreto, (2) el recurso administrativo por derechos fundamentales y (3) la jurisdicción voluntaria.

## 1. El recurso indirecto contra los efectos del Decreto

Cuando los Decretos de determinación de la edad tienen consecuencias como el cese de la tutela del menor o la incoación de una orden de devolución o decreto de expulsión, son dichas resoluciones las que se pueden impugnar. El cese de tutela ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente mediante una oposición al cese de tutela y el Decreto de expulsión mediante un recurso de reposición ante la Delegación del Gobierno o ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Sin embargo, es necesario apuntar que, en la práctica, dichos recursos judiciales se demoran meses e incluso años en resolver y no suelen adoptarse medidas cautelares, lo que los convierte, de hecho, en ineficaces, pues para cuando se resuelve, bien el menor ya es mayor de edad o bien ya ha sido expulsado de nuestro país<sup>71</sup>.

## 2. Recurso administrativo de derechos fundamentales

Si los actos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o servicios de protección de menores son claramente impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, también lo deben ser los del Ministerio Fiscal en el marco del procedimiento de determinación de la edad ex artículo 35 LOEx. Además, los efectos del Decreto tienen incidencia en la esfera administrativa por afectar al estatuto de extranjero y debe poder ser revisada por el orden administrativo. De acuerdo con el Tribunal Constitucional en Autos 151/2013, de 8 de julio y 172/2013<sup>72</sup>, de 9 de septiembre, en su Fundamento Jurídico 5:

la resolución del fiscal se integra en el conjunto de medidas protectoras o de otra naturaleza que se adoptan a raíz de la fijación de la edad que realiza el Fiscal. Tales medidas son desde luego impugnables en vía judicial, ya sea ante la jurisdicción civil [...] ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas que afectan al estatuto de extranjero [...].

Por otra parte, según se establece en el artículo 190.4 en relación con el 215 del RLOEx, “El Decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento”. Siendo el registro MENA un registro puramente administrativo que controla la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, con

---

<sup>71</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, cit.

<sup>72</sup> Auto núm. 172/2013, de 9 de septiembre, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional (Rec. 952/2013, RTC 2013\172).

efectos de identificación, y que está coordinado por la Fiscalía General del Estado, el Decreto de Fiscalía tiene claras consecuencias de índole administrativo, confirmándose la competencia de este orden judicial.

El propio Ministerio Fiscal reconoce en la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados que “el precepto [artículo 35 LOEx] está dirigido a solventar de la manera más urgente posible una situación de hecho, sin que tenga por objeto establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (mayoría o minoría de edad)”. Por lo tanto, no siendo el objeto del procedimiento establecer el estado civil de la persona, queda patente el carácter administrativo del mismo y de los decretos que dicta la Fiscalía en dicho procedimiento.

Mediante este recurso judicial no se estaría ventilando cuál es la verdadera edad del menor, sino que únicamente podrían tratarse los aspectos relativos al procedimiento de determinación de la edad y si en el mismo se han vulnerado derechos fundamentales del menor.

### 3. La Jurisdicción voluntaria

Con la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, puede tramitarse un expediente de jurisdicción voluntaria tendente a la constitución de la tutela ante la jurisdicción civil, de acuerdo con el capítulo IV sección 2ª de dicha Ley. Sin embargo, en estos casos sucede como en las oposiciones al cese de tutela, suelen demorarse demasiado y, para cuando se resuelven, el procedimiento se encuentra ya carente de objeto por haber cumplido el menor la mayoría de edad o por no encontrarse en España.

## 3.2 Situación de desamparo y estancia en los centros de protección de menores

### 3.2.1 Situación de desamparo

Como hemos visto, si se declara la minoría de edad del extranjero, el Ministerio Fiscal lo pone a disposición de los servicios de protección competentes (art. 35.4 LOEx). Pero existen cuestiones que, a juicio de Moreno-Torres<sup>73</sup> no quedan claras:

- Si posteriormente no se constituye formalmente la guarda administrativa, ¿podría considerarse que la puesta a disposición constituye una guarda de hecho (art. 303 CC)? Podría considerarse que en aquellas CCAA en las que se ingresa a los menores en los centros, sin dictarse medidas de protección, sí que existe una guarda de hecho.
- Atendiendo al interés superior del menor, en la misma fecha en que se pone a disposición al menor, se debería declarar el desamparo, pues el menor no cuenta con representante legal en España y se encuentra solo. Sin embargo, en muchas ocasiones se retrasa la declaración de desamparo o no tiene lugar.
- La Ley no aclara si la fecha de puesta a disposición se considera el inicio del cómputo de residencia para la obtención de la nacionalidad, de acuerdo con el art. 22 CC que establece:

basta el tiempo de residencia de un año para el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.

Si entendemos la puesta a disposición como el inicio de una guarda de hecho, sí que se iniciaría el tiempo de residencia, pero en algunos Registros Civiles no se interpreta de esta forma.

En definitiva, no es claro ni el momento en que el menor debe declararse en desamparo ni cuándo, en consecuencia, se tramitará su residencia y nacionalidad.

La situación de estos menores se subsume en el artículo 172 CC que dispone que la situación de desamparo “se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia

---

<sup>73</sup> Moreno-Torres Sánchez, J. “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional? Cit., pp. 105-106.

moral o material”. El CC establece para estos casos la tutela pública automática, lo cual se traduce en dos aspectos:

1. Ausencia de intervención judicial
2. Forma rápida y urgente en que debe asumirse la tutela por la entidad pública

Así, la Ley establece que la protección debe otorgarse de forma urgente en caso de que haya desamparo<sup>74</sup>. Sin embargo, las prácticas difieren si se analizan las actuaciones en cada CCAA<sup>75</sup>. En algunas el menor ya ingresa en un centro de primera acogida o de atención inmediata sin haberse declarado el desamparo ni constituido la tutela (Cataluña, País Vasco y Andalucía); mientras que en otras, como Galicia y Navarra, una vez se determina la minoría de edad, se declara automáticamente el desamparo. No siempre se dicta esta medida de protección y siempre está sujeta al procedimiento administrativo regulado por cada Comunidad Autónoma<sup>76</sup>. La mayoría de las CCAA no establecen los plazos de resolución del procedimiento ni los efectos de la falta de resolución del mismo. De hecho, desde que se dicta el acuerdo de inicio del procedimiento hasta que se resuelve declarando el desamparo pueden transcurrir entre 3 y 6 meses. Como afirma Moreno-Torres, la automaticidad y urgencia exigida por la Ley queda desvirtuada por el mismo procedimiento administrativo<sup>77</sup>.

También genera confusión la figura de la atención inmediata, introducida en el art. 14 LOPJM y 35.1 LOEx, concepto que engloba asistencia meramente material (alimentación, habitación, asistencia sanitaria...). No obstante, en algunas CCAA se ha creado “la ficción de que estando el menor en atención inmediata goza de protección jurídica”<sup>78</sup>. Sin embargo, en realidad, el menor no cuenta con representación legal alguna.

---

<sup>74</sup> *Ibidem*. pp. 103-104.

<sup>75</sup> Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B., “La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España”, cit., p. 24.

<sup>76</sup> Moreno-Torres Sánchez, J. “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional? Cit., p. 104.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 106.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que “cualquier retraso en la adopción de estas decisiones operan en perjuicio del menor, en cuanto que retrasa su acceso a la condición de residente legal”<sup>79</sup>.

### 3.2.2 Estancia en los centros de protección de menores

En la siguiente tabla se recoge el número de menor tutelados por cada Comunidad Autónoma en 2016.

Figura 1: Menores tutelados por CCAA (2016)<sup>80</sup>

Andalucía	1072	Castilla y León	40
Melilla	999	Asturias	39
País Vasco	404	Castilla-La Mancha	39
Cataluña	387	Navarra	19
Madrid	293	Cantabria	16
Ceuta	246	Extremadura	12
Comunidad Valenciana	169	Aragón	12
Canarias	104	Baleares	11
Murcia	86	La Rioja	5
Galicia	44		

Existen numerosas diferencias en el trato recibido por este colectivo según la CCAA a la que lleguen<sup>81</sup>. A título ejemplificativo, en Canarias, los menores son derivados inicialmente a los Dispositivos de Emergencia de Menores no Acompañados de Canarias. Una vez se determina su minoría de edad, se declara el desamparo y se les traslada a los Centros de Menores (CAME). Por otro lado, en Vizcaya, los menores

<sup>79</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, cit. p. 782.

<sup>80</sup> Unidad de Extranjería de la FGE, Memoria 2016, cit., p. 15.

<sup>81</sup> Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B., “La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España”, cit., pp. 25-27.

extranjeros se integran en una red específica de centros de acogida para ellos, pues su número es muy elevado, mientras que otros son integrados en la red básica de dispositivos de protección. Finalmente, en Andalucía, casi todos se encuentran en acogimiento residencial, en centros especializados o básicos, al igual que en Galicia y Navarra.

En general, desde que llegaron los primeros menores extranjeros se han puesto de manifiesto algunas deficiencias del sistema de protección en toda España, como la insuficiencia de plazas (los centros se encuentran al límite de su capacidad) y las malas condiciones en que se encuentran “en cuanto a instalaciones, entorno, formación y número de educadores”<sup>82</sup>. Dichas deficiencias han sido además puestas de manifiesto en diversos Informes del Defensor del Pueblo.

Asimismo, se han interpuesto numerosas denuncias por malos tratos y agresiones en los centros de protección de menores, principalmente por parte de los vigilantes de seguridad sin formación específica para el cuidado de este colectivo. En muchas ocasiones, los menores abandonan los centros de acogida. De hecho, en 2016 constaba que habían abandonado los servicios de protección 825 menores<sup>83</sup>. Transcurridos 6 meses desde el abandono, la Administración extingue la tutela del menor, en aplicación del art. 182 CC, modificado por la Ley 26/2015<sup>84</sup>.

Además, es de destacar que el estatuto de los centros de protección tiene rango reglamentario, cuando en realidad regula derechos de los menores.

### **3.3 Reagrupación o repatriación**

Una vez el extranjero es considerado menor de edad y puesto a disposición de los servicios de protección competentes, el Estado debe considerar su posible repatriación o reagrupación familiar. De acuerdo con el CDN, los Estados deben identificar una solución duradera para el menor, teniendo en cuenta sus opiniones y dando respuesta a todas sus necesidades. Dicha solución debe adoptarse teniendo en cuenta la opinión del niño<sup>85</sup>. Así, existen tres posibles soluciones: la integración en el país de acogida, la

---

<sup>82</sup> Martínez García, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del defensor del pueblo” cit., p. 46.

<sup>83</sup> Unidad de Extranjería de la FGE, Memoria 2016, cit., p. 15.

<sup>84</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

<sup>85</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, cit. p. 779.

reunificación familiar (se encuentren los familiares en el país de acogida o en un tercer país) y la repatriación a país de origen (con reagrupación familiar o no)<sup>86</sup>. Y ello porque una vez la entidad pública de protección asume la tutela de los mismos, su estancia es regular en España y no pueden ser “expulsados”<sup>87</sup>, pero sí repatriados.

Gracias a las reformas legislativas que establecen la primacía del interés superior del menor, se ha dejado atrás la situación en la que las autoridades devolvían indiscriminadamente a su país a los menores extranjeros, primando su condición de extranjeros y anulando su condición de menores<sup>88</sup>. Debemos partir del principio por el cual

no cabe la expulsión, la devolución o el retorno de los menores extranjeros no acompañados; el menor extranjero no puede ser sancionado con la salida del territorio español por ninguna de estas vías que pueden imponerse a los adultos. La repatriación del menor no es, en ningún caso, una sanción ni debe encubrir una sanción de expulsión<sup>89</sup>.

Es curioso cómo en la anterior Ley de Extranjería se hablaba únicamente de reagrupación familiar, sin utilizar el término repatriación. Ahora se ha aceptado ampliamente este término y así queda recogido en la legislación.

El artículo 35.5 de la LOEx establece que:

La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.

En desarrollo del art. 35.5 LOEx se han dictado los artículos 192 y ss. del RLOEx, que regula el procedimiento de repatriación de menores extranjeros no acompañados. La aplicación de este precepto ha resultado ser una de las normas más problemáticas y

---

<sup>86</sup> Senovilla Hernández, D., “Menores no acompañados y separados en Europa. Un estudio comparado de seis países” cit. pp. 24-25.

<sup>87</sup> Moreno-Torres Sánchez, J., Ezquerro Ubero, J., Jiménez Bautista, S., “La situación de desamparo”, cit., p. 122.

<sup>88</sup> Martínez García, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del defensor del pueblo” cit., p. 43.

<sup>89</sup> Lázaro González, I. “¿Reagrupación o repatriación?: La política del miedo”, en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, cit., p. 183.

controvertidas<sup>90</sup>. La Ley prioriza la opción del retorno a su país de origen sobre la opción de quedarse en España, al establecer la expresión “en su defecto”.

El procedimiento de repatriación introducido en la última reforma de la LOEX incluye las siguientes novedades<sup>91</sup>:

1. Solicitar un informe a la representación diplomática del país de origen del menor sobre sus circunstancias familiares.
2. Una vez iniciado el procedimiento, deben cumplirse tres garantías: oír al menor si tuviera suficiente juicio, solicitar un informe a los servicios de protección de menores y otro al Ministerio Fiscal.

Hay que tener en cuenta que, como se establece en la Circular 2/2006 y en la Instrucción 6/2004 FGE, las repatriaciones deben tener como fin la reagrupación familiar<sup>92</sup>, siempre tomando como consideración primordial el interés superior del niño, al considerar que el mejor lugar donde puede encontrarse un menor es junto a sus padres. Para poder repatriar a un menor, es necesario previamente localizar a la familia o, en su caso, analizar los servicios de protección de menores en el país de origen<sup>93</sup> (pues los dos modos de repatriar son la reagrupación familiar y la puesta a disposición de dichos servicios de protección), así como valorar la situación del menor en España<sup>94</sup>.

Así ha sido también establecido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 6 (2005)<sup>95</sup>, al señalar como objetivo final “identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia” y “la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar”.

---

<sup>90</sup> Sánchez-Covisa Villa, J., “El papel del Ministerio Fiscal en la situación de los menores extranjeros no acompañados [doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el artículo 35 LOEX], cit., p. 65.

<sup>91</sup> Font i Mas, M., “La protección de los menores extranjeros no acompañados en España. Estudio de las novedades introducidas en la Ley de Extranjería española y su armonización con la normativa europea” en Claro Quintans, I. y Lázaro González I. (coords.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, cit., p. 167

<sup>92</sup> Sánchez-Covisa Villa, J., “El papel del Ministerio Fiscal en la situación de los menores extranjeros no acompañados [doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el artículo 35 LOEX], cit., p. 67.

<sup>93</sup> Martínez García, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del defensor del pueblo” cit., p. 43.

<sup>94</sup> Lázaro González, I. “¿Reagrupación o repatriación?: La política del miedo”, cit., p. 184.

<sup>95</sup> Observación General nº 6 (2005) sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párr. 79.

De acuerdo con la OG nº 6, la repatriación no puede llevarse a cabo si existe un riesgo de que los derechos fundamentales del menor sean violados. Para analizar la existencia de este riesgo, hay que estudiar los siguientes extremos:

- La seguridad personal y pública y otras condiciones socioeconómicas que encontrará el menor al regresar al país de origen
- Los mecanismos existentes para la atención individual del menor
- Las opiniones manifestadas por el menor en el trámite de audiencia, así como las de aquellas personas que le atienden
- La integración del menor en España y el periodo transcurrido desde la salida del país de origen
- El derecho del menor a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares”.
- La conveniente continuidad en la educación del menor, prestando atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

En síntesis, las condiciones que deben cumplirse para que un menor pueda ser repatriado son las siguientes<sup>96</sup>:

- Realización de una evaluación meticulosa de la seguridad existente en el país de origen, teniendo en cuenta los riesgos de persecución, de verse envuelto en conflictos armados, violencia, abusos y explotación.
- Examen de la capacidad de su familia para proporcionar los cuidados adecuados para el menor, teniendo además en cuenta las opiniones de la familia sobre el retorno del menor.
- Diagnóstico de las condiciones de acceso a vivienda, alimentación, educación, servicios sanitarios, formación profesional y oportunidades laborales en el país de origen.
- Los propios cuidadores y tutores en España deben afirmar que la repatriación responde al interés superior del menor.

---

<sup>96</sup> Durán Ayago, A., “La deficitaria política convencional de España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados: nociones para el desencanto” en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010., p. 228.

- El menor debe ser oído e informado, en todo momento, debiendo además ser asesorado y apoyado, de modo que contacte con su familia antes del retorno, se encuentre acompañado durante el regreso y se realice posteriormente un seguimiento de la situación del menor.

La repatriación del menor encuentra dos límites principales: el interés superior del menor pues no en todos los casos la reagrupación con la familia es la mejor opción y la no puesta “en peligro de las personas que se intenten localizar en el país de origen ni la seguridad del menor”, como por ejemplo en casos de solicitud de asilo por persecución<sup>97</sup>. Antes de iniciar los trámites de la repatriación deben analizarse las posibilidades de que el menor sea acreedor de protección internacional, en cuyo caso, no conviene que España se ponga en contacto con las autoridades del país de origen.

En cuanto a los datos, la Memoria de la Unidad de Extranjería de 2016 indica que en dicho año hubo seis repatriaciones, una a Argelia, cuatro a Albania y otra a Rumanía<sup>98</sup>.

El Gobierno ha declarado en repetidas ocasiones su voluntad de aumentar el número de repatriaciones de menores, habiéndose firmado en los últimos años algunos acuerdos de repatriación con países de origen<sup>99</sup>. Con este mismo objetivo, España está financiando la construcción de centros de protección de menores en los países de origen<sup>100</sup>.

Aunque el número de repatriaciones sea bajo, la importancia reside en la política del miedo que se infunde a estos menores con la amenaza de la repatriación. Como tristemente recalca la profesora Lázaro González, muchos menores escapan de los centros como consecuencia de la repatriación de un menor conocido<sup>101</sup>. Así, quedan

---

<sup>97</sup> Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños”, cit. p. 780.

<sup>98</sup> Unidad de Extranjería de la FGE, Memoria 2016, cit., p. 19.

<sup>99</sup> Acuerdo firmado por Senegal y España el 5 de diciembre de 2006 sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la inmigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección y su reinserción, hecho en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE nº 173, de 18 de julio de 2008).

Protocolo para el desarrollo del acuerdo de cooperación en el ámbito de la protección, repatriación y lucha contra la explotación de los menores rumanos no acompañados en España. Acuerdo con Rumanía de 15 de diciembre de 2005 (BOE nº 195, de 16 de agosto de 2006).

Memorándum con Marruecos de entendimiento sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003.

Acuerdo con Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 (BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2013).

<sup>100</sup> Lázaro González, I. “¿Reagrupación o repatriación?: La política del miedo”, cit., pp. 201-202.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 202-203.

abocados a la irregularidad y a la posible explotación, aumentando su ya elevada vulnerabilidad.

En conclusión, como recoge Durán Ayago<sup>102</sup>:

el interés superior del menor no puede entenderse como un concepto global o general, idéntico para todos. Por eso, lejos de proponer como pauta general esta o aquella política, repatriación o permanencia en el país de acogida, es necesario individualizar, tratar al menor como lo que es, una persona menor de edad en situación de desprotección, y una vez que se haya satisfecho sus necesidades primarias de protección, ayudarle a configurar su proyecto de vida, teniendo siempre en cuenta su opinión.

---

<sup>102</sup> Durán Ayago, A. “Menor, extranjero y no acompañado: Respuestas (insuficientes) del ordenamiento jurídico español para afrontar su regulación”, en Jiménez Hernández, A. (coord.), *Menores migrantes sin referentes familiares: una perspectiva integral del fenómeno*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2009, pp. 44-45.

#### 4. VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA

En general, es necesario, como propone UNICEF, que la legislación considere a este colectivo en primer lugar como menores, antes que extranjeros; y que se mejore la coordinación entre administraciones<sup>103</sup>. Además, el menor extranjero debería poder contar con una representación legal independiente en todos los procedimientos que le afecten (tanto en la determinación de su edad, como en la declaración de desamparo y en la posible repatriación).

El Comité de Derechos del Niño ha considerado en sus observaciones finales que, en general, el Estado español debe llevar a cabo reformas en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y en el Protocolo Marco para<sup>104</sup>:

Asegurar en todo su territorio la protección jurídica efectiva de los niños no acompañados y velar por que se aplique el principio de no devolución y se tenga en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, e impartir a los profesionales pertinentes formación y orientación adicionales sobre la determinación del interés superior del niño.

Es muy destacable que se haya aprobado muy recientemente dos Proposiciones No de Ley en el Congreso de los Diputados por parte de la Comisión de Derechos de la Infancia y la Adolescencia que recoge, entre otras, muchas de las recomendaciones que se presentan seguidamente, lo cual demuestra, una vez más el aumento de la importancia y preocupación por los derechos de este colectivo en nuestro país<sup>105</sup>.

Por otro lado, es indispensable garantizar que se respete su derecho a ser oído en todos los procedimientos que le afecten, ya que para conocer cuál es el mejor interés del

---

<sup>103</sup> UNICEF, *Ni ilegales ni invisibles*, Etnia Comunicación, Madrid, 2009 (Disponible en [https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_UNICEF\\_CGAE\\_2009.pdf](https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf); última consulta 20/03/2018).

<sup>104</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, Comité de los Derechos del Niño, 5 de marzo de 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6), (Disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/ESP/CO/5-6&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/ESP/CO/5-6&Lang=En))

<sup>105</sup> Proposición no de Ley relativa a impulsar medidas de apoyo y protección a los menores extranjeros no acompañados (núm. Expte. 161/001190), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista y publicada en el BOCG, serie D, núm. 93, de 26 de enero de 2017.

Proposición no de Ley relativa a la protección de los derechos de los niños extranjeros no acompañados (menores extranjeros no acompañados) (núm. Expte. 161/002170), presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y publicada en el BOCG, serie D, núm. 248, de 15 de noviembre de 2017.

menor, es necesario que él mismo participe progresivamente en la determinación del mismo, de acuerdo con el artículo 12 CDN, 9.1 LOPJM y 92.2 CC<sup>106</sup>.

Se trata de integrar la consideración de los deseos, opiniones, aspiraciones... del menor en el haz de factores previos y necesarios para la determinación de su interés en el caso concreto, y de hacerlo de forma progresiva en el tiempo y de acuerdo con la edad de cada menor.

Las conocidas dificultades para determinar en cada caso lo que sea el interés del menor, el relativismo del concepto, la inevitable influencia en cada decisión de factores metajurídicos ajenos al propio menor... Nos obligan a concluir que el interés del menor no puede hallarse prescindiendo del menor porque en el caso concreto, es en él mismo donde reside su interés.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Apartado A de la Observación General n° 12 (2009) sobre El Derecho del niño a ser escuchado, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 20 de julio de 2009 (CRC/C/GC/12): “15. El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente. [...]26. Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones “en todos los asuntos” que lo afecten. Ello representa examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente.”

Apartado IV.B.3 de la Observación General n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14): “43. La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan [...]”.

Artículo 9 LOPJM: 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

<sup>107</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C., “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento”, cit., p. 92

El derecho a ser oído no solo se cumple garantizando un trámite de audiencia, sino que el niño debe sentirse “respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones”<sup>108</sup>, puesto que “no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno es intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad”<sup>109</sup>. Para ello, es necesario que el niño se sienta apoyado por un tutor, un abogado independiente y un intérprete.

Sin embargo, en cuanto al derecho del menor a ser oído, el Informe del Defensor del Pueblo de 2006 apuntó que, generalmente, las resoluciones no se adoptan habiendo cumplido el trámite preceptivo de audiencia al menor, pues el mismo no se colma al realizar una entrevista inicial al constituir la tutela, sino que debe informarse al menor sobre las cuestiones que le afecten a los efectos de obtener opiniones verdaderamente representativas de la voluntad del menor. Además, las resoluciones que le afectan no se le notifican en muchas ocasiones. De ahí que la única manera de garantizar que su derecho a ser oído se respete es permitiendo que cuenten con asistencia letrada independiente<sup>110</sup>.

No es hasta 2005 cuando el Defensor del Pueblo en su Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España<sup>111</sup>, pone de manifiesto la necesidad de que el menor sea asistido por un letrado para la defensa de sus intereses, ante la sintonía existente entre las dos administraciones responsables del menor<sup>112</sup>. El derecho a la asistencia letrada se entiende incluido en el art. 11.1 LOPJM que establece: “Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen”. Sin embargo, organizaciones sociales como Fundación Raíces, denuncian que se sigue vulnerando el derecho fundamental a ser oído de estos menores, provocándoles situaciones de indefensión, ya que la Administración no les notifica las resoluciones y mantienen ocultos a los menores los expedientes<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> Observación General nº 12 (2009) sobre El Derecho del niño a ser escuchado, cit., párrafo 23.

<sup>109</sup> Observación General nº 12 (2009) sobre El Derecho del niño a ser escuchado, cit., párrafo 34.

<sup>110</sup> Martínez García, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del defensor del pueblo” cit., p. 49.

<sup>111</sup> Defensor del Pueblo, *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2005 (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/1994-01-Situación-jur%C3%ADdica-y-asistencial-de-los-extranjeros-en-España.pdf>)

<sup>112</sup> Martínez García, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del defensor del pueblo” cit., p. 48.

<sup>113</sup> Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, *Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, cit., p. 27.

## 4.1 Pruebas de determinación de la edad

### 4.1.1 Pruebas médicas de determinación de la edad

En cuanto a la efectividad y fiabilidad del Atlas Greulich y Pyle, utilizado para determinar la edad de los migrantes a partir de una radiografía de la muñeca, hay que realizar dos críticas: su elevado margen de error y el hecho de basarse en estudios de población de otras características<sup>114</sup>.

Así, por un lado, hay que tener en cuenta que dicho Atlas se elaboró en los años 30, teniendo en cuenta radiografías de la muñeca y mano izquierda realizadas a un segmento de la población de entre 10 y 19 años proveniente del este de Europa, todos de raza blanca y de familias adineradas, cuyo objetivo no era la determinación de la edad, sino la detección de patologías<sup>115</sup>, el desarrollo óseo de este segmento de población es distinto al que puede existir en la población subsahariana, que cuenta con realidades socioeconómicas y raciales propias que repercuten en su desarrollo. Por otro lado, la prueba no es del todo fiable, pues muestra un margen de error de en torno a dos años aproximadamente, siendo esta una horquilla de edad nada satisfactoria<sup>116</sup>. Esto implicaría que, un extranjero cuya edad fuese determinada en 18 años, podría en realidad tener 16 y tratarse de un menor de edad con derecho a protección. Sin embargo, estas dos precisiones no son tenidas en cuenta por las Fiscalías de Menores a la hora de fijar la edad de estos jóvenes. Además, los informes elaborados por los médicos

---

<sup>114</sup> Para profundizar en el tema, ver: Garamendi, P.M.; Bañón, R.; Pujol, A.; *et al.* “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”. *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, n. 3, 2011, pp. 16-23;

Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados “Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”. *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, n.1, 2011, pp. 5-6;

Punto 15 de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE [2012/2263(INI)];

Defensorías del Pueblo: Informe del Defensor del Pueblo de España «¿Menores o adultos? Procedimiento para la determinación de la edad»;

Resolución del Síndic de Greuges de Cataluña sobre el procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados;

Recomendación General del Ararteko 5/2013, de 17 de junio, garantías en la atención a los menores/jóvenes extranjeros no acompañados.

<sup>115</sup> Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Informe sobre la Determinación de la Edad en España. Programa de Menores No Acompañados Solicitantes de Asilo*, Madrid 2002.

<sup>116</sup> Durán Ruiz, F.J., “Los derechos de los MENA: el despertar a su eficacia real a través de la jurisprudencia”, cit., p. 234.

forenses en muchas ocasiones no analizan los propios resultados ni determinan la horquilla de edad, siendo los Fiscales los que se ven obligados a realizar esta labor<sup>117</sup>.

La jurisprudencia también se está pronunciando en este sentido. Cabe citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2017<sup>118</sup>, que recoge lo siguiente:

La prueba Greulich y Pyle se basa en un análisis radiológico de los huesos y la muñeca y la mano izquierda, para su posterior comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de los huesos con diferentes edades. Ahora bien, existe consenso científico en entender que esta prueba no determina con exactitud la edad de una persona, sino que realizan una estimación de la misma con un margen de error que los expertos cifran en una franja de dos años arriba o abajo.

Por eso, la afirmación del informe emitido por los servicios sanitarios a falta de la realización o constancia de otra prueba, indicando que el examinado tenía 19 años no puede ser considerada científica. De hecho, en los informes se suele indicar que, por ejemplo, la edad puede estar comprendida entre los 17 y 19 años y, en tal caso, en aplicación del principio de protección del menor, siempre se opta por la más favorable al menor.

En nuestro caso, a falta de mayor prueba y partiendo del dato de los 19 años, es posible que el solicitante tenga 17 años, que es lo que siempre ha sostenido, insistimos, a falta de mayor prueba o de otro tipo de indicios. Debe quedar claro que no estamos diciendo que esta prueba no sea válida, sino únicamente que en determinadas circunstancias puede no ser suficiente -dado su margen de error- y que, ante la duda, debe optarse siempre por la protección del menor en aplicación del principio de precaución. [...]

Aplicando esta doctrina, esta Sala, ha sostenido que en aplicación del principio de prudencia, debe siempre realizarse una interpretación tendente a la efectiva protección del menor.

En igual sentido se pronunció la STS de 17 de junio de 2013<sup>119</sup>, al afirmar que:

la imprecisión de la prueba no es extraña si tenemos en cuenta que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (la llevada a cabo al solicitante) no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones, [...].

[E]l método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características éticas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses.

---

<sup>117</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C., “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento”, cit., p. 83.

<sup>118</sup> ST Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 9 de octubre de 2017, Rec. 353/2016.

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013 (Rec. 4353/2012)

En general, “no existe aún un método científico capaz de determinar con total exactitud la edad”<sup>120</sup>, y los resultados del método utilizado llevan a una gran inseguridad jurídica y falta de certeza. La fiabilidad de los resultados de estas pruebas ha sido ampliamente puesta en cuestión por la comunidad científica. El propio Real Colegio de Pediatría del Reino Unido ha aconsejado a sus miembros que solo participen en estas pruebas cuando se trate de cuestiones penales, pues las mismas no son todo lo exhaustivas que los estándares médicos requieren<sup>121</sup>. Incluso se ha celebrado una Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no acompañados, que ha tenido como resultado un Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España que considera que la valoración debe incluir entrevista, exploración física, examen radiológico del carpo y ortopantomografía dental, incluso pudiendo complementarse con radiografía o tomografía computarizada de la epífisis proximal de la clavícula<sup>122</sup>. Asimismo, el Grupo de Trabajo recomienda que sea la autoridad judicial la que tome la decisión sobre la mayoría de edad y que los informes médicos incluyan en todo caso el intervalo de variabilidad normal de la edad, debiendo ser la estimación final la edad el margen mínimo dentro de la horquilla. Es más, en caso de discrepancia entre los resultados de varias pruebas, habrá que atender a la que arroje un menor resultado.

Es muy destacable que en las Observaciones finales al examen de España del Comité de los Derechos del Niño se insta a:

Elaborar un protocolo uniforme sobre los métodos de determinación de la edad para todo el territorio del Estado parte, que tenga un carácter multidisciplinario y sea respetuoso con los derechos humanos y se utilice únicamente en casos de graves dudas acerca de la edad comunicada y considerando las pruebas documentales u otros tipos de pruebas disponibles<sup>123</sup>.

Amnistía Internacional, entre otras ONG, no recomienda el uso de estas pruebas de determinación de la edad, pues no tiene en cuenta los “aspectos raciales, étnicos,

---

<sup>120</sup> Durán Ruiz, F.J., “Los derechos de los MENA: el despertar a su eficacia real a través de la jurisprudencia”, cit., p. 234.

<sup>121</sup> Martínez García, B.J., “Los menores en la nueva Ley de Asilo y de la Protección Subsidiaria. Logros y retos para el nuevo reglamento” en Claro Quintans, I. y Lázaro González I. (coords.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, cit., p. 109.

<sup>122</sup> Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados “Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”, cit., pp. 5-6.

<sup>123</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, cit.

nutricionales, psicológicos y culturales que influyen en el desarrollo del niño” y, en caso de utilizarse, “debería aplicarse el principio del Interés Superior del Menor en el momento de dar por válido el resultado que más favorezca los intereses del menor”<sup>124</sup>.

El Informe Anual del Defensor del Pueblo de 2016, a la luz de las quejas presentadas, acredita la existencia de casos en que únicamente se practica una radiografía del carpo, sin realizar otras pruebas complementarias y en los que los informes radiológicos no incluyen la horquilla de edad ni informan sobre los márgenes de error<sup>125</sup>.

La exigencia que supone velar por el interés superior del menor se concreta en la presunción de minoría de edad y en la adopción de la edad más baja posible de la horquilla establecida por los resultados. Es decir, si los resultados muestran una edad de 16 a 18 años, debería considerarse que el extranjero tiene 16 años, máxime si la minoría de edad coincide con la edad recogida en los documentos que aporte el menor. La norma debería ser más garantista y establecer taxativamente que los forenses fijen la horquilla de edad, dado el conocimiento que se tiene del margen de error.

Incluso el propio Comité de Derechos del Niño ha expresado su “preocupación sobre los métodos utilizados para determinar la edad de dichos niños”<sup>126</sup> y ha denunciado que los métodos utilizados en España para determinar la edad no tienen en cuenta variables muy determinantes en el desarrollo<sup>127</sup>. Suscribo la recomendación de La Merced Migraciones de no utilizar con carácter exclusivo la técnica Greulich y Pyle<sup>128</sup> pero, además, el Estado debería invertir en la investigación de un método que tenga en cuenta numerosos factores de análisis: físicos, psicológicos, culturales y de desarrollo<sup>129</sup>. Asimismo, las Defensorías del Pueblo añaden que las pruebas deben realizarse con el asesoramiento de expertos independientes y tecnología moderna que tenga en cuenta

---

<sup>124</sup> Vidal Lij, J.I., Arriola Hernández, M., “Todo por el interés superior del menor, pero sin el menor. Preocupaciones de Amnistía Internacional respecto a los menores ante el futuro reglamento de asilo” cit., p. 187

<sup>125</sup> Defensor del Pueblo, *Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales*, cit., p. 253.

<sup>126</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, cit., párrafo 23.

<sup>127</sup> Observaciones finales a España sobre el Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, 3 de noviembre de 2010, párrafo 59 a) (CRC/C/ESP/CO/3-4) Disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/Observaciones.pdf>

<sup>128</sup> De la Mata Guitérrez, J.I., de la Rasilla, M. “Cautelas en torno a las pruebas de la determinación de la edad de los menores solicitantes” en Gruben, S. y De Gasperis, M.T. (coords.), *Aproximación a la Protección Internacional de los Menores no Acompañados en España*, La Merced Migraciones, Madrid, 2009, p. 138.

<sup>129</sup> Durán Ayago, A. “Menor, extranjero y no acompañado: Respuestas (insuficientes) del ordenamiento jurídico español para afrontar su regulación”, cit., p. 47.

factores físicos, psicológicos y sociales, tomando como edad la menor resultante de las pruebas realizadas<sup>130</sup>. Finalmente, la Declaración de Buenas Prácticas del SCEP también establece que los procedimientos de determinación de la edad deben únicamente utilizarse como última medida, y nunca indiscriminadamente, siempre que tras estudiar la documentación y realizar entrevistas al menor sea imposible determinar su edad. También añade, como el resto de organizaciones, que el procedimiento debe ser multidisciplinar, incluyendo factores físicos, psicológicos, medioambientales, culturales y de desarrollo; y teniendo en cuenta que la determinación de la edad no es una ciencia exacta, con lo que debe concederse el beneficio de la duda a los individuos cuya edad esté siendo determinada. Finalmente, considera que las pruebas nunca deben ser inapropiadas culturalmente, teniendo en consideración el contexto cultural de los menores y el respeto a su dignidad.

Por otro lado, respecto al contenido de la Consulta FGE 1/2009, de 10 de noviembre, me gustaría resaltar la conveniencia de que el menor, a la hora de prestar el consentimiento, pueda acudir acompañado de un abogado y de un intérprete, de modo que se garantice la comprensión por el mismo de todos los extremos informados por el fiscal, algo que siendo obvio no se garantiza actualmente. Asimismo, en cuanto a la segunda conclusión, cuando los menores se niegan al sometimiento a las pruebas, porque las organizaciones sociales les informan de que, seguramente, resultarán de mayoría de edad, se dicta directamente un Decreto de mayoría de edad. No es meramente un indicio, sino que resulta concluyente para la Fiscalía, en vez de aplicar la presunción de minoría de edad. Algunos autores, como Palma del Teso o Fábrega Ruiz, proponen, en caso de que el menor se niegue a someterse a las pruebas, la intervención del Juez<sup>131</sup>. Hay que tener en cuenta que la negativa no coincide siempre, como lo interpreta la Administración, con una intención fraudulenta, sino que puede venir motivada por una falta de entendimiento del porqué de las pruebas o de una cuestión cultural<sup>132</sup>. La consideración de que el extranjero es mayor de edad solo por su negativa

---

<sup>130</sup> Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los menores no acompañados, octubre de 2006 (disponible en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2172/43\\_Leon%20menors.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2172/43_Leon%20menors.pdf); última consulta 27/03/2018).

<sup>131</sup> Madrigal Martínez-Pereda, C., “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento”, cit., p. 87

<sup>132</sup> Martínez García, B.J., “Los menores en la nueva Ley de Asilo y de la Protección Subsidiaria. Logros y retos para el nuevo reglamento” cit., p. 109.

a someterse a las pruebas, a pesar de portar documentación válida de minoría de edad, no resulta, a mi juicio, aceptable.

#### *4.1.2 Casos en que se realizan pruebas de determinación de la edad*

Asimismo, es necesario modificar la consideración que tiene actualmente la documentación que portan los menores. La interpretación extensiva realizada por la FGE de la LOEx, al considerar como indocumentados a extranjeros que portan documentación pero que a su juicio “presenta indicios de falsedad”, es una valoración subjetiva, pues en todo caso la Fiscalía puede considerar que a su juicio existen visos de falsedad, cuando la falsedad documental debería siempre y en todo caso verificarse judicialmente, máxime cuando tiene unas consecuencias jurídicas tan graves como la determinación de la edad de un posible menor.

El gran defecto de la Circular 2/2006 es que resulta arbitraria e imprecisa, pues deja en manos de la Fiscalía la determinación de la validez o no de la documentación identificativa, produciéndose un abuso e indefensión del menor al recurrir al uso de las pruebas médicas de forma casi automática. La circular no establece ningún mecanismo por el que la Fiscalía deba acreditar la validez de la documentación, cuando resulta muy sencillo solicitar su autenticación al Consulado del país de origen, algo que en la práctica no se hace. La determinación de la validez o invalidez documental debería establecerse por un juez, o la circular debería determinar un procedimiento objetivo y con garantías para determinar la validez documental.

Así las cosas, a la valoración de la Fiscalía se le concede prioridad frente a los documentos de los menores, a los que se somete a pruebas de determinación de la edad, sin otorgar ningún valor a su documentación, la cual no se persigue judicialmente en procedimientos penales. Las pruebas de determinación de la edad se hacen sobre la base de dos valoraciones subjetivas: una relativa a la falsedad de la documentación y otra a su apariencia. Las pruebas médicas de determinación de la edad únicamente deberían llevarse a cabo cuando los menores se encuentran indocumentados o cuando su documentación presenta indicios de falsedad y dicha falsedad sea debidamente comprobada<sup>133</sup>. En cualquier otro caso, la documentación debe prevalecer sobre las pruebas médicas de determinación de la edad a la vista de su elevado margen de error.

---

<sup>133</sup> Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Santander, de 6 de mayo de 2004 (AC 2004\821)

Además, actualmente, los menores extranjeros no acompañados solo cuentan con asistencia letrada independiente en los procedimientos de repatriación. Parece necesario el nombramiento de un representante legal independiente para cada menor (del turno de oficio) desde su localización, por la ya demostrada existencia de un conflicto de intereses entre el menor y la Administración que le tutela (o es su potencial tutor) en el procedimiento de determinación de la edad. De igual manera que se consiguió, a través de dos sentencias del Tribunal Constitucional (Sentencia 183/2008, de 22 de diciembre de 2008, Sala Primera<sup>134</sup>; Sentencia 184/2008, de 22 de diciembre de 2008, Sala primera<sup>135</sup>) que en los procedimientos de repatriación se reconociera el derecho del menor a ser escuchado, directamente o mediante un representante, es necesario que dicha cobertura sea extendida a los procedimientos de determinación de la edad<sup>136</sup>.

Por último, en cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo que ha inadmitido el recurso contra el Protocolo Marco, hay que entender que dicha desestimación de ningún modo valida el contenido del Protocolo Marco, que es manifiestamente mejorable por arbitrario e impreciso, y deja patente lagunas en la legislación. Si la LOEx y el RLOEx estableciesen procedimientos claros y detallados de determinación de la edad, que fuesen objetivos y garantistas para los menores, no se habría dado la necesidad de regulación mediante un Protocolo Marco que afecta de tal manera a este colectivo, generando una manifiesta indefensión.

#### *4.1.3 Irrecurribilidad de los decretos de Fiscalía de determinación de la edad*

En cuanto a los decretos de determinación de la edad, a pesar de que la Circular 2/2006 establece que la decisión del Fiscal puede revisarse mediante la aportación de otras pruebas, se entiende que, no aceptando como prueba documentos sin datos biométricos, el único documento que podría aportar el menor es un Pasaporte. Normalmente, los menores que llegan a nuestro país no disponen del mismo, y lo obtienen una vez se

---

y Sentencia núm. 424/2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo) de 10 de marzo (Rec. 2560/2002, JUR 2006\207666).

Defensor del Pueblo, *Informe anual 2008 y debates en las Cortes Generales*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2009 (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2008informe.pdf>; última consulta 22/03/2018).

<sup>134</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2008, de 22 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009). Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6415>.

<sup>135</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2008, de 22 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009). Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6416>.

<sup>136</sup> Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, *Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, cit., p. 35.

encuentran en España. Sin embargo, cuando proceden a solicitar la revisión del Decreto con su nuevo Pasaporte (que sí tiene datos biométricos), la Fiscalía no lo acepta por haber sido obtenido a partir de los documentos que inicialmente portaba el menor. La pregunta aquí es clara: ¿qué puede presentar el menor ante la Fiscalía para ser considerado como tal, si no se aceptan sus documentos, ni siquiera su Pasaporte válidamente expedido por las autoridades de su país de origen (en representación diplomática)? ¿Qué sentido tiene que en nuestro Estado existan representaciones diplomáticas y, en concreto, secciones consulares, que no pueden ejercer sus funciones de protección a sus ciudadanos? En realidad, la Administración española está requiriendo una *probatio diabolica* que acaba menoscabando el interés superior del menor, al solicitar documentos que sólo se expiden en el país de origen, no pudiendo el menor obtenerlos.

Finalmente, en cuanto a la irrecorribilidad de los Decretos de la Fiscalía, deberían articularse mecanismos legales de recurso directo frente a los mismos, en un procedimiento con todas las garantías.

En conclusión, para hacer posible el principio de prevalencia de los derechos del menor, es imprescindible que desde que se localiza a un posible menor extranjero y se le pone a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores, incluso cuando esté indocumentado y hasta que se establezca con garantías su edad y mientras dure el procedimiento, el menor debe estar asistido por un abogado de oficio especializado en menores no acompañados así como por un intérprete.

Solo en el caso de que esté indocumentado, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede iniciarse un procedimiento de determinación de la edad, dando a los resultados del mismo la credibilidad que merecen en consideración al margen de error de la metodología empleada. En todo caso, antes de someter a los menores a las pruebas, las autoridades deberían ponerse en contacto con las representaciones diplomáticas de los países de origen para solicitar su identificación y documentación<sup>137</sup>. Además, la determinación de la edad debería realizarse a través de pruebas multidimensionales y multidisciplinarias, mediante métodos científicos seguros, adaptados a las características del menor, que respeten su sensibilidad, su dignidad humana y su interés superior.

---

<sup>137</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, cit. p. 5.

## **4.2 Situación de desamparo y estancia en los centros de protección de menores**

### *4.2.1 Situación de desamparo*

En cumplimiento de la legislación, el menor debe ser declarado en desamparo desde el momento en que es identificado por la Autoridad, pues se encuentra solo en territorio español, sin contar con un adulto que le acompañe y le asista moral o materialmente. No hay dudas de que su situación se subsume en el artículo 172 CC que dispone que la situación de desamparo “se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Es obligación del Estado, cumplir con la legislación española y, atendiendo al interés superior del menor, declarar el desamparo de estos menores en todo caso, y hacerlo correctamente, por escrito y con fecha, lo que por mala praxis habitualmente no se cumple.

### *4.2.2 Estancia en los centros de protección*

Cuando se declara el desamparo debe asumirse la tutela de forma automática, de modo que se garantice la no existencia de menores en los centros de protección que no se encuentren tutelados formalmente. Además, en ese mismo momento:

- Debe nombrarse un representante legal independiente para el menor. En alguna ocasión los tribunales han considerado que existía un conflicto de intereses entre el menor y la Entidad Pública que ha asumido su tutela, debiendo entonces nombrar un defensor judicial para el menor. Aunque inicialmente dicha figura solo estaba pensada para un posible conflicto de intereses entre el hijo y los padres o el tutelado y el tutor, no habiéndose previsto expresamente para los casos de tutela administrativa, sí se ha reconocido judicialmente y se antoja necesario que se nombre un representante legal independiente para el menor en todos los casos<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006.

- Deben instarse por parte de la Administración la documentación del menor, aunque fuere con carácter provisional a resultas del procedimiento de determinación de la edad, solicitando la expedición de la autorización de residencia a la Delegación del Gobierno, no debiendo esperar ningún plazo. Asimismo, si el menor está en edad de trabajar debe solicitarse la autorización de trabajo y, finalmente, una vez transcurridos dos años desde el inicio de la tutela (siempre que el menor continúe tutelado) debe ser la propia administración la que inste o informe al menor de la posibilidad de solicitar la nacionalidad española.

La propia Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Niños Separados en Europa (SCEP) establece la necesidad de nombrar un defensor independiente para asesorar a estos niños nada más son identificados, independientemente de que se realice posteriormente una prueba de determinación de la edad<sup>139</sup>.

Debe regularse la prioridad del acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial también para estos menores, sin hacer distinción con los menores de nacionalidad española. De acuerdo con el art. 21.3 LOPJM el acogimiento residencial es subsidiario respecto del familiar. Sin embargo, en el caso de los menores extranjeros, la mala praxis administrativa revela que prácticamente la totalidad son derivados a centros de protección. Si bien es cierto que existen menos plazas en la modalidad de acogimiento familiar y que, evidentemente, no cubren las necesidades totales de acogimiento, al menos debería legislarse en este sentido e incluir una provisión específica para los menores extranjeros que estableciese la preferencia del acogimiento familiar sobre el residencial. El hecho de que los menores extranjeros sean destinados a un acogimiento residencial vulnera el artículo 2 CDN en tanto en cuanto es una medida discriminatoria respecto a los menores españoles.

Además, no deberían existir centros de protección específicos para este colectivo, pues acaban convirtiéndose en guetos donde la integración no es posible. Los menores extranjeros deberían ser distribuidos en los recursos residenciales ordinarios existentes para todos los menores nacionales y extranjeros en el sistema de protección.

---

<sup>139</sup> SCEP. *Statement of Good Practice*, Separated Children in Europe Program, Copenhagen, 2009. Disponible en [www.separated-children-europe-programme-org](http://www.separated-children-europe-programme-org).

Desde el momento de la declaración de desamparo, cuando el menor entra en el sistema de protección, se debe realizar una determinación formal del interés superior de cada niño, para identificar las necesidades concretas, y posibles situaciones de vulnerabilidad como trata o asilo. Es necesario buscar una solución duradera adecuada para cada niño, que pueda perseguir un proyecto vital. Como afirma Antonia Durán, para concretar el interés superior del menor de una manera objetiva es necesario observar particularmente la situación de cada uno de ellos, “[e]s necesario analizar cuál ha sido su proceso migratorio, qué circunstancias han determinado su viaje, qué pretende encontrar en el país de acogida, en qué contexto familiar se integra, y un largo etcétera que permita realizar una composición lo más adaptada posible a su realidad”<sup>140</sup>.

Asimismo, las organizaciones sociales denuncian una situación de “maltrato institucional”<sup>141</sup>, recomendando el establecimiento de mecanismos de prevención, detección, control y denuncia accesibles ante las situaciones de violencia en los centros de protección. El Comité de Derechos del Niño, en el último examen realizado a España ha recomendado lo siguiente: “Establecer centros de recepción para niños que estén adaptados a las necesidades de estos y cuenten con mecanismos de denuncia accesibles y efectivos, e investigar a fondo todos los casos de vulneraciones de los derechos de los niños”<sup>142</sup>.

En casos de abandono de los recursos residenciales, Fundación Raíces recomienda que, cuando los menores desaparezcan, la Administración tenga la obligación de hacer un seguimiento -en la medida de lo posible- de los mismos<sup>143</sup>.

Deben existir mecanismos de integración social adecuados mientras dure la tutela que se prolonguen cuando cumplan la mayoría de edad durante un periodo razonable, para que el menor pueda integrarse de forma completa y cumplir su proyecto vital, existiendo la opción, por ejemplo, de impulsar su formación mediante el acceso a los centros educativos de titularidad pública; algo impensable actualmente para los menores extranjeros. Debe existir un seguimiento y apoyo una vez finalizada la tutela que garantice su integración en la sociedad de una manera digna en evitación de su

---

<sup>140</sup> Durán Ayago, A. “Menor, extranjero y no acompañado: Respuestas (insuficientes) del ordenamiento jurídico español para afrontar su regulación”, cit., p. 45.

<sup>141</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, cit. p.8.

<sup>142</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, cit.

<sup>143</sup> Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, cit. p. 8.

marginalidad y reclusión en guetos, lo que a la postre supondrá una lacra en nuestro entorno.

Por otro lado, se detecta que uno de los mayores problemas para la integración es la ausencia de intérpretes en los centros de protección. Sin estos, los menores no pueden expresarse libremente y crear un vínculo de confianza, lo que además vulnera el derecho a ser oído del menor.

En conclusión, el sistema de atención que se ofrece a los menores es inadecuado a la hora de abordar su situación, y ello deriva en dificultades para desarrollar programas formativos y educativos que en muchas ocasiones termina en huidas de los centros. Es el sistema de protección el que tiene que adaptarse a la situación particular de estos menores<sup>144</sup>. Como recomienda UNICEF, la tutela no debe consistir únicamente en una “prestación de servicios”, sino que la Administración “debe erigirse en verdadero tutor de estos menores y apostar por la recuperación de sus derechos y su integración efectiva”<sup>145</sup>.

### **4.3 Reagrupación o repatriación**

El Comité de Derechos del Niño ha llamado la atención a España instándole a “poner fin a la práctica de la devolución automática de algunos niños, velando por que todos los procedimientos y criterios sean acordes con su condición de niños y con la legislación nacional e internacional”<sup>146</sup>.

En esta óptica es imprescindible estudiar pormenorizadamente, a la luz del interés superior del menor, cada caso antes de tomar la decisión de repatriación, para poder conocer qué es lo que más le conviene. En todo caso, puede considerarse como mejor opción la permanencia en España<sup>147</sup>. Hay que tener en cuenta que el interés superior del menor “no es siempre y en todos los casos, la reunión con su propia familia”<sup>148</sup>.

Para conseguir estos objetivos, acercando la legislación nacional a lo estipulado en los convenios internacionales suscritos por España, sería conveniente reformar el artículo

---

<sup>144</sup> Mayoral Narros, I.V., Frías Fiel, T., Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M, “El acogimiento residencial”, cit., p. 215.

<sup>145</sup> UNICEF, *Ni ilegales ni invisibles*, cit., p. 140

<sup>146</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, cit.

<sup>147</sup> Martínez García, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del defensor del pueblo” cit., p. 43.

<sup>148</sup> Benlloch Sanz, P. “Reflexiones a vuela pluma sobre los MENA desde una perspectiva laboral” cit., p. 167.

35.5 LOEx para sustituir “la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España” por algo similar a: “la Administración del Estado, en determinación del superior interés del menor, optará entre el retorno a su país de origen o la permanencia en España”. Sería totalmente recomendable la inclusión de la consideración del interés del menor en este aspecto, pues en dicho apartado únicamente se menciona el interés del menor una vez se ha decidido la repatriación, para determinar el modo en que se efectuará.

A este respecto se suscriben las recomendaciones de Human Rights Watch:

Antes de realizar cualquier propuesta o tomar una decisión de repatriación, determinar formalmente el interés superior del menor, de acuerdo con las directrices del ACNUR sobre la determinación formal del interés superior del niño y la Observación General Número 6 del Comité de los Derechos del Niño.

Realizar un análisis pormenorizado e individualizado para determinar si una repatriación supondría o no que el menor estuviera expuesto al riesgo de ver violados sus derechos fundamentales o de que pudieran darse persecuciones o abusos dirigidos contra el menor o su familia.<sup>149</sup>

Si bien es cierto que el número de repatriaciones ha descendido, ello es porque, como afirma UNICEF<sup>150</sup>, se han impugnado numerosas repatriaciones irregulares y porque la Administración cada vez más trata de respetar las garantías del menor durante el procedimiento. Sin embargo, también hay que recordar el sufrimiento emocional y la inseguridad que supone para estos menores tener un expediente de repatriación abierto hasta el momento en que se resuelve, máxime teniendo en cuenta que se produce a una edad en la que se está conformando la personalidad del individuo, lo que marca sin duda su futuro como persona en el más amplio significado del término.

En cuanto al necesario trámite de audiencia, este se deriva de que el problema en cuanto a las repatriaciones es que “la Administración autonómica que declara el desamparo y la Delegación o Subdelegación del Gobierno que ordena la repatriación suelen estar en sintonía”<sup>151</sup>. Por ello se hace necesario garantizar el trámite de audiencia del menor, pues existe un claro conflicto de intereses entre el menor tutelado y la administración

---

<sup>149</sup> Human Rights Watch, “Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, *Human Rights Watch*, 17 de octubre de 2008 (Disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2008/10/17/retornos-cualquier-precio/espana-insiste-en-la-repatriacion-de-menores-extranjeros>; última consulta 15/03/2018).

<sup>150</sup> UNICEF, *Ni ilegales ni invisibles*, cit., p. 135.

<sup>151</sup> Martínez García, C. “Los menores extranjeros no acompañados en los informes del defensor del pueblo” cit., p. 43.

tutor, que en la práctica suele propiciar la repatriación sin tener en cuenta el interés superior del menor<sup>152</sup>. La norma debería establecer que la Administración nombrase siempre un defensor judicial de carácter independiente y neutral, que garantice el cumplimiento de los Convenios Internacionales suscritos velando por el interés superior del menor y le represente en los procedimientos administrativos y, en su caso, judiciales, de repatriación, salvo si el menor tiene capacidad suficiente, siendo considerado un menor maduro, y pudiendo por tanto comparecer en juicio y nombrar abogado que lo represente<sup>153</sup>. El nombramiento de un representante legal independiente es también una recomendación de Human Rights Watch<sup>154</sup>.

En dicho procedimiento se debe cumplir con el trámite de audiencia al menor, tanto porque así lo establece<sup>155</sup>:

- El artículo 12 CDN, desarrollado en la Observación General nº 6.
- El artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- El artículo 9 LOPJM que reconoce el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.
- El artículo 194 RLOEx.
- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que establece que sin garantizar el derecho a ser oído de los menores no se garantiza su tutela judicial efectiva. En definitiva, la no audiencia del menor, siempre que tuviere juicio suficiente, constituye una vulneración del art. 24.1 CE (STC 221/2002, de 25 de noviembre, STC de 22 de diciembre de 2008 y Auto de 17 de septiembre de 2007).

De acuerdo con el Defensor del Pueblo, el derecho a ser oído no solo se garantiza con preguntarle al niño su opinión, sino que debe ser también informado sobre sus derechos, las circunstancias en que se encuentra, las decisiones que pueden acordarse y afectarle y

---

<sup>152</sup> Lázaro González, I. “¿Reagrupación o repatriación?: La política del miedo”, cit., p. 199.

<sup>153</sup> Durán Ruiz, F.J., “Los derechos de los MENA: el despertar a su eficacia real a través de la jurisprudencia”, cit., p. 255.

<sup>154</sup> Human Rights Watch, “Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, cit.

<sup>155</sup> Sánchez-Covisa Villa, J., “El papel del Ministerio Fiscal en la situación de los menores extranjeros no acompañados [doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el artículo 35 LOEX], cit., p. 69.

los medios de recurso de que dispone<sup>156</sup>. En cuanto al cumplimiento del trámite de audiencia, organizaciones como Mensajeros de la Paz y Save the Children, denuncian que no se tiene en cuenta la opinión del niño, pues la decisión de la repatriación ya se ha adoptado antes de ser oído<sup>157</sup>. Human Rights Watch considera que se debe “crear un mecanismo que garantice el derecho de todo menor a ser oído durante un procedimiento de repatriación en presencia del abogado independiente”<sup>158</sup>.

Asimismo, numerosas organizaciones sociales e incluso la jurisprudencia española, han puesto de manifiesto que existen “malos tratos por parte de las autoridades españolas y marroquíes en el contexto de expulsiones, expulsiones sistemáticas, desprotección de menores abandonados en zonas fronterizas o menores que viven en la calle”<sup>159</sup>. Amnistía Internacional denunció en 2007 la existencia de expulsiones de menores extranjeros, “disfrazadas” de reagrupaciones familiares, existiendo al menos 11 sentencias de los años 2006 y 2007 en las que se recurrían estas repatriaciones y los jueces se pronunciaron sobre las irregularidades en los procedimientos, al no informar a los menores del inicio del procedimiento, no notificarles la resolución del mismo, la vulneración del derecho a ser oído o incluso no se investiga adecuadamente la situación del menor y de su familia en su país de origen<sup>160</sup>. Por su parte, Human Rights Watch denuncia la falta de representación legal independiente para los menores en el procedimiento y casos repetidos en que se ha repatriado a menores a países donde se encontraron en situaciones de riesgo<sup>161</sup>.

Por último, en cuanto a los acuerdos bilaterales de repatriación, Human Rights Watch recomienda que se dote de transparencia a su implementación, publicando informes periódicos<sup>162</sup>.

---

<sup>156</sup> Defensor del Pueblo, *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., y Mayoral Narros, I.V., Frías Fiel, T., Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M, “El acogimiento residencial”, cit., p. 214.

<sup>157</sup> Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B., “La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España”, cit., p. 29.

<sup>158</sup> Human Rights Watch, “Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, cit.

<sup>159</sup> Lázaro González, I. “¿Reagrupación o repatriación?: La política del miedo”, cit., pp. 185-192.

<sup>160</sup> Amnistía Internacional, “Amnistía Internacional denuncia expulsiones encubiertas de menores no acompañados”, *Amnistía Internacional*, 25 de octubre de 2007 (Disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/amnistia-internacional-denuncia-expulsiones-encubiertas-de-menores-no-acompanados/>; última consulta 14 de marzo de 2018).

<sup>161</sup> Human Rights Watch, “Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, cit.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

La Declaración de Buenas Prácticas del SCEP va incluso más allá, al recomendar que cuando el interés superior del menor establezca que la reunificación familiar debe tener lugar en el país de acogida, se deben garantizar permisos de entrada y residencia a los miembros de la familia del menor. Esta medida actualmente es impensable en la práctica administrativa española pero, realmente, sería lo adecuado a la luz del interés superior del menor, que debe prevalecer sobre cualquier otro interés concurrente.

## 5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Como recomienda UNICEF<sup>163</sup>, la legislación española y europea en materia de menores extranjeros no acompañados está obsoleta y debe adecuarse a la Convención sobre los Derechos del Niño, priorizando el interés superior del menor sobre el orden público de extranjería. Es necesario asimismo uniformizar la regulación española y realizar un esfuerzo de coordinación entre todos los organismos intervinientes, pues existen divergencias significativas entre las Comunidades Autónomas, así como desajustes entre la legislación y la práctica administrativa, lo que hace que los sistemas de protección sean ineficientes y que las garantías jurídico-procesales en los procedimientos no se cumplan.

Tal y como se ha analizado, la regulación de la protección de los menores extranjeros no acompañados no otorga seguridad a los mismos, pues no se establece con claridad el momento en que deben ser declarados en desamparo ni en que, por tanto, se puede tramitar la residencia y nacionalidad. Además, la terminología sobre las figuras de protección debe ser empleada uniformemente en toda la legislación, cosa que como hemos visto, no ocurre.

Asimismo, parece necesario eliminar los dos grandes conflictos de intereses existentes derivados de que la ley arroke al Ministerio Fiscal la potestad de determinar la edad de estos menores y que a la vez sea la institución que debe velar por sus intereses como menores; y el derivado de que en la Administración Pública concurren el deber de protección del menor en desamparo y el de velar por el orden público de extranjería<sup>164</sup>.

La mayor deficiencia del sistema se encuentra en el procedimiento de determinación de la edad, pues el Decreto de Determinación de la Edad debería ser directamente recurrible y debería dejar de denominarse “medida provisionalísima”, cuando dicha resolución tiene consecuencias permanentes e irreversibles como la salida del sistema de tutela y la devolución de menores de edad a sus países de origen. Además, el procedimiento debería ser competencia de la autoridad judicial y basarse siempre en la presunción de minoría de edad.

Por otro lado, una gran dificultad para el análisis de la protección de este colectivo es la falta de datos, si bien esto se ha venido corrigiendo con la implantación del Registro

---

<sup>163</sup> UNICEF, *Ni ilegales ni invisibles*, cit., p. 132.

<sup>164</sup> *Ibidem.*, p. 132

MENA, es necesario mejorar la coordinación entre administraciones para conocer el número exacto de menores extranjeros que hay en España y poder acertar con las políticas y medidas presupuestarias que se adopten. Hay que conocer el número y situación de estos menores para la eficiencia del sistema.

La adecuada protección de este colectivo pasa por finalizar con la preeminencia de las consideraciones de regulación de flujos migratorios y control de fronteras sobre el interés superior de los menores. Es necesario realizar una reforma estructural de todo el sistema de protección, a la luz del interés superior del menor, de modo que todos los derechos reconocidos a estos menores en los instrumentos internacionales firmados por España y en las leyes nacionales, sean efectivamente reconocidos y protegidos en todos los casos, sin discriminar a este colectivo por razón de su procedencia o de encontrarse solos en nuestro territorio.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

### **6.1 Legislación**

Acuerdo firmado por Senegal y España el 5 de diciembre de 2006 sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la inmigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección y su reinserción, hecho en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE nº 173, de 18 de julio de 2008).

Protocolo para el desarrollo del acuerdo de cooperación en el ámbito de la protección, repatriación y lucha contra la explotación de los menores rumanos no acompañados en España. Acuerdo con Rumanía de 15 de diciembre de 2005 (BOE nº 195, de 16 de agosto de 2006).

Memorándum con Marruecos de entendimiento sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003.

Acuerdo con Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 (BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2013).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014) SEC(2010)534 (Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0213>; última consulta 24/03/2018).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE núm. 251, de 3 de octubre de 2003).

Directiva 2004/81/CE de 29 de abril, sobre expedición de permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE núm. 261, de 6 de agosto de 2004).

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 (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

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

Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

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

Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, aprobada el 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/3 – CEC/C/GC/22).

Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, aprobada el 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/4 – CRC/GC/23).

Observación General nº 6 (2005) sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6).

Observación General nº 12 (2009) sobre El Derecho del niño a ser escuchado, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 20 de julio de 2009 (CRC/C/GC/12)

Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,

aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14).

Observaciones finales a España sobre el Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, 3 de noviembre de 2010, párrafo 59 a) (CRC/C/ESP/CO/3-4) Disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/Observaciones.pdf>

Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, Comité de los Derechos del Niño, 5 de marzo de 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6), (Disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/ESP/CO/5-6&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/ESP/CO/5-6&Lang=En))

Proposición no de Ley relativa a impulsar medidas de apoyo y protección a los menores extranjeros no acompañados (núm. Expte. 161/001190), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, serie D, núm. 93, de 26 de enero de 2017).

Proposición no de Ley relativa a la protección de los derechos de los niños extranjeros no acompañados (menores extranjeros no acompañados) (núm. Expte. 161/002170), presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (BOCG, serie D, núm. 248, de 15 de noviembre de 2017).

Protocolo Marco sobre Determinadas Actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados, aprobado por resolución de 13 de octubre de 2014 por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (BOE de 16 de octubre de 2014).

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

Recomendación CM/Rec (2007)9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre proyectos de vida para menores migrantes no acompañados, aprobada por el Comité de Ministros el 12 de julio de 2007 en la reunión número 1002 de los Representantes de los Ministros. Disponible en <https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/Recommendations/CM%20>

[Recommendation%20on%20life%20projects%20for%20unaccompanied%20migrant%20minors\\_es.pdf](#); última consulta 23/03/2018).

Recomendación General del Ararteko 5/2013, de 17 de junio, garantías en la atención a los menores/jóvenes extranjeros no acompañados.

Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C221/03) (DOCE C 221, 19 de julio de 1997).

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI)) (DOUE de 9 de marzo de 2016).

Resolución del Síndic de Greuges de Cataluña sobre el procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Disponible en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2996/RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20PROCESO%20DE%20DETERMINACION\\_revisada%20sinnombres\\_prensa\\_cast.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2996/RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20PROCESO%20DE%20DETERMINACION_revisada%20sinnombres_prensa_cast.pdf)).

## **6.2 Jurisprudencia**

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2008, de 22 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2008, de 22 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009).
- Auto núm. 151/2013, de 8 de julio, del Tribunal Constitucional (Rec. 1051/2013, RTC 2013\151).
- Auto núm. 172/2013, de 9 de septiembre, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional (Rec. 952/2013, RTC 2013\172).

### TRIBUNAL SUPREMO:

- Sentencia 453/2014 (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 23 de septiembre (Rec. 1382/2013, RJ 2014\4839).

- Sentencia 452/2014 (Sala de lo Civil), de 24 de septiembre de 2014, (Rec. 280/2013, RJ 2014\4689).
- Sentencia 11/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 16 de enero de 2015, (Rec. 1406/2013, RJ 2015/121)
- Sentencia 13/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 16 de enero de 2015 (Rec. 214/2014, RJ 2015/122).
- Sentencia 318/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de mayo de 2015 (Rec. 536/2014, RJ 2015\2260).
- Sentencia 319/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 23 de mayo de 2015 (Rec. 2223/2013, RJ 2015\2040).
- Sentencia 320/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de mayo de 2015 (Rec. 908/2014, RJ 2015\3840).
- Sentencia 411/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 3 de julio de 2015 (Rec. 341/2014, RJ 2015\2561).
- Sentencia 507/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de septiembre de 2015 (Rec. 2623/2014, RJ 2015\4356).
- Sentencia 720/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 2213/2014 RJ 2016\5673).
- Sentencia 131/2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 31 de enero de 2018 (Rec. 2289/2016, RJ 2018\319).

#### AUDIENCIA NACIONAL

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 9 de octubre de 2017 (Rec. 353/2016).

#### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

- Sentencia núm. 424/2006 (Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo) de 10 de marzo (Rec. 2560/2002, JUR 2006\207666).

## JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Santander, de 6 de mayo de 2004 (AC 2004/821).

## JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 14 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006.

### 6.3 Obras doctrinales

Adam Muñoz, M<sup>a</sup> D, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, nº 20, 2009, pp. 18 y ss.

Amnistía Internacional, “Amnistía Internacional denuncia expulsiones encubiertas de menores no acompañados”, *Amnistía Internacional*, 25 de octubre de 2007 (Disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/amnistia-internacional-denuncia-expulsiones-encubiertas-de-menores-no-acompanados/>; última consulta 14 de marzo de 2018).

Claro Quintans, I., Lázaro González, I., “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños” en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 765-798.

Claro Quintans, I., Lázaro González, I., (coords.), *Infancia y protección en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Tecnos, Madrid, 2013.

Consejo de Europa, “Age assessment: Council of Europe member states’ policies, procedures and practices respectful of children’s rights in the context of migration”, septiembre 2017, (Disponible en: <https://rm.coe.int/age-assessment-council-of-europe-member-states-policies-procedures-and/168074b723>; última consulta 23/03/2018).

Consejo de Europa, “Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe (2017-2019)”, mayo 2017, (Disponible en: [https://www.coe.int/t/dg4/linguistic/Source/ActionPlan-RefugeeChildren-2017\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dg4/linguistic/Source/ActionPlan-RefugeeChildren-2017_EN.pdf); última consulta 23/03/2018).

Consejo de Europa, “Unaccompanied refugee children: the role and responsibilities of local and regional authorities”, aprobado el 28 de marzo de 2018, por el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa, en su 34 sesión (Disponible en [https://www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees/newsletter-march-2018/-/asset\\_publisher/cVKOAoroBOtI/content/congress-to-present-a-report-on-unaccompanied-refugee-children](https://www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees/newsletter-march-2018/-/asset_publisher/cVKOAoroBOtI/content/congress-to-present-a-report-on-unaccompanied-refugee-children); última consulta el 23/03/2018).

De la Mata Guitérrez, J.I., de la Rasilla, M. “Cautelas en torno a las pruebas de la determinación de la edad de los menores solicitantes” en Gruben, S. y De Gasperis, M.T. (coords.), *Aproximación a la Protección Internacional de los Menores no Acompañados en España*, La Merced Migraciones, Madrid, 2009, p. 133-140.

Defensor del Pueblo, *Informe anual 2008 y debates en las Cortes Generales*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2009 (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2008informe.pdf>; última consulta 22/03/2018).

Defensor del Pueblo, *Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2017 (disponible en [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe\\_anual\\_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf); última consulta 26/03/2018).

Defensor del Pueblo, *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2005 (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/1994-01-Situación-jur%ADdica-y-asistencial-de-los-extranjeros-en-España.pdf>)

Defensor del Pueblo, *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2015 (Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinación-de-la-edad1.pdf>; última consulta 26/03/2018).

Defensorías del Pueblo, *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los menores no acompañados*, octubre de 2006 (disponible en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2172/43\\_Leon%20menors.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2172/43_Leon%20menors.pdf); última consulta 27/03/2018).

Durán Ayago, A. “Menor, extranjero y no acompañado: Respuestas (insuficientes) del ordenamiento jurídico español para afrontar su regulación”, en Jiménez Hernández, A. (coord.), *Menores migrantes sin referentes familiares: una perspectiva integral del fenómeno*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2009, pp. 35-50.

Europa Press, “ ‘Preocupación’ en la ONU por el trato que España da a los niños migrantes”, *Europa Press*, 17 de febrero de 2016 (disponible en <http://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-preocupacion-oficina-derechos-humanos-onu-trato-espana-da-ninos-migrantes-20160217143654.html>; última consulta 27/03/2018).

Fundación Raíces, “El Tribunal Supremo deja en indefensión jurídica a todos los niños y niñas MENAS”, *Fundación Raíces*, 6 de febrero de 2018 (disponible en <http://www.fundacionraices.org/?p=2754>; última consulta 21/03/2018).

Fundación Raíces, *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, 77º periodo de sesiones, examen a España, 2017 (disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/ESP/INT\\_CRC\\_NGO\\_ESP\\_27130\\_S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/ESP/INT_CRC_NGO_ESP_27130_S.pdf); última consulta 26/03/2015).

Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, *Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, Madrid, 2014 (Disponible en <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2014/05/SOLO-POR-ESTAR-SOLO.pdf>)

Garamendi, P.M.; Bañón, R.; Pujol, A.; *et al.* “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”. *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, n. 3, 2011, pp. 16-23;

- Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados, “Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”. *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, n.1, 2011, pp. 5-6.
- Human Rights Watch, “Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, *Human Rights Watch*, 17 de octubre de 2008 (Disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2008/10/17/retornos-cualquier-precio/espana-insiste-en-la-repatriacion-de-menores-extranjeros>; última consulta 15/03/2018).
- Martínez García, C., “Los sistemas de protección y de reforma. Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados”, en Lázaro González, I., Culebras Llana, I. (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, R.B. Servicios Editoriales, Madrid, 2006, pp. 75-92.
- Mayoral Narros, I.V., Frías Fiel, T., Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M, “El acogimiento residencial” en Martínez García, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 175-226.
- Moreno-Torres Sánchez, J., Ezquerro Ubero, J., Jiménez Bautista, S., “La situación de desamparo” en Martínez García, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 93-144.
- SCEP. *Statement of Good Practice*, Separated Children in Europe Program, Copenhagen, 2009. Disponible en [www.separated-children-europe-programme.org](http://www.separated-children-europe-programme.org).
- Senovilla Hernández, D., “Menores no acompañados y separados en Europa. Un estudio comparado de seis países” en Jiménez Hernández, A. (Coord.), *Menores migrantes sin referentes familiares. Una perspectiva integral del fenómeno*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2009, pp. 13-28.

UNICEF, *Ni ilegales ni invisibles*, Etnia Comunicación, Madrid, 2009 (Disponible en [https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_UNICEF\\_CGAE\\_2009.pdf](https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf); última consulta 20/03/2018).

Unidad de Extranjería de la FGE, Memoria 2016, 2016, (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/MEMORIA\\_2016\\_UNIDAD\\_EXTRANJERIA\\_DE\\_LA\\_FGE.pdf?idFile=7fe2e5e9-0ca1-412b-add5-3390c33675fe](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMORIA_2016_UNIDAD_EXTRANJERIA_DE_LA_FGE.pdf?idFile=7fe2e5e9-0ca1-412b-add5-3390c33675fe); última consulta 15/02/2018).