



INSTITUTO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS SOBRE MIGRACIONES

EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. BASES PARA UN NUEVO MODELO

Autor: Teseida García García

Director: Prof. Dra. Isabel Eugenia Lázaro González

Madrid

Septiembre 2017



**EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS EXTRANJEROS NO
ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA. BASES PARA UN NUEVO MODELO.**

Teseida
García
García

INDICE

AGRADECIMIENTOS.....	8
ABREVIATURAS.....	10
INTRODUCCIÓN.....	12
1. OBJETO.....	12
2. MOTIVACIÓN.....	18
3. METODOLOGÍA.....	24
4. ESTRUCTURA.....	29
CAPÍTULO I. LAS MIGRACIONES DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA.....	33
1. LA DIMENSIÓN CUANTITATIVA DEL FENÓMENO DE LAS MIGRACIONES DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.....	36
2. PERFIL SOCIOLÓGICO DEL MENA QUE LLEGA A ESPAÑA.....	41
2.1. Las causas y los motivos de la inmigración de los MENAS.....	41
2.2. El perfil sociológico del MENA en España.....	44
2.3. Los MENA como grupo vulnerable.....	49
3. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS MIGRACIONES DE MENA EN ESPAÑA.....	55
3.1. La ordenación jurídica del Derecho de Extranjería en España.....	56
3.2. La ordenación jurídica de los MENA en nuestra legislación.....	64
3.2.1. Especial referencia a la distribución competencial en materia de MENA entre el Estado – CCAA.....	70

CAPÍTULO II. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO. ESTUDIO JURÍDICO DEL CONCEPTO.....	76
1. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO: CONCEPTO.....	77
1.1. El concepto de MENA en el derecho comparado.	77
1.2. Definición del Menor Extranjero no Acompañado en la normativa internacional y de la Unión Europea.	81
1.3. Definición del Menor Extranjero no Acompañado en España.....	88
1.3.1. Las especificidades del Protocolo de MENA.....	96
2. ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL CONCEPTO.....	106
2.1. El menor de edad y su capacidad.....	107
2.1.1. El cómputo de la edad.....	108
2.1.2. La madurez.....	112
2.1.3. La relación entre la edad y la madurez: los principios de seguridad jurídica y de justicia.	115
2.1.4. La capacidad del menor de edad.	118
2.1.4.1. La posición del menor en nuestra sociedad.	119
2.1.4.2. De la capacidad limitada a la capacidad progresiva del menor.	123
2.1.4.3. Especial referencia a la capacidad del menor en materia sanitaria: la Ley 41/2002 de 14 de noviembre.	132
2.1.4.4. La representación del menor de edad.	134
2.1.5. Especial consideración de la capacidad del MENA para actuar ante las Administraciones Públicas y los Tribunales.....	137
2.1.5.1. La capacidad de los menores para actuar ante la Administración Pública.....	138
2.1.5.2. El MENA y la capacidad procesal.....	143
2.2. Extranjero.....	149
2.3. No acompañado.....	155
3. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO COMO MENOR DESAMPARADO.....	161
3.1. El desamparo y el riesgo.....	163
3.2. El MENA: ¿En situación de riesgo o desamparo?	175
3.3. La atención inmediata.	184

CAPÍTULO III. LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD NO ACOMPAÑADO.....193

1. EL NIÑO COMO TITULAR DE DERECHOS.....	194
2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	203
2.1. El interés superior del menor en la legislación española.	210
2.2. El interés superior del MENA en España.....	215
1. El interés superior del menor como derecho.....	219
2. El interés superior del menor como principio.	219
3. El interés superior del menor como norma de procedimiento.	220
3. EL DERECHO A SER ESCUCHADO.....	221
3.1. El derecho de audiencia del MENA en España.	232
4. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA ASISTENCIA LETRADA DE LOS MENA.....	237
4.1. El derecho a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada del extranjero en España.	240
4.2. El derecho a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada en los menores. Especial referencia al colectivo de MENA.	243
4.3. Derecho a la tutela judicial efectiva y asistencia letrada de los MENA en España.	251

CAPÍTULO IV. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN ESPAÑA: MEDIOS DE PRUEBA Y MÉTODOS MÉDICOS. ÓRGANO COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO.....265

1. LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....	266
1.1. El fundamento jurídico de la edad.....	267
1.2. La importancia de la inscripción del nacimiento para la determinación de la edad.	268
1.3. Las líneas básicas del procedimiento para la determinación de la edad para las Naciones Unidas y la UE.....	271
2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA.	278

2.1. Regulación normativa del procedimiento de determinación de la edad desde 1985 hasta la actualidad.	282
2.1.1. Periodo 1985 – 2000.	282
2.1.2. Periodo 2000 – 2009.	283
2.1.3. Periodo 2009 – actualidad.	290
2.2. Los retos del procedimiento para la determinación de la edad.	299
3. LA PRUEBA DE LA EDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD: LA DOCUMENTACIÓN Y LOS MÉTODOS CIENTÍFICO - MÉDICOS.	301
3.1. La documentación como medio de prueba.	302
3.1.1. Los pasaportes, las cartas de identidad y otros documentos identificativos como medios idóneos para la acreditación y prueba de la edad.	305
1. El pasaporte.	305
2. La carta de identidad.	309
3. Otros documentos identificativos.	310
3.1.2. Los certificados de nacimiento y otros documentos expedidos por autoridades de estados extranjeros como documentos probatorios de la edad.	311
3.1.3. La eficacia jurídica de los documentos públicos extranjeros en España.	312
1. Los pasaportes y las cartas de identidad.	313
2. Los documentos públicos extranjeros.	315
3.2. El tratamiento jurídico de la documentación como medio de acreditación de la edad hasta 2014.	325
3.3. El tratamiento jurídico de la documentación tras el Protocolo de 2014, las Sentencias 452/2014 y 453/2014 de la Sala Primera del Tribunal Supremo y la Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.	341
3.3.1. Tratamiento de la documentación en el Protocolo de MENA.	342
3.3.2. Tratamiento de la documentación del MENA tras las SSTs 452/2014 y 453/2014 de 23 y 24 de septiembre. Doctrina jurisprudencial.	348

1. Contenido de la doctrina jurisprudencial.....	349
2. La relación entre la doctrina jurisprudencial y el Protocolo de MENA.	354
3. Relación entre la doctrina jurisprudencial y el art. 12.4 de la LOPJM.	355
3.4. La cooperación internacional como medio de obtención de prueba para la determinación de la edad. La identificación del MENA a través de las huellas dactilares y el Registro de MENA.	356
3.4.1. La situación personal del MENA mientras se determina su edad. Obtención de la reseña.	357
3.4.2. El Registro de MENA y las reseñas.	363
3.4.3. La cooperación internacional a través del intercambio de información como medio de prueba.	367
3.5. Las pruebas médicas como métodos para determinar la edad.	369
1. La observación dental.	373
2. El examen pediátrico.	374
3. El examen psicológico.	374
4. El examen de la maduración sexual.....	375
5. Los métodos médicos radiológicos. El uso de los Rayos X.	375
A. El estudio de los huesos del carpo (muñeca y mano).	376
B. Estudio de los huesos de la clavícula.	378
C. Estudio de la dentadura. La ortopantomografía.....	379
D. Estudio de la cresta iliaca.	380
6. Nuevas técnicas médicas.	381
3.6. Las pruebas médicas en España.	382
4. EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD EN ESPAÑA.	392
4.1. El modelo actual español: la competencia y el procedimiento ante el Ministerio Fiscal.....	396
4.1.1. La competencia del Ministerio Fiscal.....	396
4.1.1.1. Las intervenciones corporales y la competencia del Ministerio Fiscal.....	409

1. Las pruebas médicas: justificación constitucional y legal de la medida.....	410
2. El consentimiento del presunto menor para la práctica de las pruebas médicas.	417
4.1.1.2. La posible práctica de las pruebas médicas por la Entidad Pública y la modificación del Decreto del Fiscal.	425
4.1.1.3. La irrecurribilidad del Decreto del Ministerio Fiscal.	427
4.1.2. El cauce procedimental.	434

CAPÍTULO V. MODELOS ALTERNATIVOS AL ACTUAL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD. BASES PARA UN NUEVO MODELO.

.....	438
1. EL MODELO JUDICIAL.....	439
1.1. La jurisdicción penal.....	444
1.2. La jurisdicción civil.	449
1.3. La jurisdicción contenciosa administrativa.	455
2. EL MODELO ADMINISTRATIVO.	458
2.1. Las potestades administrativas y la sumisión de la Administración a la ley y al derecho.	460
2.2. Potestades regladas y discrecionales.....	462
2.3. Los conceptos jurídicos indeterminados y las potestades administrativas.	466
2.4. El control judicial de la actividad administrativa.	468
2.5. El procedimiento para la determinación de la edad como potestad reglada de la administración.	472
2.5.1. La presencia del concepto jurídico indeterminado “interés superior del menor” en la norma.	473
2.5.2. Órgano competente.....	474
2.5.3. El procedimiento administrativo.....	476
2.5.4. El control judicial de la decisión administrativa.	479
3. LÍNEAS BÁSICAS PARA LA PROPUESTA DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....	481

A. En cuanto a la participación del MENA en el procedimiento.....	481
B. En materia de derechos.....	483
1. El interés superior del menor.....	483
2. El derecho a ser escuchado.....	484
3. El derecho a la tutela judicial efectiva.....	484
C. En materia probatoria.....	485
D. El órgano decisor.....	487
CONCLUSIONES.....	490
BIBLIOGRAFÍA.....	501

AGRADECIMIENTOS.

Desde que comencé mis estudios universitarios, siempre tuve claro que mi camino académico debía de culminar con la elaboración de una tesis doctoral, que pondría un punto y final a la formación superior dirigida y tutelada y a la vez, “abría las puertas a la Academia”. Era precisamente el concepto de “Academia” el que me suponía un gran respeto a la hora de acercarme, tanto por su significado como a lo que, yo entendía, debía ser un trabajo original y novedoso. Esa inquietud inicial cobró fuerza tras 15 años de experiencia como Fiscal, que me permitió consolidar una visión interdisciplinar y de conjunto del ordenamiento jurídico, conceptos jurídicos, y además encontrar el objeto de mi investigación. Sin embargo, no solo han sido mis ganas de acercarme a la investigación académica con importantes recursos cognoscitivos, inexistentes al finalizar los estudios de Derecho, los que me han permitido llegar hasta aquí. En el camino he contado con personas sin las cuáles esta tesis doctoral no hubiera sido una realidad y a las que deseo dejar constancia de mi agradecimiento.

En primer lugar a mi directora de tesis la Profesora Dra. Dña. Isabel E. Lázaro González. Por mis condiciones personales y profesionales, sé que he sido una alumna atípica, que Isabel ha sabido comprender. Sé que ha supuesto un esfuerzo por su parte, adaptarse a mi ritmo de trabajo, y a pesar de eso, siempre ha estado a disposición para pasar horas conmigo, cuando podía ajustar mi agenda para desplazarme a su despacho en Madrid. Con ella he aprendido a investigar, pero sobre todo ha ejercitado su maestría y acierto para, desde una pedagogía indagatoria, realizar las preguntas y comentarios adecuados que me permitieron ampliar la visión que poseía sobre las cuestiones que se planteaban a lo largo de la investigación. Esas preguntas quedaban en mi intelecto de forma que me permitieron replantear conceptos y procedimientos, aceptando otras interpretaciones y soluciones a un mismo problema, que a su vez guardasen coherencia con todo un sistema básico del que habíamos partido. Su excelente y exigente función como directora, que nos llevó a discusiones jurídicas y en

ocasiones al límite en busca de respuestas, ha conseguido transmitirme la realidad de la seriedad que debe encarnar cualquier investigación, y la académica en especial. Gracias Isabel porque por tu calidad humana, las enseñanzas no han quedado solo en cuestiones técnicas, convirtiéndote en una maestra y referente en mi vida profesional.

Esta tesis no hubiera sido posible sin la ayuda de Gloria Macías Carballada, *alma mater* de la Biblioteca del TSJ de Canarias. Su proverbial profesionalidad en el manejo de las bases de datos para encontrar un libro, muchas veces en librerías o bibliotecas ajenas a la suya, un artículo en una revista especializada, una relación de sentencias que pudieran ser de interés, sus contactos en otras bibliotecas y, en especial con la Biblioteca General y del Area de Ciencias Sociales de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, que me permitió contar con la ayuda inestimable de la bibliotecaria jefa de la misma, Beatriz Belón González, hizo posible que pudiera contar con todo el material bibliográfico que le solicitaba con extraordinaria eficiencia y diligencia.

He de manifestar mi agradecimiento a mis expertos maestros y compañeros: Juan Andrés Bermejo Romero de Terreros, Luis Fernández Arévalo y Guillermo García - Panasco Morales. De ellos no solo aprendí extranjería, sino a ser la Fiscal que soy ahora. Ocupan asimismo un importante lugar, la ayuda, tanto moral como técnica, que siempre me han prestado el Fiscal de Sala de Extranjería lltmo. Sr. D. Joaquín A. Sánchez Covisa Villa y el Fiscal Adjunto a la Fiscalía de Sala de Extranjería y compañero Luis Lafont Nicuesa.

Por último, aunque no los últimos, a mis padres, Juana María y Cristóbal, sin ellos, nada hubiera sido posible.

ABREVIATURAS.

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Art: Artículo.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CAI: Centro de Atención Inmediata.

CC: Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución Española 1978.

CIE: Centro de Internamiento de Extranjeros.

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CNP: Cuerpo Nacional de Policía.

CP: Código Penal.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DRAE: Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

EASO: European Asylum Support Office.

ECRE: European Council on Refugees and Exiles.

EMN: European Migration Network (Red Europea de Migraciones).

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

FDE: Fiscales Delegados de Extranjería.

FGE: Fiscalía General del Estado.

FRA: European Union Agency for Fundamental Rights (Agencia Europea de Derechos Fundamentales).

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LJCA: Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

LPAC: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LO: Ley Orgánica.

LOEX: Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería).

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

LORPM: Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

MENA: Menor Extranjero no Acompañado.

Núm/nº: número.

OACI: Organización de la Aviación Civil Internacional.

OIM: Organización Internacional de las Migraciones.

ONG: Organización no gubernamental.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

Op. Cit.: Obra citada.

P/Pp: Página / Páginas.

Protocolo MENA: Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados.

RD: Real Decreto.

RLOEX: Reglamento de la Ley de Extranjería.

RDL: Real Decreto Ley.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SCEP: Separated Children in Europa Programme.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STJCE: Sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea.

STJUE: Sentencia del Tribunal de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

SOJ: Servicio de Orientación Jurídica.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

UE: Unión Europea.

UNICEF: Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia.

INTRODUCCIÓN.

1. OBJETO.

El objeto de la presente investigación es el actual procedimiento para la determinación de la edad de las personas extranjeras de cuya edad se duda, que bien como inmigrantes económicos, bien como solicitantes de asilo son hallados en España. Se tratará de analizar si este procedimiento es respetuoso con los derechos del niño. Actualmente este procedimiento queda regulado en el Derecho de Extranjería.

Este trabajo se enmarca dentro de uno de los grandes temas sociales y políticos a los que el mundo se ha enfrentado a lo largo de su historia y que en los últimos 10 años, ha supuesto para los Estados y Organismos Internacionales, afrontar el desafío de grandes retos en su gestión desde la perspectiva de los derechos humanos: las migraciones. Según el DRAE por migración entendemos “el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales.” Las migraciones son fenómenos complejos que obedecen a múltiples factores o causas y han acompañado a la especie humana en toda su historia¹.

¹ Según Arango Vila-Belda, Joaquín. 2007. «La población Mundial» en *Geografía humana. Procesos, riesgos e incertidumbres en un mundo globalizado*, de Romero, J. (Coordinador), Ortega, J., Arango, J., Nogué, J., Albet, A., Méndez, R., Nel-lo, O., Muñoz, F., y Naredo, J. y Farinós, JM., 57 -104. Barcelona: Ariel “la especie humana es una especie migratoria. Cualquier momento del pasado, cuando se conoce cabalmente, pone de manifiesto un considerable trasiego de individuos movidos por una infinidad de motivos, entre los cuales suele ser denominador común el deseo de mejorar su suerte. Pero si ello es cierto, no lo es menos que en cada época han sido diferentes, en las causas que las motivan, las principales modalidades que revisten, las consecuencias que entrañan, la significación que les atribuye y las emociones que suscitan. Las de nuestros días son marcadamente diferentes a las de cualquier época anterior, tanto que permiten hablar de una nueva era en la historia de las migraciones internacionales. Y de las características que revisten y del contexto histórico en el que se producen derivan su extraordinaria relevancia y las grandes implicaciones que justamente les atribuyen.” Para este autor, las migraciones de masas comienzan con la Revolución Industrial, pues “antes la agricultura de subsistencia y el atraso de los transportes las hacían imposibles”, aunque hoy en día es más correcto hablar de mundialización de las migraciones. Por su parte, siguiendo a un geógrafo clásico, Derruau, Max. 1967. *Tratado de Geografía Humana*. Traducido por Raimundo Griño. Barcelona: Vicens – Vives, podemos establecer las siguientes causas generadoras de migraciones como consecuencia de la actividad humana: el superpoblamiento, las crisis políticas o religiosas, el deseo aventurero, la trata de seres humanos y las crisis económicas en los países de partida.

De acuerdo con el informe de las Naciones Unidas, elaborado en 2016, “Migración Internacional y Desarrollo”²: “actualmente hay más desplazamientos de personas que nunca, las cifras de migrantes internacionales ascendió a 244 millones en 2015, lo que supone un incremento de 71 millones de personas o de un 41%, con respecto al año 2000, o de 91 millones (el 60%), respecto al año 1990. Al mismo tiempo el mundo está siendo testigo del mayor número de desplazamientos forzados en décadas. Hoy en día, hay más de 40 millones de desplazados dentro de sus países, mientras que el número de refugiados y solicitantes de asilo ha superado los 24 millones”. En palabras del que fuera Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan: “La migración es una valerosa expresión de la voluntad de una persona por superar la adversidad y vivir una vida mejor. En la década pasada, la globalización ha incrementado el número de personas con deseos y capacidad para trasladarse a otros lugares. Esta nueva era de movilidad ha creado, para las sociedades de todo el mundo, tanto oportunidades como nuevos problemas. También ha puesto de manifiesto la estrecha vinculación que existe entre la migración internacional y el desarrollo”³.

Estas palabras son importantes, pues encierran la visión que deberíamos tener hoy en día sobre la migración. Lejos de entender que son movimientos negativos que nos llevarían a caer en deleznable comportamientos pretéritos caracterizados por la xenofobia, la discriminación y la violencia, expresiones del miedo; el concepto de migración debe ser entendido y gestionado desde un punto de vista positivo, y con total respeto a los derechos humanos, entendiendo que los desplazamientos de personas contribuyen al desarrollo del mundo y de las sociedades. En este sentido consideramos acertado lo que manifiesta Peces-Barba (1995)⁴, cuando mantiene que “el incremento en los últimos años de los

² Informe del Secretario General de las Naciones Unidas A/71/296 de 4 de agosto de 2016. P.3. Disponible en el siguiente enlace de descarga: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/249/89/PDF/N1624989.pdf?OpenElement>

³ Discurso del Secretario General de las Naciones Unidas en la apertura del Primer Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo en el marco de la Asamblea General de la ONU los días 14 y 15 de septiembre de 2006. Disponible en la siguiente página web visitada el día 20 de diciembre de 2016: <http://www.un.org/es/events/pastevents/migration/sg-speech.html>

⁴ Peces-Barba, Gregorio. (Con la colaboración de Rafael de Asis Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón). 1995. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III Madrid y Boletín Oficial del Estado. P.666.

fenómenos migratorios y de los movimientos de población en Europa y en el mundo (...), está teniendo graves repercusiones desde la perspectiva de los derechos humanos puesto que produce un fenómeno reactivo de creciente intolerancia frente a los extranjeros, y personas pertenecientes a grupos minoritarios, tal y como se observa en el retorno de viejos fantasmas como el racismo y la xenofobia, el miedo al cosmopolitismo, en las actitudes individuales o colectivas violentas de carácter racista y en las tesis xenófobas que transmiten algunos partidos políticos extremistas. Frente a estas situación se puede luchar mediante la adopción de medidas legislativas con acciones coherentes e integradas que permitan solucionar las raíces del problema, con campañas educativas y de los medios de comunicación, con acciones en el ámbito de la política social, de la cooperación en asuntos de justicia e interior e incluso con la acción internacional europea”.

Nuestro análisis se concentrará únicamente en las migraciones que afectan a los menores extranjeros no acompañados⁵. Las Naciones Unidas no fijan ninguna cifra respecto de cuántos menores migran solos, bien por razones económicas bien para solicitar asilo y refugio ni consecuentemente, los tramos de edad en los que se encuentran. Sin embargo, podemos aventurar que en su mayoría, son los menores adolescentes los que integran el colectivo que denominamos menores extranjeros no acompañados (MENA). En este sentido se pronuncia la Observación General nº 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia⁶: “76. Un número cada vez mayor de adolescentes de ambos sexos migran, ya sea dentro o fuera de su país de origen, en busca de mejores niveles de vida, educación o reunificación familiar.

⁵ En el Capítulo I dedicaremos un epígrafe al estudio cuantitativo del objeto de nuestro estudio. Por ahora, de acuerdo a los datos ofrecidos por el INE (datos recuperados de la siguiente página web visitada el 23 de julio de 2017 <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24282>) el número de inmigrantes menores de edad de entre 15 y 19 años (franja de edad en la que se encuentran la mayoría de los MENA en España, así como aquellos que una vez realizada la determinación de la edad superan los 18 años, y sin distinguir si son MENA o no) fue la siguiente: 31.754 en 2016; 25.794 en 2015; 23.560 en 2014; 39.745 en 2013, 24.364 en 2012; 29.346 en 2011 y 29.018 en 2010.

⁶ CRC/C/CG/20. Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f20&Lang=en

Para muchos, la migración ofrece importantes oportunidades sociales y económicas”.

Como tendremos oportunidad de analizar, los MENA son un grupo vulnerable, pero además forman parte de las denominados “minorías” que redundan en su situación de vulnerabilidad. En palabras de López Guerra (1998)⁷ “en una democracia, los derechos humanos de la mayoría no tienen por qué verse amenazados; y el perfeccionamiento de los mecanismos administrativos y judiciales, y la misma evolución de la cultura política contribuyen a reducir los fallos singulares del sistema. Pero las dificultades surgen en relación con aquellos grupos o sectores que no aparecen integrados en la mayoría social-político-cultural; en relación con sectores claramente minoritarios, que pueden incluso encontrarse ante la clara y franca animadversión de grandes sectores de la opinión pública. En otras palabras, la cuestión de la defensa de los derechos humanos se transforma, en una democracia, en la defensa de los derechos humanos de las minorías. Las condiciones de la moderna sociedad de mercado propician la aparición de esas minorías no integradas, separadas de la corriente principal de la sociedad (...) Se trata de colectivos que, aun minoritarios, representan en su conjunto un número considerable de individuos que no son percibidos, por grandes sectores de la opinión, como personas “como las demás”. Ello se traduce en una posición precaria de estos grupos. Su desviación de las creencias y pautas de comportamiento de los ciudadanos “normales” les causan en ocasiones la abierta hostilidad de éstos, o al menos de autoproclamados representantes de la “ciudadanía”. (...) A esta situación de exclusión o marginación, viene a unirse otro dato. Su carácter minoritario y “ajeno” comporta también una precariedad existencial, en el sentido de una considerable vulnerabilidad ante circunstancias económicas adversas”.

Ahora bien, de este grupo minoritario que conforman los menores que migran solos, solamente nos detendremos en aquellas personas de cuya edad se duda, y por tanto de los que no se sabe si estamos ante un menor o un mayor de edad. Y de los distintos aspectos que pueden ser analizados al respecto, nos

⁷ López Guerra, Luis. 1998. «Derechos Humanos y exclusión social.» *Temas para el debate*. (Iniciativas Editoriales Sistema, S.A) (45-46): 34-36.

centraremos en una de las cuestiones que entendemos es la más significativa de este colectivo y que es estrictamente jurídica y técnica: la relativa a la determinación de la edad. Tras la prestación de una atención inmediata, es ésta la primera de las decisiones de carácter jurídico que hay que tomar de forma apriorística a cualquier otra, pues la decisión adoptada, permitirá aplicarles el régimen jurídico correspondiente. Nuestro objetivo por tanto, será doble. De una parte poner de relieve las importantes deficiencias del actual procedimiento, que pese a las modificaciones a las que ha sido sometido, sigue manteniendo una sombra de rechazo a este colectivo minoritario. Y de otra alumbrar la posibilidad de adoptar un nuevo cauce formal que cumpla estrictamente con los derechos del menor y que sea coherente con nuestro sistema jurídico.

Una de las dificultades de este estudio y a la que haremos referencia constantemente, son los distintos principios que deben conjugarse y que se encuentran en una situación de desequilibrio. Nos referimos a los principios que rigen la política migratoria del Estado, basada fundamentalmente en el control de las fronteras y que conformarán el Derecho de Extranjería, con los derechos y principios que han de regir el tratamiento de la persona de cuya edad se duda que, debe ser considerada y tratada en tanto se determina su edad como menor, y que por tanto es acreedora del derecho de protección que le dispensa la Convención de los Derechos del Niño de 1989⁸ y la CE. Así lo explicó el Defensor del Pueblo en su informe de 2012⁹: “En este asunto de los menores extranjeros no acompañados se hace evidente como en pocos casos, la tensión existente entre la contundencia de las competencias que la ley pone en mano de la Administración en los ámbitos de la inmigración y la extranjería y la alta responsabilidad que España tiene asumida como signataria de la Convención de los Derechos del Niño. Si el ámbito de la inmigración siempre es terreno abonado para la lucha entre el principio de conveniencia y el respeto a la plena vigencia de los derechos y libertades fundamentales, la experiencia de los menores

⁸ BOE núm 313 de 31 de diciembre de 1990. En vigor en España desde el 5 de enero de 1991.

⁹ Defensor del Pueblo. 2012. «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.» Madrid. P.11.

extranjeros es una de esas cuestiones en la que está en juego la coherencia de nuestro sistema jurídico”¹⁰.

Por este motivo, cualquier decisión que se adopte sobre la misma, por cualquier órgano que tenga la responsabilidad para ello, deberá ser interpretado conforme al interés superior del menor. El interés superior del menor, deberá informar todas las acciones que se realicen en aras a la protección del niño, que ha sido elevado a rango constitucional (art. 39 CE). El cumplimiento del interés superior del menor es además, una obligación internacional asumida por España, tras incorporar a nuestro ordenamiento jurídico al CDN y que ha quedado además positivado en la LOPJM¹¹.

Así, se han estudiado los derechos y garantías que, conforme a la CDN se encuentran implicados, a fin de poder comprobar si el procedimiento recogido en nuestra legislación es respetuoso con los mismos. Realizado el pertinente examen podremos concluir si efectivamente, el procedimiento garantiza o no los derechos de los menores; y en caso de que no los garantice poder formular alternativas al mismo.

¹⁰ En este mismo sentido se expresan Giménez, Carlos, y Suárez, Liliana. 2002. «Menores no Acompañados. Introducción al fenómeno desde el análisis de situación del año 2000.» Informe Final del Proyecto de Investigación "Menores no acompañados que han entrado en territorio español sin representación legal", Universidad Autónoma de Madrid. Programa Migración y Multiculturalidad, Madrid. Pp 35-36: “Los Menores No Acompañados (MNA) preocupan porque evidencian una profunda distorsión en los sistemas normativos por los que nos regimos. El sistema migratorio europeo contemporáneo viene sufriendo una distorsión desde que se redactan los derechos humanos y, a la vez, se afianzan los estados-nación europeos y sus prerrogativas en el derecho de nacionalidad y de extranjería. No somos los primeros en indicar que hay una profunda contradicción en que el derecho internacional reconozca el derecho a emigrar pero no a inmigrar (...) La peculiaridad de los MNA y de la distorsión que evidencian es que la contradicción está ahora dentro de nuestro sistema normativo. Su peculiaridad jurídica frente a otros inmigrantes es que sus derechos están reconocidos por el sistema normativo estatal. Los poderes públicos tienen responsabilidades asignadas por ley en materia de menores, sean estos extranjeros o autóctonos. Este fenómeno migratorio aúna ésta y otras características que le hacen especialmente difícil de tratar, máxime cuando nuestro sistema normativo y moral nos impele a regirnos por el “interés superior del niño” y a hacernos repsonsables de su protección, al menos temporalmente, hasta que el bien del menor se dilucide por los actores que intervienen en este proceso”.

¹¹ LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la LEC (BOE núm 15 de 17 de enero). Modificada por 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) y por LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm 175 de 23 de julio).

2. MOTIVACIÓN.

Desde el año 2003, he sido Fiscal Delegada de Extranjería en la Fiscalía Provincial de Las Palmas. Esta posición privilegiada ha permitido no solo hacer frente a multitud de cuestiones derivadas de las migraciones actuales, siempre desde las competencias propias del Ministerio Fiscal, sino a cuestionarse aspectos de varios procedimientos afectantes a los inmigrantes. A ello contribuyó la situación vivida en Canarias en la segunda mitad de la primera década de este siglo, pues el archipiélago recibió en muy poco tiempo una masiva llegada de inmigrantes procedentes de Africa. Una de las características de esa inmigración fue la constatación de una importante llegada de personas que decían ser menores de edad y de las que se dudaba efectivamente si eran niños o adultos. Es en el año 2008 cuando se encomienda a la Sección de Extranjería de la Fiscalía Provincial de Las Palmas la tramitación de los expedientes de determinación de la edad. La realidad a la que se enfrentaba la Sección de Extranjería supuso comenzar a construir las líneas básicas de un expediente distinto a los expedientes de protección de menores, pues hasta ese entonces existía una confusión en la propia Fiscalía de ambos expedientes, que debían de tramitarse de forma separada, sin perjuicio de que determinada la edad de una persona y ésta resultara menor, se incoara el correspondiente expediente de protección que se iniciaba con la resolución de desamparo y al que se le incorporaría la copia del decreto de determinación de la edad. La legislación que sobre la determinación de la edad existía en España en el año 2008 era también exigua, de forma que por la Fiscalía Provincial de Las Palmas, con el fin de resolver cuestiones procedimentales, se elaboró un primer protocolo de actuación que tenía por objeto coordinar la actividad de todos los agentes implicados en el procedimiento, atendiendo siempre a lo que la LOEX disponía,

así como a las directrices que habían sido dictadas por la FGE en la Circular 2/2006¹², como en las Instrucciones de la FGE 2/2001¹³ y 6/2004¹⁴.

Pero fueron dos casos concretos, los que cobraron una especial importancia y significación a la hora de impulsar esta investigación. En ambos quedaron patentes las fisuras del procedimiento al que dedicamos nuestro trabajo, y permitieron plantear si efectivamente estábamos ante un procedimiento que cumplía tanto con los derechos reconocidos a los menores, como si el órgano decisor, esto es, el Ministerio Fiscal, atendiendo a los principios que lo configuran, es el órgano competente más adecuado para adoptar dicha decisión tal y como dispone el art. 35 de la LOEX y que encuentra su acomodo estatutario en el art. 3.16 del EOMF. Por último también fueron sometidos a un importante cuestionamiento los medios y métodos de prueba que se estaban usando para adoptar dicha decisión.

El primero de ellos tuvo lugar a principios de 2013, siendo el detonante para llevar a cabo un estudio pormenorizado del procedimiento de determinación de la edad en España. Tras la llegada de una patera a las costas de Lanzarote que fue objeto de un lamentable accidente, uno de sus ocupantes, tuvo que ser evacuado en helicóptero al hospital de referencia en la isla de Gran Canaria, al haber sufrido un traumatismo craneoencefálico. Tanto a los médicos que lo atendieron de forma inmediata en la playa como a su llegada al hospital les manifestó que tenía más de 20 años y así se hizo constar en todo el historial médico. Tras recuperarse y ser citado por el Juez de Control del CIE, cambió su versión y pasó a mantener que tenía 16 años. A partir de ese momento, varias

¹² Circular 6/2006 de 27 de julio sobre diversos aspectos relativos al régimen de los Extranjeros en España. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2006.pdf?idFile=4abf06dc-da77-42f2-af15-3b204556f19e

¹³ Instrucción 2/2001 de 28 de junio acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion2_2001.pdf?idFile=cf6c5ce0-91be-42d5-82e0-b1eee17bf4ba

¹⁴ Instrucción 6/2004 de 26 de noviembre sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins06-2004.pdf?idFile=3b1af66d-93af-419d-a031-e49f29e30486

fueron las cuestiones que se pusieron de manifiesto y que fueron cuestionadas tanto por el Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción que había acordado el internamiento del inmigrante, el Juez de Control del CIE, que llevaron finalmente a un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Las Palmas. En primer lugar, se cuestionó la competencia del órgano que debía decidir sobre la edad. Se plantearon cuatro posibilidades: si el competente para la determinación de la edad debía ser el Juez de Instrucción que había determinado el internamiento del extranjero y quien debía en consecuencia revisar esa decisión pues el art. 62.4 LOEX no permite el ingreso de menores en los CIE; si el juez de instrucción que asumía funciones de control de CIE (art. 87.2 LOPJ), podía, como si de una investigación penal se tratara, ordenar diligencias encaminadas a la determinación de la edad, para finalmente no tomar una decisión, dejando la misma al Ministerio Fiscal; si era el Ministerio Fiscal, el órgano competente para iniciar un expediente de determinación de la edad y practicar las diligencias necesarias para ello; y por último si debía ser el Juez de lo Contencioso Administrativo ante quien se solicitó una medida cautelar de suspensión del acuerdo de expulsión y posterior demanda de vulneración de derechos fundamentales. Fueron cuestionados los medios de prueba: los métodos médicos que fueron realizados; la participación de los médicos forenses en el procedimiento y el contenido de su informe; y el valor y eficacia jurídica de los certificados de nacimiento, pasaportes y cartas de identidad extranjeros en España. Otra de las cuestiones planteadas fue el posible valor y eficacia de la cooperación internacional a través de los convenios firmados entre España y Marruecos en materia civil. En materia de derechos, se suscitaron dudas respecto a la representación legal del presunto menor mientras se determinaba su edad, el nombramiento de letrado por el menor sin la anuencia de su representante legal una vez declarado en desamparo y la posibilidad de recurso directo a la decisión del Fiscal. Por último, se apuntó la posibilidad de la imputación de quien había mantenido ser menor y que finalmente resultó ser mayor, como autor de un delito de falsedad documental que podría llevar a su expulsión judicial y no meramente administrativa.

El segundo caso, sin duda, sirvió definitivamente de acicate y motor para decidir, no solo empezar a escribir, sobre los defectos e imperfecciones

observadas tras su análisis, sino sobre todo para proponer un nuevo modelo. En esta ocasión se trataba de una joven marroquí que había llegado en patera e indocumentada en el año 2011. La única prueba médica realizada “certificaba” su mayoría de edad, y fue internada en el CIE, sin que ni el abogado que la asistió ante el Juez de Instrucción, ni el propio Juez Instructor se preguntaran absolutamente nada más allá de lo que el médico había dictaminado y así constaba en el Decreto del Fiscal. Nadie se preocupó por el aspecto físico de la chica, y ésta asustada, no tuvo la oportunidad de ser escuchada adecuadamente. Fue en el CIE, cuando aportó un certificado de nacimiento marroquí sin legalizar en el que se determinaba que era menor de edad. El abogado que la asistía, lo hizo valer ante la jurisdicción contenciosa administrativa y en una medida “cautelarísima” la joven fue puesta en libertad e ingresó en un centro de menores. Sin embargo el Juez de lo Contencioso Administrativo, no entró en absoluto en el fondo del asunto ni se determinó correctamente su edad, dando inicialmente por válido el certificado de nacimiento presentado, sin mayores comprobaciones, pues la pretensión principal de la demanda era la vulneración del derecho fundamental a la libertad. Cuando se celebró el juicio, el juez tampoco se pronunció sobre la edad, puesto que según aquel certificado de nacimiento ya la joven era mayor de edad, por lo que ésta quedaba fuera del sistema de protección. En el año 2014 llegó a la Fiscalía de manos del abogado, un pasaporte a nombre de la joven, en la que se mantenía su minoría de edad. Después de practicar diligencias, respecto a la autenticidad material del pasaporte y de oír a ésta, quien pudo narrar en un clima más relajado su experiencia migratoria, se pudo comprobar que todo el procedimiento de determinación de la edad había sido un despropósito. Cuando la chica ingresó en el CIE tras habersele practicado solo una prueba ósea (radiografía del carpo) que mantenía su mayoría de edad, su edad real era de 13 años. El certificado de nacimiento que se presentó inicialmente era de su hermana mayor, que si bien sirvió para acordar su salida del CIE e ingreso en un centro de menores, no sirvió para adoptar una decisión sobre la determinación de la edad de forma autónoma, permitiendo que alcanzada la mayoría de edad, según aquel certificado al que el Juez de lo Contencioso había dado valor como prueba determinante de la edad, pese a no reunir las exigencias del art. 323 de la LEC, la joven quedara fuera del sistema de protección, y que

desde esta situación fuese donde se intentara, a través de un pasaporte justificar su minoría de edad quien, mientras tanto, se encontraba oculta en una habitación y sobreviviendo de la caridad. Solamente, tras la práctica de diligencias expresamente encaminadas a la determinación de la edad, más allá de una sola prueba radiológica, que fueron de distinta índole y que, incluso llevaron a comprobaciones con su país de origen, se pudo determinar la minoría de edad de la joven, quien inmediatamente volvió a ingresar en el sistema de protección.

Nuevamente se planteaban interesantes cuestiones relativas a la documentación, a las pruebas de determinación de la edad, a la existencia de un letrado que se preocupara por los intereses del menor, a la necesidad de pronunciarse de forma motivada por la edad como tema de debate principal, órgano competente para adoptar la decisión, a la necesidad de contar con personas capacitadas y formadas en materia de extranjería y menores que pudieran participar en el procedimiento, donde el interés superior del menor y su protección fuera siempre prioritario.

De la exposición de los dos casos anteriores que son paradigmáticos, aunque existen muchos más, se ha podido comprobar que el vigente modelo es claramente mejorable. De acuerdo a los datos ofrecidos por las Memorias de la FGE entre 2010 y 2016¹⁵ estos son los expedientes de determinación de la edad, que se han incoado en la Fiscalía:

EXPEDIENTES DE DETERMINACION EDAD				
AÑO	EXPEDIENTES	MAYORES	MENORES	ARCHIVADOS ¹⁶
2010	2508	740	2134	180
2011	2418	1122	1242	54

¹⁵ Hemos acotado los años entre 2010 y 2016, y en algunos casos hemos referido datos de 2016, puesto que consideramos que es a partir de la regulación del procedimiento de la determinación de la edad tras la LO 2/2009 y su posterior desarrollo reglamentario, cuando existe una completa regulación del actual procedimiento, superando las lagunas de la legislación anterior.

¹⁶ Los expedientes archivados son aquellos en los que el MENA se fuga antes de tomar la decisión.

2012	1973	761	1079	133
2013	1732	723	843	166
2014	2043	744	899	400
2015	2539	888	1033	615
2016	2971	1243	1365	363

Podríamos cuestionarnos cuántos casos, especialmente problemáticos, se han producido en el total de los procedimientos sobre determinación de la edad que se han llevado a cabo en España durante el periodo examinado (2010 a 2016), y si por tanto, se puede poner en tela de juicio un procedimiento que es aplicado diariamente¹⁷. El hecho de que todos los días se practiquen determinaciones de la edad que no generan conflicto, no debería impedir su cuestionamiento, pues lo determinante no es el grado de conflicto en la tramitación del expediente, para proceder a su modificación, sino que el procedimiento sobre el que se decide sobre una cuestión que afecta a la vida jurídica de una persona cumpla con sus derechos fundamentales y sea coherente con las obligaciones internacionales asumidas por España en la CDN, así como con la propia CE.

Del análisis realizado, entendemos que se podría concluir, que es necesario replantear el procedimiento actual a fin de dar respuesta a nuestra pregunta: ¿respeto el procedimiento de determinación de la edad en España los derechos del niño, permitiendo lograr un equilibrio razonable desde el punto de vista el ordenamiento jurídico, del interés superior del niño con el interés del Estado en controlar sus fronteras?

Consideramos oportuno dejar constancia que durante el proceso de investigación y redacción de este trabajo, se ha producido además, una importante evolución entre la postura que inspiró el comienzo del mismo y la conclusión final. Así, una visión apriorística del estado de la cuestión,

¹⁷ Según la Memoria de la FGE de 2016 (ejercicio 2015), “los casos conflictivos –ya por haberse combatido indirectamente el decreto del fiscal en la jurisdicción civil ya por haber sido objeto de queja ante la Oficina del Defensor del Pueblo- son muy escasos no superando en ningún caso el 0,55% del total de los expedientes incoados”. En nuestra opinión quizás este bajo número de conflicto pueda deberse a la ausencia de letrado o representante jurídico del presunto menor, puesto que como tendremos oportunidad de observar, la litigiosidad surge en aquellas CCAA que sí permiten de alguna manera la asistencia letrada al MENA (País Vasco y Cataluña).

influenciada por la experiencia como Fiscal, permitía aventurar, que efectivamente, el procedimiento de determinación de la edad podía ser mejorado, tanto en cuanto a la efectividad de derechos y garantías, como en las cuestiones propias del marco formal. Esa misma visión aceptaba el sostener que la regulación existente sobre la materia (Ley, Reglamento y Protocolo de MENA¹⁸) gozaba de coherencia. Sin embargo, al ir estudiando cada derecho y garantía implicada, los métodos para la determinación de la edad y su eficacia jurídica y las competencias del Fiscal a la luz de su Estatuto Orgánico, se ha proporcionado una nueva visión de las disposiciones del Protocolo de MENA en relación a la normativa prevista en la ley, el reglamento y las decisiones del TS. Ha sido así como desde una visión ampliada, fruto del estudio de diversos textos tanto legales, como doctrinales y jurisprudenciales, cuya guía permanente ha sido siempre la búsqueda de coherencia de todo el sistema que ha de imbuir el procedimiento, ha permitido reconsiderar la verdadera dimensión del Protocolo de MENA como un documento que solo debería dar unas pautas de actuación y de concreción de lo que dispone el ordenamiento jurídico, pero que en ningún momento puede aventurarse a dar nuevas definiciones o normas jurídicas. De esta forma se ha podido observar que, si bien muchas de las disposiciones que en él se contienen son acertadas, otras se critican abiertamente ya que, desde luego, superan con creces la naturaleza de lo que debe ser un Protocolo pues, en ocasiones, éste proporciona directrices que debieran estar contempladas en una norma legal o al menos reglamentaria. Como se podrá advertir al final de este trabajo, las únicas normas que deberían recoger un único procedimiento para la determinación de la edad son la Ley y en aquello que resulte accesorio y no reservado a ésta por un reglamento.

3. METODOLOGÍA.

En la metodología seguida para la investigación, se ha combinado la búsqueda sistemática de información con la experiencia. Así, partiendo de casos

¹⁸ Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados. Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (BOE núm 251 de 16 de octubre).

concretos, se han ido analizando las decisiones que se habían tomado a la luz de los derechos y garantías que fueron aplicados o que debieron haberse aplicado, tras un examen profundo de las distintas fuentes usadas en la investigación.

Cada uno de los aspectos, tanto materiales como formales del procedimiento, ha sido objeto de estudio desde tres planos o referentes fundamentales: el mantenido por las Naciones Unidas, el de la UE, y finalmente el nacional. También ha sido estudiado el derecho comparado referido a los siguientes países: Reino Unido, Alemania, Italia y Francia. Se ha podido desarrollar así un completo análisis, que nos ha permitido llegar a diagnosticar aquellos puntos que pueden ser mejorados o recogidos *ex novo* por nuestro ordenamiento jurídico.

En la búsqueda de soluciones a los problemas que se planteaban y para llegar a nuestra tesis, se han utilizado diversas fuentes referidas a distintas ramas del derecho, que implicaron una compleja labor de ajustes de conceptos y procedimientos. Concretamente se han estudiado cuestiones pertenecientes al derecho de extranjería, el derecho de menores, el derecho civil, el derecho administrativo, el derecho procesal y jurisdiccional y el derecho internacional privado.

Ha sido preciso manejar textos legales de origen internacional: Naciones Unidas y de la UE. La Convención de los Derechos del Niño de 1989, como fuente normativa y las Observaciones Generales nº 5, 6, 12, 14 y 20 que en su labor interpretativa de la Convención, ha realizado el Comité de los Derechos del Niño, al igual que las recomendaciones formuladas a España por este Comité, han sido textos básicos que han servido de faro a toda la investigación. Han sido objeto de estudio las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y los informes realizados por agencias pertenecientes a las Naciones Unidas también han contribuido de forma esencial y significativa a nuestro trabajo: se han analizado los publicados por UNICEF desde 2002, y los elaborados por el ACNUR. Respecto a la normativa examinada de la UE, se han analizado Reglamentos y Directivas dictadas en materia de inmigración y asilo,

así como otros documentos que sin valor normativo (resoluciones o el Plan de Acción de MENA para los años 2010 a 2014) han fijado la postura de la UE en esta materia y que por tanto deberán tener su reflejo en la legislación española que afecte a los MENA.

A nivel nacional, han sido consultadas todas las leyes y reglamentos de extranjería, incluso los ya derogados¹⁹, así como las leyes de protección de menores²⁰. Los informes del Defensor del Pueblo han constituido una importante fuente de estudio y análisis aunque han sido complementados con otros informes de otros órganos consultivos que ejercen sus funciones en las Comunidades Autónomas, en especial los informes del Ararteko del País Vasco. Se han considerado así mismo, los distintos Protocolos que precedieron al Protocolo de MENA y que se fueron dictando desde diversos ámbitos oficiales (Observatorio de la Infancia, Cuerpo Nacional de Policía y Fiscalías Provinciales).

Especial relevancia han tenido los documentos cuyo origen se sitúa en la Fiscalía General del Estado. Se han analizado tanto las Memorias de la FGE (disponibles en la página www.fiscal.es) como Memorias de las Fiscalías de Tribunales Superiores de Justicia, concretamente la de Canarias, desde 2011 (ejercicio de 2010) hasta 2017 (ejercicio de 2016). Igualmente han sido objeto de estudio las Circulares, Instrucciones y Consultas dictadas en materia de extranjería, menores extranjeros y protección de menores. Como consecuencia de la pertenencia de la autora a la Fiscalía, han podido ser analizados Dictámenes, Notas de Servicio internas y Conclusiones de Jornadas de

¹⁹ Nos referiremos a la normativa de extranjería y su evolución en el Capítulo I, no obstante el marco normativo de referencia se constituye por la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm 10 del 12 enero) que ha sido modificada en sucesivas ocasiones, siendo las más relevantes a los efectos de nuestro trabajo las LO 8/2000 de 22 de diciembre (BOE núm 307 de 23 de diciembre) y LO 2/2009 de 11 de diciembre (BOE núm 299 de 12 de diciembre) y el Reglamento de ejecución de la Ley aprobado por RD 577/2011 de 20 de abril (BOE núm 103 de 30 de abril).

²⁰ LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor de modificación parcial del CC y de la LEC (BOE núm 15 de 17 de enero), que ha sido modificada por LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm 175 de 23 de julio) y por 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), a las que haremos constante referencia en el presente trabajo.

Especialistas, Memorias de Fiscalías Provinciales, algunos de ellos publicados en la página www.fiscal.es y otros exclusivamente internos.

Al encontrarnos en una investigación jurídica, lógicamente la jurisprudencia ha tenido un papel relevante. No ha sido nuestra intención hacer un estudio pormenorizado de toda la jurisprudencia; pero sí han sido objeto de un análisis sistemático todas aquellas sentencias que han marcado un hito en alguno de los aspectos tratados en este trabajo y en especial todas las dictadas por el TS tras la doctrina jurisprudencial fijada por el Pleno de la Sala Primera del TS tras las sentencias 452/2014 y 453/2014 de 23 y 24 de septiembre a las que nos referiremos en el Capítulo IV. Se han analizado, así sentencias del TEDH, pero también del TC, el TS, TSJ y Audiencias Provinciales. Para la búsqueda de sentencias de los órganos jurisdiccionales españoles hemos acudido al CENDOJ (<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>), base de datos pública del CGPJ, accesible a cualquier ciudadano. La búsqueda de sentencias del TC, ha sido realizado a través de la página web del ese órgano (<http://hj.tribunalconstitucional.es/es>), así como de su lectura en el BOE. Las sentencias del TEDH se han consultado directamente en la base de datos de dicho tribunal, también pública y disponible en internet (www.hudoc.echr.coe.int) y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con la denominación anterior de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) se han consultado directamente en la base de datos propia de la UE (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)

Se han consultado documentos e informes cuyo origen se encuentra en la UE, siendo de importancia capital en este trabajo. Nos referimos a los informes emitidos por distintas agencias europeas como la European Migration Network (EMN); la Agencia Europea de Derechos Humanos (FRA); o la Oficina Europea de Asilo (EASO). Otros documentos que aunque no han sido producidos por organismos internacionales o nacionales, han tenido también importancia en la investigación. Nos referimos a los informes realizados por importantes ONG internacionales especializadas en inmigración y en menores como Human Rights Watch, o Save the Children; por la red ECRE (The European Council on

Refugees and Exiles); sin olvidar documentos cuyo origen son otras ONG tanto españolas como de otros países.

Hemos de referirnos a las consultas de libros publicados sobre la materia así como Capítulos de libros que sin estar específicamente relacionados con la materia, trataban aspectos de índole general. De igual manera se han analizado artículos difundidos a través de revistas especializadas sobre el objeto de nuestro estudio. Para ello se ha acudido a la red de bibliotecas judiciales y concretamente a la biblioteca del TS, de la Escuela Judicial de Barcelona y a la del TSJ de Canarias; a la biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas; a la biblioteca de la Universidad Pontificia de Comillas y a la biblioteca de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Además han sido manejadas múltiples bases de datos para la obtención de los artículos científicos y doctrinales: base de datos perteneciente a Wolters Kluwer España S.A.²¹; la base de datos de la Editorial Thomsom Reuters / Aranzadi S.A, concretamente Westlaw Premium²²; Tirantonline²³; Lefebvre El Derecho Editores²⁴; editorial Vlex editorial jurídica²⁵; Sepin Editorial Jurídica a través de su base de datos Cronus Jurídico 4Plus²⁶ y por último la base de datos de la Universidad de la Rioja (DIALNET).

Por último también se ha acudido a entrevistas con personas que por sus funciones podían dar distintos puntos de vista respecto a las cuestiones planteadas bien porque directamente tenían relación con los MENA, bien porque podían dar una opinión fundada del actual modelo y mostrar su parecer respecto de posibles cambios, así se mantuvo conversaciones con Magistrados (Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Primera Instancia), Fiscales (tanto de extranjería como de

²¹ De la que se han consultado “La Ley Digital” y la “Base de Datos Doctrina laleydigital360” que incluye monografías de la editorial por Capítulos de todas las publicaciones que edita dicha editorial jurídica.

²² Que incluye las siguientes publicaciones consultadas: Actualidad Jurídica Aranzadi; Revista Aranzadi Doctrinal y Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil.

²³ Con acceso a la Biblioteca Virtual y a las publicaciones y revistas de la editorial.

²⁴ Del que se consultó El derecho internet, y de la selección de monografías de la editorial Marcial Pons “Inmigración, familia y derecho”.

²⁵ De la que se consultó la biblioteca virtual de monografías a texto completo.

²⁶ Que incluye una colección dedicada a Extranjería.

menores), responsables del área de extranjería de la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas, equipo responsable de MENA de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia²⁷ del Gobierno de Canarias; Sección Técnica de Menores de la Brigada de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía de la Comisaría General de Las Palmas; abogados de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en Las Palmas.

4. ESTRUCTURA.

Para poder responder la pregunta que constituye la hipótesis de este trabajo, se ha seguido una estructura progresiva en cuanto a la exposición de las ideas que van avanzando en las distintas cuestiones que deben ser resueltas en el procedimiento para la determinación de la edad. En muchas ocasiones, para explicar o para llegar a la situación en España, se ha partido del estado de la cuestión a nivel de las Naciones Unidas, para después de analizar la situación en la UE, poder llegar a la situación española. Este trabajo no solo se detiene en una tesis final consistente en determinar si el procedimiento actual en España cumple con las garantías y derechos que le son inherentes a todo menor. Nosotros avanzamos un paso más y se analiza la posibilidad de qué nuevos modelos pueden sustituir al actual. Los modelos analizados, tienen cada uno beneficios, pero también dificultades, que no obstante, podrán ser superadas a través de las correspondientes modificaciones legales, bien de la LOEX, de la LEC o de ambas a la vez. En este trabajo no nos decantamos expresamente por ninguno de los modelos alternativos, sin perjuicio de que si atendemos a la tendencia a la desjudicialización de la resolución de conflictos podríamos justificar la sustitución del actual modelo por el modelo administrativo. En cualquier caso, como veremos en el último epígrafe de este trabajo, cualquiera que sea el modelo elegido, éste debería respetar una serie de bases a cuya presencia se llega tras el completo estudio de este trabajo.

²⁷ Pertenece a la Viceconsejería de Políticas Sociales y Vivienda.

En primer lugar hemos intentado enmarcar el fenómeno de las migraciones de MENA, tanto a nivel mundial como especialmente en España. Este estudio conllevó analizar el fenómeno desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo. El estudio cualitativo intenta establecer el perfil sociológico del MENA que llega a España. Ambos aspectos son importantes para este trabajo por dos motivos: el primero porque se constata que el fenómeno de las migraciones de MENA van en aumento en la actualidad, y será necesario estar preparados jurídicamente para asumir procedimientos que garanticen los derechos de este grupo vulnerable. Por eso se dedica también un apartado a la justificación de los MENA como grupo vulnerable. El segundo de los motivos, porque entendiendo la situación social del MENA, podremos aceptar que éste tiene madurez suficiente para poder defender por él mismo sus derechos, sin necesidad de contar siempre y en todo caso con la anuencia de un representante legal, pero sí asesorado y acompañado de un representante jurídico.

En otro orden de cosas y también con carácter introductorio se ha hecho referencia a la ordenación jurídica de las migraciones en España. Sobre todo ha sido importante detenernos en el art. 35 de la LOEX y ponerlo en relación además con la distribución competencial que realiza la CE de la materia de extranjería y de protección de menores. Esta diferenciación también va a estar presente en muchas argumentaciones a lo largo de esta investigación, puesto que si bien existe, como ya hemos mencionado, una coexistencia de dos principios que operan de distinta forma en nuestra materia de estudio, su reflejo radica también en su ordenación jurídica. Con ello queremos decir que la determinación de la edad, como medio privilegiado de un extranjero para permanecer en España si es declarado menor de edad, es una cuestión netamente de extranjería y por tanto competencia del Estado, la protección que debe gozar el MENA en todo momento mientras se determina su edad, y después de ello si es menor, le corresponde a las Comunidades Autónomas de acuerdo las competencias asumidas por sus correspondientes Estatutos de Autonomía. Estas cuestiones estarán presentes a la hora de poder encuadrar la materia, bien dentro del Derecho de Extranjería o bien dentro del Derecho del Menor, al afectar a la protección de la infancia. Estas cuestiones, también afectarán a nuestra propuesta final.

Importante también ha sido el estudio del concepto de MENA pues, nuestro ordenamiento jurídico no sigue el concepto que de MENA ha sido aceptado por la UE. Nuestro concepto jurídico además lleva a equívocos respecto de quien debe ser catalogado como MENA. En este sentido se ha estudiado el concepto desde un punto de vista sistemático. Pero en dos aspectos se ha incidido más: en el concepto de capacidad, por sus implicaciones en nuestra propuesta final, y la situación de desamparo en la que se debe encontrar siempre y en todo caso el MENA.

Siguiendo nuestra evolución lógica en el tratamiento de nuestro estudio, se ha dedicado un Capítulo a los derechos del MENA. Pero no se ha tratado de hacer un análisis de todos y cada uno de los derechos del menor, sino solo de aquellos que tendrán repercusión en el procedimiento de la determinación de la edad, cualquiera que sea el modelo por el que se opte. Así solo nos hemos detenido en el interés superior del menor, el derecho a la audiencia y el derecho a la tutela judicial efectiva del que además estudiamos el derecho a la asistencia letrada. Pero a la vez que se van analizando cada uno de estos derechos, se irán poniendo de manifiesto las deficiencias de nuestro procedimiento en este plano.

Estudiado el plano de las garantías, toca adentrarse en el actual procedimiento en España. La determinación de la edad, es una decisión estrictamente de valoración probatoria, la cual no está exenta de complejidad, y que además ha sido en España actualmente desvirtuada por el Protocolo de MENA. En efecto, la determinación de la edad podrá determinarse conforme a cualquier medio de prueba admitido en Derecho, pero es la documental la que adquiere una especial consideración. Por eso se analizará qué tipo de documentos pueden ser aptos para la determinación de la edad, y cual es su eficacia en España, pues no hay que olvidar que serán documentos extranjeros cuya eficacia se tendrá que hacer valer en España. En defecto de la prueba documental y si la declaración del MENA no es suficiente, se tendrá que acudir a métodos médicos que son pruebas invasivas y que además están sujetos a márgenes de error. Se analizarán cuales son los métodos médicos con los que actualmente se cuenta para ello y cuáles son los usados en España. Dentro de

la cuestión probatoria también se analizará la posibilidad de acudir a la cooperación internacional como instrumento para la obtención de pruebas de carácter documental, que eviten la práctica de los métodos médicos.

Otra de las cuestiones del procedimiento es la relativa al órgano competente y al cauce procedimental. Se realizará un completo análisis de la competencia del Ministerio Fiscal, a la luz del EOMF y de las perspectivas de futuro de este órgano constitucional y de las diligencias preprocesales que es el expediente a través del cual se debe de sustanciar el procedimiento. En ningún momento se perderán de vista los derechos del MENA que fueron analizados oportunamente.

Por último, y descartado el actual modelo, se propondrá la posibilidad de adoptar otro modelo, bien judicial o bien administrativo de acuerdo a lo que existe en otros países de nuestro entorno.

CAPÍTULO I. LAS MIGRACIONES DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA.

Como ya expusimos al inicio de este trabajo, las migraciones han sido una constante en la historia de la humanidad. Este carácter universal del fenómeno migratorio, necesita de un tratamiento internacional y global. La Carta de creación de las Naciones Unidas²⁸ justifica desde el art. 1 esta necesidad cuando dispone que el objeto de esta organización es: *“mantener la paz y seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos y cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”* Esta declaración de principios, sin duda afectó al tratamiento político y jurídico de los grandes conflictos sociales y económicos de la humanidad, y por ende, la ordenación de las migraciones debe ser tratada desde la perspectiva internacional, no sólo para salvaguardar los derechos humanos de quienes migran sino también para mantener la paz entre los pueblos.

Desde el punto de vista de la ciencia del conocimiento, este fenómeno social puede ser estudiado desde diversos puntos de vista: histórico, antropológico, sociológico, económico, jurídico, etc. En nuestro caso se tratará

²⁸ La Carta de las Naciones Unidas se firma en San Francisco (EEUU) el 26 de junio de 1945, entrando en vigor el 24 de octubre de ese año. BOE núm 275 de 16 de noviembre de 1990 en el que se publica la Carta, así como la Declaración Unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia. La Carta está disponible en la siguiente página de internet visitada el 20 de diciembre 2016: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/> Según la página web de las Naciones Unidas (<http://www.un.org/es/aboutun/uninbrief/about.shtml> visitada el 31 de diciembre de 2016): “Las Naciones Unidas no son un gobierno mundial, y tampoco generan leyes, aunque sí tienen una importante función como productora de Tratados Internacionales. Sin embargo, la Organización proporciona los medios necesarios para encontrar soluciones a los conflictos internacionales y formular políticas sobre asuntos que nos afectan a todos. En las Naciones Unidas todos los Estados Miembros, grandes y pequeños, ricos y pobres, con diferentes puntos de vista políticos y sistemas sociales, tienen voz y voto en este proceso.”

de un estudio jurídico de las migraciones, pero como también adelantamos, de un tipo específico de migraciones: la de los menores que migran solos a España.

Las migraciones de menores no acompañados han existido siempre. Sin embargo en la última década del siglo XX, por los países de nuestro entorno, se comenzó a prestar una atención especializada a aquellos primeros menores que aparecían solos en aeropuertos europeos pidiendo asilo. Posteriormente, en la primera década del siglo XXI se constató un verdadero flujo constante de menores que emprendían solos el proyecto migratorio no solo con fines de protección sino como inmigrantes económicos. Así pues no ha sido sino tras los primeros años de la primera década de este siglo, cuando se tiene consciencia por organismos internacionales, los Estados y la sociedad civil, de que estamos ante un grupo especialmente vulnerable, y que la regulación del trato que hay que dispensarles debe ser distinto al del migrante mayor de edad como consecuencia del principio del interés superior del menor²⁹.

En este sentido se enmarca la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE³⁰. Una lectura de la Resolución permite extraer una dura consecuencia: el fenómeno de la inmigración de menores solos no está siendo tratado con el celo y rigor que se merece. El Parlamento como primera recomendación mantiene que en materia de menores, no se ha de aplicar la política migratoria *strictu sensu*, sino las políticas de protección de menores, pues así lo exige el principio del interés superior del menor³¹, debiendo en todo momento además aplicar una visión de género, puesto que si bien el colectivo de los niños es vulnerable, la situación de éstas debe tener una especial consideración pues las niñas tienen mayores probabilidades de ser sometidas a abusos que los niños. Desde nuestro punto de vista, el Parlamento plantea acertadamente la necesidad de que exista no ya una política común en materia de MENA, sino que va más allá, y plantea

²⁹ Al interés superior del menor le dedicaremos un epígrafe en el Capítulo III de este trabajo.

³⁰ Resolución 2012/2263 (INI) disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2013-0387+0+DOC+PDF+V0//ES>

³¹ Al principio del superior interés del menor, como principio y derecho recogido en el art 3 de la CDN se le dedicará un epígrafe en el siguiente Capítulo.

la necesidad de una normativa sistemática en la materia, evitando la fragmentación de la misma. Esta posición creemos que permite iniciar la creación de una legislación única en la materia para todos los Estados Miembros, que además esté correctamente financiada. El planteamiento anterior, queda reforzado en las líneas estratégicas que propone la Resolución: reconocimiento de la prohibición de impedir el acceso de los menores no acompañados a la UE, prohibición de las detenciones de los menores, la necesidad de contar con servicios especializados que atiendan la realidad de los MENA y que les faciliten las correspondientes garantías jurídicas; el establecimiento de normas comunes para la determinación de la edad; la necesidad de contar con un representante del menor equivalente a un guardián o persona que lo acompañe; la necesidad de formación de todos los agentes que intervengan con MENA; aseguramiento de medidas de protección adecuadas sin discriminación alguna a los menores nacionales que requieran de las mismas medidas de protección; búsqueda de soluciones adecuadas para el acceso a la mayoría de edad y establecimiento de un sistema de responsabilidades de cada interlocutor que como bien manifiesta el Parlamento, deben reflejar una adecuada coordinación, lo cual nuevamente nos lleva al concepto de responsabilidad solidaria en la materia.

No obstante lo manifestado más arriba, no pretendemos realizar un estudio que desde el punto de vista internacional y global, abarque toda la regulación que pretenda organizar el fenómeno migratorio, pues ello excedería del objeto de nuestra investigación. Por ese motivo, el presente Capítulo tiene como objeto enmarcar cuantitativamente el fenómeno de estas migraciones en España. Seguidamente determinaremos cuál es el perfil sociológico del MENA que llega a España. Ambas cuestiones nos permitirán identificar al MENA como una persona vulnerable, y por lo tanto necesitada de una especial protección por parte de los poderes públicos, no solo cristalizada en determinadas actuaciones, sino también en una previsión normativa específica que a modo de garantía jurídica gestione las situaciones en las que éste se pueda encontrar.

1. LA DIMENSIÓN CUANTITATIVA DEL FENÓMENO DE LAS MIGRACIONES DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.

El estudio de la dimensión cuantitativa de las migraciones de MENA, nos permitirá aproximarnos a la magnitud del fenómeno, facilitándonos realizar a la postre una mejor orientación de las políticas públicas de protección y de distribución de recursos, así como de tener una visión objetiva del fenómeno que evite interpretaciones parciales e interesadas de estas migraciones.

En la actualidad no existen cifras concretas y fiables de la dimensión cuantitativa de estas migraciones a nivel mundial. Si acudimos al último informe elaborado por la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, “International Migration Report 2015”³², podemos comprobar que no existe ningún apartado específico referido a los MENA, únicamente del apartado relativo a los “inmigrantes internacionales por edad y sexo” se hace referencia que el 15% del total de los inmigrantes internacionales tenían menos de 20 años en el año 2015, manifestando que la proporción de jóvenes inmigrantes era significativamente superior en las regiones en desarrollo (22%) que en las regiones desarrolladas (menos del 10%)³³.

La Observación General nº 6³⁴ sobre el “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, reconoce la carencia de estos datos y la necesidad de contar con ellos, así como con estadísticas para poder garantizar adecuadamente los derechos de estos menores: “98. Según la experiencia del Comité, los datos y estadísticas reunidos acerca de los menores no acompañados y separados de sus familias tienden a

³²International migration report. 2015. Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015.pdf>

³³ En una interpretación de la gráfica que el informe anterior introduce en la página 8 podemos hacer una estimación de inmigrantes internacionales menores (aunque incluyen también las personas de 19 años) de un total de 38 millones, pero en esta estimación se incluyen tanto los menores acompañados como no acompañados.

³⁴ CRC/GC/2005/6

limitarse al número de llegadas o al número de solicitudes de asilo. Estos datos son insuficientes para un análisis detallado del ejercicio de los derechos de estos menores. (...) Por tanto, la realización de un sistema detallado e integrado de acopio de datos sobre los menores no acompañados y separados es presupuesto de la articulación de políticas eficaces para el ejercicio de los derechos de estos menores”.

La UE también se ha hecho eco de las dificultades para contar con datos y estadísticas sobre los menores extranjeros no acompañados tanto en el Plan de Acción sobre Menores no Acompañados de la UE³⁵ y la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE³⁶. El Plan de Acción reconoce que las estadísticas sobre menores no acompañados no abundan y no son coherentes. Los únicos datos con los que se puede contar son aquellos que afectan a los menores solicitantes de asilo, por lo que lógicamente son datos parciales al no quedar reflejados aquellos menores que llegan por otros motivos. Por su parte la Resolución del Parlamento incide en ello poniendo de manifiesto la lamentable falta de estadísticas oficiales fiables sobre menores no acompañados y pide a los Estados Miembros y a la Comisión que mejoren la recogida de datos estadísticos, incluida la información de edad y género, a la vez que se vela por la protección de los mismos. El Parlamento pide que sean los organismos de la propia UE (Eurostat, Frontex, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) y la Red Europea de Migración (EMN)), los que se encarguen de ello. Especial consideración mantiene respecto a los datos de las niñas que puedan encontrarse solas.

Los datos de la UE se refieren únicamente a los menores solicitantes de asilo. Así según EUROSTAT el número de menores extranjeros no acompañados solicitantes de asilo en el año 2016 fue de 63.290, a los que hemos de sumar 2.280 si añadimos los menores extranjeros no acompañados

³⁵ COM(2010)213 final. Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0213&from=ES>

³⁶ Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2013-0387+0+DOC+PDF+V0//ES>

solicitantes de asilo en Islandia, Liechtestein, Noruega y Suiza (estados que pertenecen a la Asociación Europea de Libre Comercio)³⁷. Sin embargo, no solo hay MENA solicitantes de asilo, también hay MENA que huyen de situaciones económicas desfavorables y forman parte del grupo de los migrantes económicos. Por ese motivo los datos anteriores son parciales, si no se cuentan con estadísticas que contabilicen también a estos menores que no solicitan asilo. No obstante, la tarea no es fácil, pues como ponen de manifiesto tanto la EMN, la FRA como UNICEF y el ACNUR³⁸ “muchos menores no acompañados y separados no son registrados por las autoridades bien porque tienen miedo o son incapaces para hacerlo por sí mismos o bien porque han sido advertidos por familiares, compañeros de viaje o traficantes que no lo hagan para que puedan seguir su camino hacia otro país. De forma preocupante, hay otros que no son capaces ni siquiera de contactar con las autoridades porque están siendo controlados por tratantes para ser destinados a fines de explotación sexual, laboral o de otro tipo en Europa”. Pero además de la dificultad de registrar el número total de MENA por las razones expuestas, existe otro motivo que también impide obtener datos de forma armonizada por los distintos estados que permitan conocer la dimensión del fenómeno a nivel supraestatal, y es concretamente el derivado de la definición legal de MENA, pues si no existe un concepto que unitariamente se maneje entre los Estados, de a quiénes nos referimos cuando hablamos de MENA, lógicamente los datos obtenidos tampoco serán fiables. Por eso es importante la definición que de MENA y de menor separado nos ofrece la Observación General nº 6 a estos efectos y que analizaremos desde varios puntos de vista en el Capítulo II de este trabajo.

España también participa de los problemas apuntados por las Naciones Unidas y la UE en orden a la contabilización de los MENA que son localizados

³⁷ Datos obtenidos de EUROSTAT según el siguiente enlace de internet visitado el día 14 de julio de 2017 http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_asyunaa&lang=en

³⁸ European Migration Network. 2014. «Policies, practices and data on unaccompanied minors in the EU Member States and Norway.» European Commission. P.12. Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA). 2017. «Fundamental Rights. Report 2017.» Comisión Europea, Brussels P. 181: “el número de menores no acompañados y separados en la UE es mayor que el que se refleja con los peticionarios de asilo, puesto que muchos niños no están registrados o incluso no solicitan asilo. Indentificarlos y registrarlos como personas vulnerables significa un gran desafío de todos los Estados Miembros”. UNHCR (The UN Refugee Agency) y UNICEF. 2014. «Safe & Sound. What states can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe.» Brussels / New York. P. 7.

en nuestro país³⁹. Además una de las características que dificultan el cálculo del número de MENA es que casi todos ellos pertenecen al grupo de los inmigrantes económicos, o incluso posibles víctimas de trata de seres humanos, que proceden fundamentalmente de África (por nuestra situación geográfica), que solicitantes de asilo⁴⁰. Si bien en el año 2001 se reguló el llamado Registro de MENA configurándose como un instrumento apto que permitiría obtener datos fiables⁴¹ y que en 2011 nuestra legislación⁴² no ha sido hasta el año 2015, cuando hemos comenzado a obtener datos fiables respecto a los MENA existentes en España, una vez que el Registro de MENA comienza a tener efectividad práctica, como consecuencia de los esfuerzos realizados por la Fiscalía de Sala de Extranjería⁴³. Hasta ese momento los datos con los que España contaba eran proporcionados por las CCAA, competentes en las materias de protección de menores, y eran datos que estaban referenciados fundamentalmente en el número de ingresos de menores en los centros de protección⁴⁴.

³⁹ Según la Memoria de la FGE de 2017 (ejercicio 2016), la localización de MENA en España ha sido un 42,02% mayor que en el año 2015. Pero esta localización se refiere solo a aquellos MENA que llegan en patera o embarcación semejante y pueden ser fácilmente localizados y contabilizados, la Memoria manifiesta P. 541: "es imposible saber cuántos otros MENA se han introducido en España a través de las fronteras de Ceuta, Melilla o Algeciras de manera oculta o clandestina".

⁴⁰ Conforme a las estadísticas de EUROSTAT, en el año 2016 España solo tuvo 30 solicitudes de asilo de menores extranjeros no acompañados. Y del año 2008 a 2015 tuvo un total de 120 solicitudes. No obstante, el Defensor del Pueblo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre las particularidades del procedimiento de la determinación de la edad de los MENA que llegan al aeropuerto y solicitan asilo (Recomendación 12/07/2017, disponible en la siguiente página web visitada el 5 de septiembre de 2017: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/presuncion-de-minoria-de-edad-en-las-solicitudes-de-proteccion-internacional-en-aeropuertos/>)

⁴¹ RD 864/2001 de 20 de julio (BOE núm 174 de 21 de julio), como consecuencia de la previsión que había dispuesto el art. 35 de la LO 8/2000, y que actualmente se recoge en el art. 215 del RD 577/2011.

⁴² RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm 103 de 30 de abril.

⁴³ De entre esos esfuerzos debemos de hacer referencia a las previsiones del Protocolo de MENA de 2014 que obligaba tanto a los Fiscales Delegados de Extranjería como a las Brigadas de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía a cumplir con sus pautas de actuación y la Instrucción 1/2012 de la FGE de 29 de marzo sobre la coordinación del registro de menores extranjeros no acompañados.

⁴⁴ Así se deduce de los siguientes informes consultados: Horcas, Vicent; Rebozo, Carolina; Quiroga, Violeta; Alonso, Ariadna y Soria Montserrat. 2009. «Sueños de bolsillo. Menores Migrantes No Acompañados/das en la Comunitat Valenciana. Estado actual y nuevas tendencias.» Fundació Pere Tarrés. Universitat Ramon Llull, Valencia. P. 56; Quiroga, Violeta y Doncel, Concha. 2005. *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa. Proyecto CON RED*. Informe comparativo, Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea. Programa Daphne, Barcelona: Fundació Pere Tarrés. P.38; UNICEF España

En el año 2015 según los datos ofrecidos por el Registro de MENA⁴⁵ había en España un total de 3.341 MENA⁴⁶. Es Andalucía la que acoge al mayor número de ellos, 973; 759 se hallan en Melilla; 375 en Cataluña; 321 en el País Vasco; 305 en Madrid; 198 en Ceuta; 105 en la Comunidad Valenciana; 93 en Canarias; 56 en Murcia; 39 en Asturias; 23 en Castilla y León; 23 en Castilla La Mancha; 35 en Galicia; 8 en Cantabria; 9 en Extremadura; 7 en Aragón; 6 en Baleares y 6 en Navarra. En el año 2016 el Registro de MENA nos ofrece los siguientes datos: existen registrados un total de 3.997 MENA, por tanto ha habido un aumento de 656 menores. Por CCAA la distribución es la siguiente: 1.072 en Andalucía, 999 en Melilla, 404 en el País Vasco, 387 en Cataluña, 293 en Madrid, 246 en Ceuta, 169 en la Comunidad Valenciana, 104 en Canarias, 86 en Murcia, 44 en Galicia, 40 en Castilla y León, 39 en Asturias, 39 en Castilla La Mancha, 19 en Navarra, 16 en Cantabria, 12 en Aragón, 12 en Extremadura, 11 en las Islas Baleares y 5 en La Rioja. Por nacionalidades son significativas las siguientes cifras: 2.620 son marroquíes, 264 son argelinos, 154 son sirios y 81 son de costamarfileños⁴⁷.

y Consejo General de la Abogacía Española. 2009. «Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España.» Pp. 38-41; Jiménez Álvarez, Mercedes. 2003. *Buscarse la vida. Análisis transnacional de los procesos migratorios de los menores marroquíes en Andalucía*. Madrid: SM Ediciones. Pp.12-13. Torrado Martín-Palomino, Esther. 2015. «La necesaria reconceptualización de las migraciones de menores no acompañados en Canarias, España.» *Estudios Fronterizos, nueva época*. 16 (32): 11-39. P.16, añade además las dificultades de la clandestinidad: “las dificultades para su cuantificación es el resultado de las propias características de clandestinidad, y el modelo de atención desarrollado en España, con las competencias de atención y protección transferidas a las CCAA y con el desarrollo de múltiples y variados modelos de gestión, atención y compilación estadística”.

⁴⁵ Según la Memoria de la FGE del año 2015. Pp 487-497.

⁴⁶ El Registro de MENA acoge el número de menores que se deriven de la definición de MENA que nos ofrece el Protocolo de MENA, que es más amplia que la que se recoge en el art. 189 del RD 577/2011, y que no coincide con el concepto de MENA que se está manejando en la legislación de la UE, por lo que el reto de obtener datos fiables y armónicos sigue sin ser una realidad. El concepto jurídico de MENA será tratado ampliamente en el Capítulo II de esta investigación.

⁴⁷ Según la Memoria de la FGE de 2017 (ejercicio 2016) P. 541 y del Registro de MENA (ADEXTTRA). En el registro figuran además un total de 161 menores nacionales de los Estados Miembros de la UE que son tratados como MENA.

2. PERFIL SOCIOLÓGICO DEL MENA QUE LLEGA A ESPAÑA.

Analizado en el epígrafe anterior los datos cuantitativos del fenómeno, pasaremos ahora a estudiar cuál es el perfil sociológico del MENA que llega a España. Se pretende realizar una aproximación tanto a las causas que llevan a estos menores a emprender su proyecto migraciones, pero también a poder determinar cuáles son las motivaciones que los impulsan a ello. Una vez analizadas las mismas, nos detendremos en el perfil sociológico del MENA que llega a España.

2.1. LAS CAUSAS Y LOS MOTIVOS DE LA INMIGRACIÓN DE LOS MENAS.

Las causas que impulsan a las personas a inmigrar son iguales para todas ellas, independientemente de su edad. Según la ONU (2011)⁴⁸ “la pobreza extrema, la falta de oportunidades de educación y de trabajo, la insuficiencia del acceso a atenciones de salud, la discriminación de género, los desastres naturales y los conflictos, así como la degradación ambiental que hace inhabitables zonas enteras, son algunos de los muchos motivos por los que las personas pueden migrar”. Especial preocupación muestra la ONU respecto a dos de estos motivos: el relativo a los conflictos violentos, que destruyen hogares y medios de vida, exponiendo a las personas a violencia sexual, mutilaciones, torturas y asesinatos⁴⁹; y el relativo a los desastres naturales, que “se cobran un balance enorme no solo de vidas sino también de medios de subsistencia,

⁴⁸ UNODC. 2011. *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*. Viena: Naciones Unidas. P.10.

⁴⁹ En este marco se incardina la última Resolución de las Naciones Unidas, que recomienda nuevas líneas de gestión ante los grandes desplazamientos de migrantes y refugiado, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de septiembre de 2016 denominada “Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes”. Las causas enunciadas están íntimamente ligadas con los denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio (17 objetivos para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos en una nueva agenda de desarrollo sostenible, según la página web visitada el 14 de julio de 2017 <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>) Muchos de estos objetivos contemplan acciones que se proponen resolver las causas fundamentales de la inmigración.

hogares, servicios sociales básicos e infraestructuras comunitarias. Esta destrucción suele tener un impacto desproporcionado en las poblaciones pobres y vulnerables, como las mujeres, los niños, los jóvenes y los ancianos”.

Respecto a los MENA, tanto la ONU a través del ACNUR (2015)⁵⁰ como la EMN (2014)⁵¹ coinciden en afirmar que éstos abandonan sus países de origen por múltiples razones: pueden huir de persecuciones, conflictos armados, la explotación y la pobreza. Pueden haber sido enviados por los miembros de sus propias familias⁵², o haber tomado la decisión por ellos mismos, bien para asegurarse su supervivencia, o bien para conseguir una mejor educación o empleo. A pesar de que viajen solos, puede que uno de sus objetivos sea intentar reunirse con sus padres u otros miembros de su familia que se encuentren fuera de su país. O incluso puede que los MENA sean víctimas de trata de seres humanos. O una combinación de varios factores anteriores. En el mismo sentido

⁵⁰ UNHCR (The UN Refugee Agency) Y UNICEF. 2014. «Safe & Sound. What states can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe.» *Op. Cit.* P. 7.

⁵¹ European Migration Network. 2014. «Policies, practices and data on unaccompanied minors in the EU Member States and Norway.» *Op. Cit.* Pp. 12-13.

⁵² Se han constatado hechos, que han dado lugar a alguna sentencia penal condenatoria (SAP de Las Palmas de 20 de febrero de 2015 [ROJ: SAP GC 119/2015 -ECLI:ES:APGC:2015:119](#)), en el que existen organizaciones que facilitan la inmigración de menores a España a través de pateras. De esta forma la organización capta a las familias que quieren un mejor futuro para sus hijos, prometiéndoles que los menores llegarán a España y que en España, habrá gente de confianza de la organización (especialmente mujeres) que se harán cargo de los menores una vez que lleguen e incluso se encargarán de visitarlos y mantener el nexo con su cultura una vez que el menor ingrese en el centro de acogida de menores. Quiroga, Violeta y Doncel, Concha. 2005 en *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa. Proyecto CON RED.* *Op. Cit.* Pp. 72-73 se refieren a la implicación de la familia en la decisión migratoria del menor y mantiene que “cuando es la familia quien toma la decisión, es ésta quien organiza todo el viaje y el destino. Cuando el menor llega a su destino está en contacto con su familia. La decisión familiar de proyecto migratorio se produce tanto por motivos económicos, principalmente por la pobreza de la familia; la familia anima y planifica el proyecto migratorio con el menor como una estrategia de mejora colectiva. Se hace una clara apuesta por el hijo menor como un actor de cambio, delante del padre o de los hermanos mayores por el conocimiento previo de una mayor facilidad en la regularización de los menores. El menor, puede estar o no de acuerdo con la decisión y puede ser aceptada de forma voluntaria o forzosa, pero al final cuando se lleva a cabo el proyecto tiene clara su corresponsabilidad con la familia. El otro motivo de la decisión familiar es para mejorar las expectativas sociales del menor, para darle una oportunidad al hijo, normalmente en el ámbito educativo”. En igual sentido se pronuncian Suárez-Navaz, Liliana y Jiménez Álvarez, Mercedes. 2011 en «Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro).» *Papers: revista de sociología.* 96 (1): 11-33. P.25 “La familia puede llegar a desempeñar un papel importante en la gestión del proyecto migratorio, como hemos visto sucede en el perfil de los menores no acompañados que provienen del sur rural. La paradoja se plantea cuando la familia vive una situación de precariedad, exclusión social y violencia tal que no puede velar por el hijo y tolera o incluso promociona su migración”.

se pronuncia UNICEF (2012)⁵³ al reconocer los motivos por los que los niños y niñas migran: “(...) Mientras que muchos lo hacen con la esperanza de conseguir mejores condiciones económicas o educativas, otros sencillamente desean escapar de la pobreza. Algunos migran debido a circunstancias familiares, como la muerte de uno de los progenitores, o para huir de los conflictos o los desastres naturales y los innumerables problemas que comportan, como la escasez de alimentos. Un entorno familiar inestable o problemático es otro factor importante. El descuido o el abuso por parte de quienes deben cuidarlos también hacen que los niños dejen sus hogares. Y, en algunos casos, alejarse es una manera de establecer una identidad propia; es decir, una declaración de independencia”.

Los motivos por los que los MENA emigran, según varios informes de investigadores españoles⁵⁴ se resumen en los siguientes: motivos políticos, motivos económicos y en estrategias de mejora de las expectativas sociales y culturales. Siguiendo a Quiroga (2005): “Los que emigran por motivos políticos son los que solicitan asilo y abandonan sus países de origen por razones étnicas-políticas y religiosas, y lo hacen por miedo a ser perseguidos o encarcelados por esas razones. Otros huyen para no ser enrolados en el ejército, y otros porque las acciones políticas de sus padres, los hacen también víctimas de persecución. Los que emigran por motivos económicos lo hacen porque en su país existe una realidad socioeconómica precaria que incide en las familias. Los menores deben de trabajar desde edad temprana y aportar los ingresos a la familia, sin tener opción a decidir si quieren trabajar o no, debiendo abandonar la escuela. Por último, los menores también emigran impulsados por las expectativas de éxito propio, de sus familias o de la sociedad. Como adolescentes tienen deseo de aventura, de viajar de cambiar de lugar, etc. Su

⁵³ UNICEF. 2012. «Niñas y niños en un mundo urbano.» Informe Anual, Nueva York. P.36 Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.unicef.org/spanish/sowc2012/pdfs/SOWC-2012-Main-Report-LoRes-PDF_SP_01052012.pdf

⁵⁴ Quiroga, Violeta y Doncel, Concha. 2005. *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa. Proyecto CON RED. Op. Cit.* Pp. 68-79; Horcas, Vicent; Raboso, Carolina; Quiroga, Violeta; Alonso, Ariadna y Soria, Montserrat. 2009. «Sueños de bolsillo. Menores Migrantes No Acompañados/das en la Comunitat Valenciana. Estado actual y nuevas tendencias.» Op. Cit. Pp. 98-103; UNICEF España y Consejo General de la Abogacía Española. 2009. «Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España.» Op. Cit. Pp. 48-51. Quiroga, Violeta, Alonso Ariadna, y Soria Montserrat. 2010. *Sueños de bolsillo.* Investigación, UNICEF. Pp. 64-81.

visión de Europa está condicionada por los medios de comunicación y por las vivencias de familiares o vecinos emigrantes, que les transmiten un mensaje positivo, como el de un lugar donde es posible conseguir aspiraciones y sueños y olvidarse de las frustraciones y de la inmovilidad social existente en sus países de origen". Según Hadjab Boudiaf (2011)⁵⁵ "el mito del "dorado" europeo se esboza poco a poco en las mentes adolescentes y la migración hacia Europa nace al precio que sea como si fuera el único proyecto de vida. Toman decisiones de mayores invocando la plena madurez para sacar a su familia del "agujero negro" en el que viven y se plantean un proyecto de una envergadura inmensa, sin darse cuenta del sacrificio de su propia niñez. (...) Europa es idealizada, rica, respetuosa de los Derechos Humanos y por consiguiente, de los niños, una sociedad de consumo, garantizando calidad de vida, educación, servicios sociales y empleo"⁵⁶.

2.2. EL PERFIL SOCIOLÓGICO DEL MENA EN ESPAÑA.

En España, el fenómeno de las migraciones de menores extranjeros no acompañados irrumpe a mediados de los años 90⁵⁷ con la llegada de niños

⁵⁵ Hadjab Boudiaf, Habiba. 2011. «Entender el fenómeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados".» *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones. 925-934.

⁵⁶ Este mito de "El Dorado" fue puesto de manifiesto por Giménez, Carlos, y Liliana Suárez. 2002. «Menores no Acompañados. Introducción al fenómeno desde el análisis de situación del año 2000.» Informe Final del Proyecto de Investigación "Menores no acompañados que han entrado en territorio español sin representación legal", Universidad Autónoma de Madrid. Programa Migración y Multiculturalidad., Madrid. P.51: "la mayoría de los MNA son marroquíes. Los menores se unen a los flujos migratorios entre las dos orillas del Mediterráneo y creen en la existencia del bienestar europeo, y en que es posible acceder a él arriesgándose a cruzar el Estrecho. De todas formas, para la mayoría, muy mal les tendría que ir para que fuera peor que lo que viven y podrían vivir en su país de origen (...) la idea de emigrar forma parte del imaginario del niño, y en especial del niño varón desde muy pronto. Ven a sus familiares, amigos y vecinos volver de Europa en verano, con regalos y nuevos objetos domésticos para la vivienda que dejaron atrás (...) Los emigrantes que retornan en la época de vacaciones se esfuerzan en no hacer visible el sufrimiento, las horas de duro trabajo, el rechazo sentido. Muy al contrario elaboran narraciones sobre las bienaventuranzas de la "tierra prometida", generalmente situándose ellos en el centro más positivo de la imagen. Esto refuerza su prestigio como emigrantes exitosos y como hombres capaces de sortear los obstáculos para darles lo mejor a su prole".

⁵⁷ Lázaro González, Isabel E. 2007. «Menores extranjeros no acompañados. La situación en España.» *Prolegómenos. Derechos y Valores*. X (19): 149-162. Pp.150-151; Torrado Martín-Palomino, Esther. 2015. «La necesaria reconceptualización de las migraciones de menores no acompañados en Canarias, España.» P. 12 Op. Cit. Quiroga, Violeta y Doncel, Concha. 2005. *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa. Proyecto CON*

marroquíes fundamentalmente a través del Estrecho y comienza a proliferar en la primera década del siglo XXI, con el denominado fenómeno de “paterización” cuando la entrada de menores se produce de forma importante a través de pateras y cayucos a las costas tanto de Canarias como del sur de España (años 2006 a 2008), incrementándose así la variabilidad de perfiles de menores.

De acuerdo a lo anterior, es posible distinguir en la actualidad y en España dos perfiles de MENA: el menor de origen marroquí, y el menor de origen subsahariano⁵⁸.

De acuerdo a Jiménez Alvarez (2005)⁵⁹ “en las migraciones de Marruecos se distinguen diversas etapas bien diferenciadas. Una primera fase masculina, caracterizada por la emigración casi exclusiva de hombres que se dirigían a Europa en busca de trabajo durante las décadas de los sesenta y setenta. Una segunda fase de reagrupación familiar, que se inicia a mediados de los años setenta y aumenta a partir de 1975. Una tercera etapa consistente en la feminización de las migraciones a partir de 1985. Actualmente nos encontramos ante una cuarta etapa protagonizada por menores de edad. La emigración de menores empieza a producirse a mediados de la década de los 90. Los primeros destinos elegidos por los menores son Francia y Bélgica. A finales de los 90, España e Italia son los nuevos países de destino de estos menores. Este nuevo

RED. Op. Cit. 15-16; Iglesias Martínez, Juan, y Legaz Cervantes, Francisco. 2009. *MENAS (Menores Extranjeros No Acompañados Subsaharianos. Estudio sobre la migración internacinal de Menores Extranjeros No Acompañados Subsaharianos hacia las Islas Canarias. Perfil y expectativas*. Madrid: Fundación Nuevo Sol. Pp. 24-27. Aparicio Chofré, Lucía. 2012. «Entre la externalización y el codesarrollo. Novedades en la regulación de los menores no acompañados.» En *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, de Cabello Mallol, Vicente; Cloquell Lozano, Alexis, 379-396. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁵⁸ No obstante no podemos olvidar que también existió hasta el año 2007 el perfil del MENA procedente de los países de Europa del Este, fundamentalmente Rumanía y Bulgaria. Estos menores generalmente eran víctimas de delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, para ejercer la mendicidad, para cometer hechos delictivos como hurtos y robos, o bien para obligarlos a contraer matrimonios forzados. Pero hemos de tener en cuenta que a pesar de que lo descrito era una realidad, lo cierto es que hasta el año 2010, España no introdujo en la legislación interna penal el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis), y que hasta 2015, no se incluyó como fines del delito los matrimonios forzados o la comisión de hechos delictivos.

⁵⁹ Jiménez Alvarez, Mercedes. 2005. «La migración de los menores en Marruecos. Reflexiones desde la frontera sur de Europa.» En *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, de Ramírez Fernández, Angeles y Jiménez Alvarez, Mercedes (Coordinadoras), 115-135. Madrid: Akal SA / Universidad Internacional de Andalucía.

fenómeno se consolida a finales de los 90 y en los tres primeros años del S.XXI. Destacaba en principio el origen urbano de los menores frente al rural y de las ciudades del norte frente a las del sur. Sobresale Tánger y su zona metropolitana como la principal ciudad de origen de los menores. Hasta finales de 2002, los menores emigran principalmente como polizones en los barcos o escondidos en los bajos de los camiones. (...) La emigración constituye un referente social en Marruecos y forma parte del imaginario social. Para la mayoría de la población emigrar es una manera de promocionar. Entre los jóvenes se ha normalizado esta opción como una expectativa de futuro fundamental y una forma de alcanzar un futuro próspero”.

Por algunos medios se ha intentado mantener la idea que los MENA marroquíes eran niños en situación de calle en Marruecos, y que hoy este perfil ha ido evolucionando⁶⁰. Sin embargo difiere de esta afirmación Jiménez Alvarez (2005) quien mantiene al respecto que “el número de niños de la calle que emigran a la Península es muy pequeño, por parte debido a que el menor de la calle está demasiado ligado a su supervivencia diaria como para emprender el esfuerzo que supone emigrar; por otra, porque Ceuta es el destino principal de los menores de la calle que deciden emigrar que provienen de la región de Tánger. La cuestión nos remite a la pregunta ¿por qué se identifica desde los medios de comunicación, desde algunas instituciones y desde algunas asociaciones que trabajan con estos menores, el origen de estos chavales como niños de la calle cuando hemos visto que no son representativos? Podemos enumerar varias razones, como el desconocimiento que sobre Marruecos tienen estas entidades e instituciones o la imagen dada desde los medios de comunicación. Una última razón nos dará la calve de un nuevo proceso: el deterioro que sufren algunos de los menores una vez que llegan a nuestro país, hasta el punto de convertirse en niños de la calle en España, cuando en su lugar de origen no lo eran. Este fenómeno se debe a que la actuación administrativa y educativa sobre este colectivo ha sido en determinados casos muy lenta y poco eficaz. Muchos menores, al no ver satisfechas sus expectativas, se escapan de

⁶⁰ European Migration Network (EMN). 2009. «La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados. España.» Comisión Europea. P.22

los centros de acogida y se inician en la calle en actividades propias de la delincuencia, que les permiten conseguir dinero para mantenerse. Este hecho traslada la responsabilidad de que los menores terminen en las calles a las autoridades españolas y al sistema de protección de la infancia de cada una de nuestras CCAA. También contribuye a ello las repatriaciones realizadas contra la voluntad de los menores, pues el menor retornado intentará volver. El menor no siempre regresa con su familia y se queda deambulando por la calle o viviendo en el puerto a la espera de volver a cruzar el Estrecho”.

El perfil del MENA marroquí según los estudios de Jiménez Álvarez (2003)⁶¹ sería el de un menor de entre 14 y 17 años, varón, si bien las niñas que llegan son invisibles puesto que muchas son víctimas bien de trata de seres humanos, o bien son “esclavizadas” en el servicio doméstico⁶², proceden fundamentalmente de las zonas urbanas del norte de Marruecos (Tánger y su conurbación metropolitana), de las grandes ciudades del centro y de algunas zonas rurales del sur, profesan la religión islámica, la mayoría proceden de familias estructuradas si bien con problemas económicos, tienen cursados los estudios primarios completos, tienen experiencia laboral en empleos artesanales, peones de la construcción o en la agricultura, mantienen comunicación y relación con sus familias, poseen algún adulto en España conocido que le sirve de referencia, la mayoría entra en España como polizón en un barco o escondido en algún camión, los menores marroquíes que usan la patera son los que provienen del sur de Marruecos y llegan a Canarias.

Como ya manifestamos más arriba, existe actualmente en España, otro perfil de MENA. Se trata de los menores subsaharianos que llegan a Canarias en las pateras y cayucos que zarpan de las costas atlánticas africanas (Marruecos, Mauritania e incluso Senegal), a partir de la segunda mitad de la primera década de este siglo. Según Iglesias Martínez y Legaz Cervantes

⁶¹ Jiménez Álvarez, Mercedes. 2003. *Buscarse la vida. Análisis transnacional de los procesos migratorios de los menores marroquíes en Andalucía*. Op. Cit. Pp 26-30.

⁶² Se trata de las llamadas “petite bonne”. Así lo explica el periódico El Mundo en la siguiente noticia del 6/12/2015 en la página web recuperada el día 16 de julio de 2017 <http://www.elmundo.es/sociedad/2015/12/06/5662cd3046163f65258b462c.html>

(2009)⁶³ estamos ante un menor de entre los 16 y los 18 años como edades mayoritarias; son menores que no forman parte de los grupos sociales más empobrecidos y precarizados de sus países de origen, sin que ello no quiera decir que puedan haber vivido situaciones de fuerte precariedad económica y social, además forman parte de grupos que ya están incorporados en los flujos migratorios internacionales a través de familiares directos. Estos menores pertenecen a grupos familiares extensos que van más allá de la familia nuclear media de Europa occidental, conformadas a demás por distintos vínculos de parentesco como consecuencia de la poligamia masculina. En la familia está presente la figura paterna y materna como referente de las tareas de tutela, cuidado y atención de los menores. Además en la mayoría de los casos estos menores han recibido algún tipo de soporte financiero por parte de sus familias para el viaje, por lo que el proyecto migratorio no es una aventura individual. Respecto a su nivel educativo, presentan un perfil educativo bajo, con un alto porcentaje de ellos sin escolarizar; respecto a su competencia idiomática hablan tanto las lenguas maternas originarias de sus lugares de procedencia (wolof y soninke), pero también se desenvuelven en francés, y algunos de ellos en inglés (según el pasado colonial de su país de origen). Respecto al perfil laboral, estos MENA se incorporaron a edad muy temprana al mercado de trabajo en sus países de origen; las ocupaciones generalmente eran en el sector primario, pesca, comercio informal y también la construcción. Por último estos MENA procedían fundamentalmente de Senegal, Malí, Gambia, Guinea Conakry, Mauritania, Guinea Bissau. Si bien no lo examina en su informe Iglesias Martínez y Legaz Cervantes (2009), nosotros debemos añadir que estos MENA son en su gran mayoría varones.

Por último debemos de hacer referencia al perfil común que realiza Bravo Rodríguez (2005)⁶⁴ del MENA conforme a las siguientes características y que

⁶³ Iglesias Martínez, Juan, y Legaz Cervantes, Francisco. 2009. *MENAS (Menores Extranjeros No Acompañados Subsaharianos. Estudio sobre la migración internacional de Menores Extranjeros No Acompañados Subsaharianos hacia las Islas Canarias. Perfil y expectativas*. Op. Cit. Pp. 49 - 101

⁶⁴ Bravo Rodríguez, Rosa María (2005) en la "Situación de menores no acompañados en España", conferencia pronunciada en la Conferencia regional sobre "Las Migraciones de los menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor" celebrada en Torremolinos – Málaga los días 27 y 28 de octubre, organizada por el Consejo de Europa (MG-RCONF (2005) 11) y disponible en el siguiente enlace de descarga

desde nuestro punto de vista es aplicable a cualquier MENA que de forma general llega a España, esto es, el MENA que forma parte del grupo de los migrantes económicos y que a pesar de la fecha en la que se elaboró dicho perfil, creemos que a día de hoy se ajusta a la realidad: “fundamentalmente se trata de varones; suele tener bastantes hermanos; proceden en la mayoría de los casos de Marruecos; la edad media se sitúa alrededor de los 16 años; presenta una mayor madurez que la que le corresponde a su edad cronológica; mantiene una relación normalmente periódica con su familia de origen; muestra deseos de mejorar su situación personal y familiar; su proyecto migratorio es generalmente muy claro: conseguir la documentación y trabajar lo más pronto posible; presentan una gran movilidad geográfica tanto dentro de España, trasladándose de una Comunidad Autónoma a otra, como incluso dentro de la Unión Europea; la opción por un determinado lugar siempre tiene siempre un elemento de provisionalidad ya que depende de la consecución de sus objetivos; suele tener redes de compatriotas que facilitan el acceso; rechazan el sistema de protección ofrecido decantándose por opciones de mayor autonomía tal como el alojamiento en pisos; tiene un bajo nivel de calificación, habiendo estado escolarizado varios años pero sin haber terminado la escolaridad obligatoria; suele tener algún tipo de experiencia laboral; rechaza la escolarización mientras que opta por aquellas actividades formativas que le permitan conseguir un empleo; se relaciona poco con jóvenes autóctonos; sufre un gran choque entre las expectativas que tenía al venir a España y la realidad con la que se encuentra; no contempla el retorno y conoce la legislación y el sistema de protección y hace uso de él”.

2.3. LOS MENA COMO GRUPO VULNERABLE.

Como ya hemos apuntado desde el comienzo de esta investigación, y siguiendo a López Guerra (1998)⁶⁵ podemos afirmar, una vez examinada la

<http://jcpinto.es.en.eresmas.com/conferencia%20mena.pdf> Este perfil es recogido por Lázaro González, Isabel E. 2007. «Menores extranjeros no acompañados. La situación en España.» *Op. Cit.* P.151 y por Martín, Emma, Martínez, Manuel Francisco y Martínez, Julia. 2014. «Interculturalidad y atención a menores y jóvenes inmigrantes.» *Materiales Didácticos*, Universidad de Sevilla, Sevilla. Pp. 11-12

⁶⁵ López Guerra, Luis. 1998. «Derechos Humanos y exclusión social.» *Op. Cit.* P.36.

magnitud del fenómeno y sus características sociológicas, que los MENA forman parte de las llamadas “minorías”, por lo que se encuentran en situación precaria y de exclusión⁶⁶ dentro de la sociedad. Ante ello los poderes públicos no sólo deben de abstenerse de realizar conductas lesivas a la dignidad de estas personas, sino que estos “grupos sociales minoritarios, excluidos, y en situaciones de precariedad vital exigen una acción prestacional del Estado, equiparable a la que dio origen al Estado de Bienestar. El problema reside en que ahora esos grupos no disponen, ni probablemente dispondrán nunca, por su misma naturaleza minoritaria, de una base social y electoral relevante que fuerce, en la defensa de sus intereses, a una acción legislativa, administrativa y de prestación económica (...) La defensa de la protección de los derechos humanos de las minorías en un sistema democrático, sobre todo cuando esa protección supone costes económicos, puede representar también un coste político para los que la propugnen. Pero, desde una perspectiva que parta del reconocimiento de unos valores básicos de solidaridad y de dignidad de la persona, no cabe excluir de la aplicación de esos valores a un sector social por minoritario que sea”. Por tanto, ante una situación de vulnerabilidad, se deberá exigir por parte de los poderes públicos la prestación de una especial atención, a través de políticas adecuadas de protección y que favorezcan la integración del grupo con el resto de la sociedad para evitar el proceso de exclusión al que se ven abocadas estas personas, pues no debemos de resignarnos a definir de manera perpetua al MENA como una persona excluida socialmente.

Que el MENA es una persona vulnerable, es una consideración que es aceptada por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 6⁶⁷, que establece desde el párrafo primero que el objeto de la misma es poner

⁶⁶ Vulnerabilidad y exclusión social son dos conceptos que se dan la mano. Así se deduce del estudio Equipo de Investigación Universidad Pontificia de Comillas. Coordinadora Lázaro González, Isabel. 2014. *Cuadernos para el Debate (03). Vulnerabilidad y exclusión social en la infancia*. Madrid: Huygens Editorial. Así tras analizar que se entiende por proceso de exclusión social (entendido como un conjunto de fases o etapas que incluye distintas manifestaciones o estados relacionados entre sí por relaciones complejas de causa y efecto que involucran factores individuales, sociales y naturales en una relación dinámica), se mantiene que en nuestra sociedad existen colectivos infantiles especialmente vulnerables (Pp 17-18): “en nuestra sociedad existen personas que por el simple hecho de pertenecer a un determinado grupo social se encuentran en una situación de desventaja a la hora de hacer efectivos sus derechos en condiciones de igualdad con el resto de las personas”. Forman parte de este colectivo los MENA.

⁶⁷ CRC/GC/2005/6

de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia (...) para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y pueden disfrutar de los mismos, así como proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado a la luz de todo el contexto jurídico que representa la CDN, con particular referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones⁶⁸.

El concepto de vulnerabilidad, que no es definido en ningún texto legal, aunque sí es recogido en ellos⁶⁹, está íntimamente ligado a los procesos de exclusión que según el Equipo de Investigación de la Universidad Pontificia de

⁶⁸ En el mismo sentido se expresa el informe anual de UNICEF de 2012 “Niñas y niños en un mundo urbano”. Nueva York. P.38 “los niños y niñas que migran sin la compañía de adultos son sumamente vulnerables a la explotación, el abuso y la trata. Sin apoyo ni redes de protección, afrontar esta situación puede tener un alto costo emocional. Dificultades similares esperan a los niños refugiados y solicitantes de asilo, quienes son especialmente vulnerables durante la fase de reasentamiento”. Y también la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2014 “Los niños y adolescentes migrantes” (A/RES/69/187 disponible en el siguiente enlace de descarga <http://undocs.org/es/A/RES/69/187>) cuando dispone: “Preocupada porque los niños migrantes, incluidos los adolescentes, en particular los que se encuentran en situación irregular, pueden estar expuestos a abusos y violaciones serios de los derechos humanos en diversos puntos de su viaje, lo que puede poner en peligro su bienestar físico, emocional y psicológico en los países de origen, de tránsito y de destino, y porque muchos niños migrantes en situación irregular, incluidos los adolescentes, pueden no ser conscientes de sus derechos y estar expuestos a delitos y abusos de derechos humanos que cometan organizaciones delictivas transnacionales y delincuentes comunes, en particular, el robo, el secuestro, la extorsión, las amenazas, la trata de personas, incluido el trabajo forzoso, el trabajo infantil, la explotación, los abusos sexuales, las lesiones físicas y la muerte”. En segundo lugar se refiere a la necesidad de protección y dispone: “Reafirma la necesidad de promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños migrantes, incluidos los adolescentes, independientemente de su estatus migratorio, y de abordar la cuestión de la migración internacional mediante la cooperación y el diálogo a nivel internacional, regional o bilateral y la aplicación de un enfoque integral y equilibrado, reconociendo las funciones y responsabilidades de los países de origen, de tránsito y de destino en la promoción y protección de los derechos humanos de los niños migrantes, incluidos los adolescentes, y evitando aplicar enfoques que puedan agravar su vulnerabilidad.”

⁶⁹ A pesar de que no se define, la referencia a la condición de vulnerable la encontramos en la Resolución del Consejo de la Comunidad Europea de fecha 26 de junio relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE núm C.221/23 de 19 de julio de 1997) que reconoce expresamente que “los menores no acompañados de países terceros suelen encontrarse en situación vulnerable, por lo que precisan de protección y cuidados especiales”. En otras normas europeas, también vuelve a hacer acto de presencia esa condición de vulnerabilidad de los MENA: así en el art. 3.9 de la Directiva 2008/115/CEE 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 núm L 348/98 de 24 de diciembre de 1998) y en el art. 21 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) (DOUE núm L 180/96 de 29 de junio de 2013).

Comillas⁷⁰ “involucran factores individuales, atribuibles a los sujetos particulares, sociales, atribuibles a la organización y funcionamiento de la sociedad y naturales, atribuibles a las condiciones de un medio ambiente que en el nivel de la biosfera se encuentra afectado de forma creciente por la actividad humana”. Por lo tanto, la vulnerabilidad no solo depende de un factor sino de varios factores combinados entre sí que de forma dinámica van conformando ese proceso de exclusión.

La Observación General nº 6 describe de forma global y pormenorizadas cuáles son las graves circunstancias en las que se pueden encontrar los menores extranjeros: “...mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación. En cuanto a las menores no acompañadas y separadas de sus familias, están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica. En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos, son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta prácticamente imposible de conseguir. Son también muchos los menores que disfrutan de un régimen solo temporal que

⁷⁰ Equipo de Investigación Universidad Pontificia de Comillas. Coordinadora Lázaro González, Isabel. 2014. *Cuadernos para el Debate (03). Vulnerabilidad y exclusión social en la infancia*. Madrid: Huygens Editorial. Pp 11-18.

finaliza al cumplir los 18 años y se encuentran entonces con que existen muy pocos programas eficaces de retorno.”

A modo de resumen podemos concluir que son tres los factores que hacen del MENA una persona vulnerable, y como tal se encuentran en una situación de desventaja a la hora de hacer efectivos sus derechos en condiciones de igualdad con el resto de las personas.

El primer factor es su edad, pues como menores, requieren de protección por parte de todos, particulares y poderes públicos. En segundo factor por ser extranjeros, que los sitúa ya dentro de esa esfera de “grupo minoritario”. En este sentido traemos a colación las palabras de Peces-Barba (1995)⁷¹: “desde los propios Gobiernos de los Estados Miembros de la Unión se impulsan en ocasiones, políticas que podríamos denominar de diversificación de los estatutos jurídicos de las personas y de stop a la entrada de personas de terceros países que aún siendo genéricamente respetuosas con el Derecho Internacional de los derechos humanos, que protege a la persona en cuanto tal – con independencia de su nacionalidad – van a restringir algunos derechos de los no ciudadanos (...) Desde una posición de universalismo es difícil la defensa de las limitaciones de los derechos de los extranjeros, y más bien parece que la finalidad del orden jurídico debería ser la de facilitar la integración de esas personas en la sociedad, en igualdad de derechos y sin necesidad de que renunciasen a sus diferencias ni abandonasen su identidad asimilándose o integrándose con la mayoría de la población. Pero la realidad social, política y jurídica difieren puesto que ni las normas internacionales impiden ciertas limitaciones de los derechos de los extranjeros ni los gobiernos dejan de impulsar políticas, más o menos sutiles, de asimilación e incluso de rechazo ni, finalmente, dejan de producir, reacciones xenófobas y racistas por parte de individuos o colectividades”. Y el tercer factor por encontrarse no acompañados, sin ningún adulto responsable de ellos y en consecuencia en desamparo.

⁷¹ Peces-Barba, Gregorio. (Con la colaboración de Rafael de Asis Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón). 1995. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Op.Cit. P. 666-670.

Ante esta situación de vulnerabilidad, como ya hemos avanzado, se debe responder con la protección, para lo cual, los Estados deberán tener en cuenta los criterios interpretativos dados por la Observación General nº 6 para buscar soluciones y gestionar la incidencia de la inmigración de los MENA en sus legislaciones derivadas de las obligaciones internacionales contraídas al hacer suya la CDN. Pero, ¿cumplen los Estados con este deber de protección?. La respuesta no es fácil. En principio parece claro que muchos países no cumplen con los derechos que por el mero hecho de ser persona tienen los menores y que se declaran en la CDN, siendo este uno de los motivos por los que los menores abandonan sus familias y sus países. Como manifiesta José James (2013)⁷²: “aquello que realmente necesita el menor no es que el Estado o la ONU reconozca sus derechos –como si antes de ese reconocimiento no los tuviera-, sino que el Estado y la ONU se comprometan a defender esos derechos que él ya tiene desde que es un ser humano. El menor no quiere que le repitan sus derechos, quiere que el Estado asuma su deber. Los derechos humanos se defienden asumiendo el compromiso de defenderlos en la práctica, como un deber ineludible, no como un encargo o como una labor que toca en suerte hacer. (...) Todos hablamos de los derechos del menor, pero pocos asumen el deber de afrontar sus responsabilidades.”

En atención a todo lo expuesto y a modo de resumen podemos remitirnos a la definición que del concepto de vulnerabilidad nos proporciona Alonso Sanz (2016)⁷³ para quien estamos ante: “un concepto de geometría variable y notable flexibilidad semántica: adquiere connotaciones diversas dependiendo del contexto en el que se emplee”. Para esta autora, la vulnerabilidad gira en torno a dos ejes: la existencia previa de determinadas condiciones previas que deben existir en la persona que pueden ser personales, sociales, económicas, jurídico – administrativas que pueden coexistir; y en segundo lugar la necesidad de relaciones de dependencia que “se caracterizan por la necesidad de intervención de un tercero, ya sea un particular o un ente público o privado, para paliar el

⁷² José James, Ariel. 2013. «El significado ético de la protección: el caso de los menores no acompañados en España» en *Infancia y Protección Internacional en Europa*, de Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel. E, 135 -144. Madrid: Tecnos. P. 139.

⁷³ Alonso Sanz, Lucía. 2016. *El estatuto constitucional del menor inmigrante. Op Cit.* Pp 102 – 112.

déficit de autonomía iusfundamental, bien ejerciendo los derechos en nombre o a favor del vulnerable, bien asistiendo a éste en el ejercicio de los mismos, o bien compensando de diversas formas las consecuencias que aquél déficit acarrea”. Creemos acertada su conclusión respecto a la situación del colectivo MENA cuando afirma que “parece claro que los menores no acompañados se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada o múltiple, resultante de la intersección de la minoría de edad con el desamparo y la condición de inmigrante. (...) Un cuadro que incluye problemas de integración, que entrañan una mayor dificultad para acceder al mercado laboral, máxime en un contexto de crisis económica, así como para desarrollar estudios o formación. La falta de oportunidades, unida a la incertidumbre sobre el futuro derivada de la precariedad residencial, y a la inestabilidad personal propia de la adolescencia, conlleva frecuentemente el recurso a prácticas ilegales, que abocan al colectivo a la marginalidad social. Esto incide también en la imagen pública del mismo que contribuye a retroalimentar su vulnerabilidad.”

3. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS MIGRACIONES DE MENA EN ESPAÑA.

Como hemos apuntando, a fin de poder dar una respuesta adecuada y sobre todo respetuosa con los derechos fundamentales de los MENA, que forman parte de las llamadas minorías de la sociedad y que tienen más dificultades para el ejercicio de sus derechos, es necesario que por parte del Estado, exista una labor normativa que garantice, tanto el ejercicio de sus derechos como su protección. La regulación de los aspectos jurídicos afectantes a los MENA en España se encuentra incardinado en el Derecho de Extranjería, aunque no hemos de olvidar que el Derecho de Menores, será de aplicación en todo lo relativo a la protección del menor, y sus principios y derechos básicos recogidos en la CDN (especialmente el referido al interés superior del menor y el derecho a la audiencia y a los que les dedicaremos el Capítulo III del presente trabajo) deberán informar y tenerse presentes en cualquier procedimiento en el

que se vea involucrado un menor, sin que pueda existir ningún tipo de distinción por razón de la condición de extranjero en su protección.

En el presente epígrafe haremos referencia a la ordenación jurídica del derecho de extranjería en España y en especial a aquella que afecta a los MENA. Sin embargo, como cuestión previa dedicaremos un primer apartado a determinar cual es el marco normativo de extranjería en nuestro ordenamiento jurídico. No pretendemos realizar un estudio exhaustivo de la evolución de la legislación de extranjería en España, ni mucho menos un estudio pormenorizado de la LOEX y sus reglamentos de ejecución, pero sí haremos una referencia a la distribución competencial en la materia a la vista de la CE y las disposiciones de la LOEX. Finalmente abordaremos la ordenación jurídica que nuestro ordenamiento jurídico y concretamente la LOEX realiza de los MENA. No pretendemos tampoco estudiar todas y cada una de las disposiciones afectantes al MENA, pues sobrepasaría el objetivo de este trabajo, que se circunscribe al procedimiento de determinación de la edad y no es nuestra pretensión, aunque sí nos referiremos de forma sucinta a las mismas. Y al igual que haremos en el primer apartado de este epígrafe, nos referiremos a la distribución de competencias en la materia entre Estado, CCAA y Corporaciones Locales.

3.1. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA.

En España es la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷⁴ la norma que fija las líneas básicas y fija el marco normativo del Derecho de Extranjería en España⁷⁵. La Ley

⁷⁴ BOE núm 10 de 12 de enero.

⁷⁵ La primera "Ley de Extranjería" tras la CE fue la LO 7/1985 de 1 de julio sobre derechos de los extranjeros en España y vino a cumplir con el mandato dispuesto en el art. 13 de la CE y con los dictados por el TC al intentar interpretar el art. 13.1 de la CE. En este sentido hemos de tener en cuenta la STC 107/1984 de 23 de noviembre (BOE núm 305 de 21 de diciembre) que según Vidal Fueyo, María del Camino. 2009. «La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007.» *Revista Española de Derecho Constitucional* (85): 353-379, vino a analizar "la titularidad de los derechos de los extranjeros desde la óptica del art. 13.1 CE, y partiendo de una interpretación amplia de la expresión "libertades públicas", elabora la ya clásica teoría tripartita que sintetiza de la siguiente

ha sido objeto de varias modificaciones⁷⁶, pero la más importante a los efectos de establecer las nuevas líneas de gestión de la política migratoria y que han sido de especial relevancia para los MENA, ha sido la operada por LO 2/2009 de 11 de diciembre⁷⁷ que se ha completado con el reglamento de ejecución RD

forma en el Fundamento Jurídico 4º: *“existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos –formarían parte de este grupo todos los directamente vinculados con la dignidad de las personas-; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, con la salvedad que contiene el art. 13.2). Existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”*. Esta primera Ley de Extranjería, fue desarrollada por el RD 155/1996 de 2 de febrero por el que se aprobaba el reglamento de ejecución de la LO 7/1985 (BOE núm 47 de 23 de febrero). En 1999, la ley estaba claramente obsoleta como consecuencia de la normativa que España debía de implementar por su pertenencia a la CE, donde ya se estaban elaborando los Programas que establecían líneas políticas comunes y en especial las relativas a la inmigración y asilo común. El legislador español optó por modificar la “Ley de Extranjería”. Se presentaron en el Parlamento tres proposiciones de reforma de la Ley Orgánica: una por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (122/000154), otra por el Grupo Parlamentario Catalán – CIU (122/000158); y una tercera por el Grupo Parlamentario Mixto (122/000167). Todas las proposiciones fueron objeto de numerosas enmiendas, presentando el Grupo Socialista una enmienda a la totalidad a los textos presentados, sin perjuicio de enmiendas parciales que fueron presentadas tanto por éste grupo, como por todos los demás grupos en el Congreso a cada una de las proposiciones. Esta situación legislativa fue resuelta a través de la creación de una Ponencia que resolvió crear *ex professo* y con el máximo consenso de todos los grupos parlamentarios una nueva ley sobre la materia, abandonando así la idea inicial de reforma de la antigua ley. Elaborado así un nuevo texto, se abriría nuevamente la posibilidad de presentación de enmiendas a éste y que fue la proposición de ley de todos los grupos parlamentarios (122/000295). Fue así como nació la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁷⁶ Escasos meses después de su aprobación, la ley tuvo que ser modificada por LO 8/2000 de 22 de diciembre (BOE núm 307 de 23 de diciembre), como consecuencia de las conclusiones a las que se llegó en el Programa de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. La LO 8/2000 fue objeto de varios recursos de inconstitucionalidad, que anularon varios preceptos de la misma, siendo la STC 236/2007 (BOE núm. 295 de 10 de diciembre), la que sirvió de modelo a otras 7 sentencias (SSTC 259/2007 de 19 de diciembre y 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007 todas de 20 de diciembre). Nuevamente y siguiendo a Vidal Fueyo, María del Camino. 2009 en «La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007», el TC mantiene en orden a la determinación de las posibles vulneraciones de la Constitución de algunos preceptos legales, la clasificación tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros que ya había sido anunciada en la STC 107/1984. En el año 2003 se producen dos nuevas modificaciones íntimamente ligadas a una concepción negativa de la inmigración, por LO 11/2003 de 29 de septiembre sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm 234 de 30 de septiembre) y por LO 14/2003 de 20 de noviembre (BOE núm 271 de 21 de noviembre). Por último la Ley ha sido modificada por LO 10/2011 de 27 de julio (BOE núm 180 de 28 de julio) y LO 8/2015 de 22 de julio (BOE núm 175 de 23 de julio), que tenían por objeto la protección de personas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos. Además la LOEX ha sido objeto de desarrollo reglamentario. Se han sucedido tres reglamentos de ejecución el RD 864/2001 de 20 de julio (BOE núm 174 de 21 de julio); RD 2393/2004 de 30 de diciembre (BOE núm 6 de 7 de enero de 2005); y el vigente RD 577/2011 de 20 de abril (BOE núm 112 de 11 de mayo). La legislación de extranjería se completa con la normativa referida al asilo y refugio, Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm 263 de 31 de octubre), que a la espera de que sea desarrollada por su correspondiente Reglamento, sigue mientras tanto vigente el RD 203/1995 (BOE núm 52 de 2 de marzo).

⁷⁷ BOE núm 299 de 12 de diciembre.

577/2011 de 20 de abril⁷⁸. Con esta reforma se introdujeron varias Directivas que sobre inmigración había dictado la UE, siendo la más relevante la Directiva 2008/115 de 16 de diciembre del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal⁷⁹.

Una de las novedades más importantes introducida por la LO 2/2009 está íntimamente ligada a la distribución de competencias que la CE establece en los arts. 148 y 149. La organización territorial de Estado recogida en el Título VIII de la CE, permite reconocer a las Comunidades Autónomas según García de Enterría y Fernández (2011)⁸⁰ como “entes políticos de primera significación, como que partes mismas del Estado, al cual componen propiamente y en cuya voluntad superior participan. (...) Esas Comunidades Autónomas no son, pues simples entes administrativos, de gestión de intereses subalternos, sino que poseen una verdadera sustancia política por su misma posición constitucional y, paralelamente, cuentan con un elenco de funciones y de poderes que igualmente tienen naturaleza política, como revela tanto su extensión e importancia material, como, de manera especial, la circunstancia de que cuentan para la gestión de tales funciones con el poder político por excelencia, que es el poder legislativo, el poder de hacer Leyes formales y por tanto, de configurar políticas propias con la máxima amplitud, en cuanto que ordenadas directamente a la Constitución”. Ahora bien, el problema básico de la asunción de la existencia de entes con autonomía, continúan estos autores “es justamente la delimitación del ámbito competencial donde esa autonomía, y por tanto sus normas propias, pueden producirse. El ámbito autonómico de las CCAA está construido por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía, que la desarrollan y aplican a cada Comunidad Autónoma particular; teniendo en cuenta que los Estatutos de Autonomía, tienen una fuerza superior a la Ley estatal, de modo que son completamente inmunes a ella, una Ley estatal que penetrase en dicho ámbito autonómico, lejos de poder pretender alguna superioridad sobre las Leyes o

⁷⁸ BOE núm 103 de 30 de abril.

⁷⁹ DOUE L 348/98 de 24.12.1998.

⁸⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. 2011. *Curso de Derecho Administrativo I*. 15ª edición. Pamplona: Thomson Reuters. Civitas. Aranzadi. Pp. 294-299.

incluso sobre los reglamentos autonómicos, aun los más ínfimos, será radicalmente nula por violación de las normas constitucional y estatutaria (...) El principio de separación de los ordenamientos se instrumenta con una garantía judicial específica, sin la cual el ámbito de autonomía quedaría siempre al albur de las decisiones de los entes con una posición política de preeminencia; o también con una garantía frente al abuso o exceso en la autonomía que pueda realizar el propio ente autonómico, infringiendo las normas que delimitan su ámbito competencial lícito. Este órgano judicial de garantía recíproca es el Tribunal Constitucional”.

Por otro lado, y siguiendo a García de Enterría y Fernández, la Constitución también reconoce la denominada autonomía local (arts. 137 y 140), que se configura como un límite para el legislador. La autonomía local, tendrá su garantía judicial de los límites legales en el orden contencioso administrativo, sin embargo la especial garantía de la autonomía local en cuanto “garantía institucional” estará protegida a través del procedimiento regulado por la LO 7/1999 de 21 de abril de modificación de la LOTC⁸¹ a través de un especial conflicto constitucional “en defensa de la autonomía local”, a través del cual pueden impugnarse leyes estatales o autonómicas ante el TC.

Pues bien, en materia de extranjería y desde el punto de vista competencial, el art. 149.1.2º CE establece que el Estado tiene competencias exclusivas en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. Actualmente las mismas se circunscriben, tal y como pone de manifiesto Alonso Sanz (2016)⁸² al “...denominado “núcleo duro de la inmigración”, que tradicionalmente ha incluido la normativa de entrada y expulsión de inmigrantes, las infracciones de dicha normativa y sanciones correspondientes, los permisos de residencia y trabajo y los derechos de los extranjeros. (...). La reforma de la Ley de Extranjería de 2009, pretendió reflejar esta realidad, al atribuir al Gobierno “la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que

⁸¹ BOE núm 96 de 22 de abril.

⁸² Alonso Sanz, Lucía. 2016. *El estatuto constitucional del menor inmigrante*. Editado por Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Pp 282 – 283.

puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales”.

Así pues, la actual LOEX tras la reforma por LO 2/2009, introduce el reconocimiento de competencias transversales en materia de extranjería a las administraciones territoriales (CCAA y Entidades Locales⁸³), refiriéndose a ello desde la Exposición de Motivos⁸⁴, previendo que en un artículo de la Ley (art. 2 bis⁸⁵) se “concreten los niveles competenciales” y que definirá “genéricamente los principios ordenadores de las políticas de inmigración en España”⁸⁶. Por otro

⁸³ Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm 80 de 3 de abril modificada por modificada por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre de medidas para la modernización del gobierno local (BOE núm 301 de 17 de diciembre). Esta Ley hay que complementarla para atender a la distribución de competencias con la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (BOE núm 312 de 30 de diciembre).

⁸⁴ “5. Adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo, y a las competencias estatutarias en materia de acogida e integración, así como potenciar la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias que, asimismo, inciden en materia de inmigración y reforzar la cooperación entre ellas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad a los ciudadanos. Dado que durante el último periodo legislativo se han aprobado diversas reformas en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que, por primera vez, incorporan competencias vinculadas a la inmigración, es lógico que se adapte su marco regulador al nuevo reparto competencial”.

⁸⁵ “La política inmigratoria. 1. Corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales. 2. Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios: a) la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea; b) la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo; c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; d) la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; e) la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley; f) la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas; g) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas; h) la persecución de la trata de seres humanos; i) la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social; j) la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo. 3. El Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución, atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia.”

⁸⁶ Solo el Estatuto de Autonomía de Cataluña modificado por LO 6/2006 de 19 de julio (BOE núm 172 de 20 de julio), adelantándose a lo que dispondría la LO 2/2009 hizo referencia en el art. 138 a las competencias que de forma exclusiva asumiría dicha comunidad en materia de inmigración:

lado y para poder coordinar las actuaciones de todas las Administraciones Públicas cuando actúen conforme a sus competencias en materia de extranjería, la ley regula las Conferencias Sectoriales de Inmigración como mecanismo de coordinación de las actuaciones de todas las Administraciones Públicas intervinientes en la materia (art. 68).

Y si de acuerdo a lo expuesto al Estado le corresponden aquellas competencias directamente afectantes al “núcleo duro de las políticas de inmigración”, entonces ¿qué competencias tendrán las administraciones territoriales?. Para responder a esta pregunta, basta observar los principios de la política migratoria que se recogen en el art. 2 bis 2; así como el art. 2 ter. De la lectura de los mismos vemos como muchos de los principios establecidos coinciden con competencias atribuidas a las CCAA: integración social de los inmigrantes a través de políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía (que implica el reconocimiento de las competencias de Entidades Locales, más cercanas a la ciudadanía⁸⁷), la igualdad efectiva entre hombre y mujer, efectividad del principio de no discriminación.

No lo dice el apartado primero directamente, pero una interpretación integradora de la actual normativa internacional en la materia⁸⁸, nos lleva

“1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración: a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación. b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias. c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social. d) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas. e) La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña. 2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye: a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción. 3. Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V”.

⁸⁷ Expresamente reconocido en el art. 2 ter, al incluir a los municipios en la cooperación que la Administración General del Estado debe de prestarles para la consecución de los fines de integración.

⁸⁸ Sobre todo de las resoluciones dictadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

directamente a entender, asumir, aceptar y comprender que todas las administraciones deberán actuar en consuno, asumiendo sus responsabilidades de forma solidaria y colaborando entre ellas, pues en otro caso, no se podrá cumplir con todos los principios a los que hace referencia el art. 2 bis 2⁸⁹.

Otra novedad a la que se refiere la modificación de la LOEX en 2009, y a la que hemos de referirnos es la especial importancia en la participación de la ejecución de las políticas migratorias, de las organizaciones civiles, representadas fundamentalmente por ONG⁹⁰. La Exposición de Motivos de la LO 2/2009 recoge este deseo cuando expresa que con la reforma se pretende: *“Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones de inmigrantes y con otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, en la definición y desarrollo de la política migratoria.”* Cabría preguntarnos, el porqué el Estado delega determinadas funciones en estas organizaciones. Podemos encontrar la razón de ello en la cada vez más compleja estructura y necesidades sociales a las que el tradicional Estado Social no llega y sin embargo no puede obviar. Hay determinadas cuestiones sociales que exigen de una especial y sensible formación siendo las asociaciones de la sociedad civil las que se encuentran en una mejor posición para poder hacerles frente. Ahora bien, como quiera que el Estado Social, no puede desatender las mismas, se han arbitrado soluciones de colaboración en las que esas organizaciones recibirán subvenciones estatales para poder hacer frente a aquellas actuaciones que de forma primigenia correspondían al Estado. Así lo manifiestan Palomar Olmeda, Descalzo González y García Bartolomé (2012)⁹¹: *“en este caldo de cultivo es especialmente importante y relevante para un sector como el de la extranjería que tiene carencias en relación con la implementación de las políticas de inmigración una vez que el extranjero se encuentra en España*

⁸⁹ La colaboración como principio de actuación básico de las administraciones públicas recogido legalmente en el art. 4 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm 236 de 2 de octubre) sí viene recogido expresamente en el art. 2 ter 3 de la LOEX.

⁹⁰ Si atendemos a las Resoluciones de las Naciones Unidas, vemos como cada vez más se hace referencia a la posible intervención de la sociedad civil en esta materia

⁹¹ Palomar Olmeda, Alberto; Descalzo González, Alberto y García Bartolomé, Javier. 2012. «La Administración de las políticas de extranjería.» En *Tratado de Extranjería*, de Palomar Olmeda, Alberto (Coordinador) 745 - 815. Pamplona: Aranzadi S.A. Pp: 814 – 815.

legalmente ya que a partir de aquí surge un nuevo cúmulo de necesidades – ligadas a la propia integración- que normalmente no pueden ser atendidas desde lo público con solvencia y seguridad.” Estos autores sistematizan la colaboración de estas organizaciones en dos grupos: “la colaboración en funciones estrictamente administrativas (a través de la suscripción de convenios en el marco de la normativa contractual pública, por lo que la colaboración es reglada y ejerce una función de sustitución de las formas de gestión directa que le correspondería a la Administración); y la colaboración en el diseño e implementación de una política global de inserción de los extranjeros en España (cuya característica central es que la función no es reglada sino abierta, imaginativa y diseñada sobre la base de las circunstancias específicas de los colectivos a los que pueda prestarse la labor asistencial o cultural que estas entidades pueden realizar.”

Atendiendo a esta realidad social, el derecho de extranjería no ha sido ajeno a la participación de las ONG. Así se recogen expresamente las posibilidades de que las mismas intervengan en los CIE⁹²; en materia de asilo (art. 31 Ley 12/2009); en materia de protección de víctimas de trata de seres humanos (arts. 140 y siguientes del RLOEX 577/2011); el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos⁹³. Por último en materia de MENA la disposición del art. 35.11 LOEX, que obviando todo nuestro sistema de protección de menores en situación de desamparo, basado en la tutela automática que le corresponde por ministerio de la ley a la administración pública según lo dispuesto en los arts. 18 de la LOPJM y 172 del CC, establece la posibilidad de que por ONG, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, se establezca una tutela ordinaria respecto únicamente a los MENA⁹⁴, introduciendo así un nuevo modelo de protección para los MENA que no ha sido aplicado.

⁹² RD 162/2014 de 14 de marzo por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. (BOE núm 64 de 15 de marzo). Expresamente se hace referencia a esta posibilidad en el art. 4 y en el Título VII, dedicado íntegramente a la participación y colaboración de las Organizaciones no Gubernamentales.

⁹³ Apartado XV.D relativo al acompañamiento y asistencia a las supuestas víctimas.

⁹⁴ Lo que nuestro ordenamiento jurídico permite es que la guarda de los menores que se encuentran en desamparo pueda ser ejecutada por entidades privadas, incluyendo ONG (art. 21.2 LOPJM), siendo siempre y en todo caso la responsabilidad del acogimiento de la administración pública.

3.2. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LOS MENA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

No fue hasta la reforma realizada por la LO 2/2009, que llevó consigo el nacimiento del reglamento de ejecución RD 577/2011, cuando se realizó una profunda, importante y completa modificación legal afectante a los MENA, que incumbiría a las decisiones que los poderes públicos debían de adoptar en la materia. La Exposición de Motivos de esta ley, manifiesta: *“Mención especial merecen las modificaciones que se realizan en relación a la integración de los menores extranjeros no acompañados, que propician un mejor tratamiento de la situación del menor, y que van, desde la posibilidad de su repatriación al país de origen, hasta garantizar, cuando ésta no resulte la respuesta idónea, las mejores condiciones para asegurar la plena integración de los mismos en la sociedad española, que debe ser un objetivo expreso del conjunto de las políticas llevadas a cabo por las distintas Administraciones públicas.”* Este desiderátum, no deja lugar a dudas. El legislador era consciente de que determinadas acciones que en relación a los MENA se estaban llevando a cabo en España, no estaban cumpliendo con los derechos fundamentales de éstos. Daban fe de ello los informes que organizaciones no gubernamentales especializadas en la realidad de los MENA publicaban⁹⁵.

Pero ¿cuáles fueron las importantes modificaciones que se acogieron en la ley y que luego fueron desarrolladas por el RLOEX 577/2011? Además de dar el concepto de MENA⁹⁶; fueron las siguientes: el reconocimiento legal de una nueva distribución competencial fruto de la consolidación del Estado de las autonomías y la descentralización; la posibilidad del Gobierno de celebrar acuerdos con los países de origen de los menores con la finalidad de prevenir la inmigración, su protección y el retorno de los mismos⁹⁷; la posibilidad de las

⁹⁵ Así el informe de Human Rights Watch de fecha 17 de octubre de 2008 “Retornos a cualquier precio” disponible en la siguiente página web visitada el 10 de enero de 2017: <https://www.hrw.org/es/report/2008/10/17/retornos-cualquier-precio/espana-insiste-en-la-repatriacion-de-menores-extranjeros>

⁹⁶ Será en el Capítulo II donde nos detendremos en el concepto jurídico de MENA.

⁹⁷ Una de las principales novedades recogida en la Ley y que tenían por objeto por un lado, prevenir el fenómeno migratorio, pero por otro lado y lo que parece en el fondo latir detrás de esta actividad internacional, que es la facilitación del retorno asistido de los menores, tal y como

manifiesta Trinidad Núñez, Pilar. 2010 en «Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados» en *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, de Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delaygua, J.J. 239 - 274. Barcelona: Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons. P.274: “tampoco podemos olvidar que se trata de acuerdos en cuy celebración subyace la voluntad por parte de España de proceder al “retorno asistido” del mayor número de Menores extranjeros no acompañados posible, esta es, sin duda la prioridad”. La LOEX solo vino a “poner por escrito” la práctica que se venía realizando en España y que comenzó en el año 2003 a través del llamado “Memorandum de entendimiento sobre repatriación asistida de menores no acompañados” firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos. Este texto no es un tratado internacional de carácter bilateral, tal y como explica Trinidad Núñez, Pilar. 2010 en «Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados» *Op.Cit.* P. 262, pues “no siguió la tramitación exigida por nuestro derecho para los tratados internacionales y ni siquiera fue publicado en el BOE.” Es un texto que tan solo muestra “la voluntad política de cooperar en las materias en él contempladas. Se trata de un acuerdo no normativo generador de compromisos políticos”. Esta cuestión no es baladí, pues el Gobierno no es un sujeto de derecho internacional con capacidad para celebrar tratados internacionales conforme a la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de Tratados y otros acuerdos Internacionales (BOE núm. 288 de 28 de noviembre). Sin embargo la LOEX hace referencia a “acuerdos”, por lo que los mismos podrían encontrar su encaje en el llamado “acuerdo internacional administrativo”, que según el art. 2 y 38 de la Ley 25/2014, exige previamente un tratado internacional para poder llegar a ese posterior acuerdo internacional administrativo, o bien en el denominado “acuerdo internacional no normativo” que según el art. 2 de la Ley 25/2014 es un “acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional”. Este Memorandum, fue superado por tres acuerdos internacionales, que preveían la celebración de acuerdos internacionales administrativos: con Rumanía en 2005 (BOE núm 195 de 16 de agosto de 2006), con Senegal en 2006 (BOE núm 173 de 18 de julio de 2008) y con Marruecos en 2007 (BOE núm 70 de 22 de marzo de 2013) pues en la fecha en la que se realizaron, eran tres países de donde procedían la mayoría de los MENA en los años de mayor afluencia de inmigrantes a España. Llegados a este punto, la pregunta es forzosa: ¿han tenido la efectividad deseada los acuerdos celebrados por España con estos países? Para responder a esta pregunta acudimos a lo que dispone Durán Ayago, Antonia 2010. «La deficitaria política convencional de España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados: nociones para el desencanto.» En *Los Menores Extranjeros no Acompañados.*, de González, Isabel E y Moroy Arambarri, Beatriz (Coordinadoras) 205 - 228. Madrid: Tecnos, quien después de mantener la bondad de los acuerdos internacionales para determinar de manera conjunta cual es el interés superior del menor si éste va a ser sometido a un procedimiento de repatriación, pues estos acuerdos permitirán “abrir cauces de entendimiento entre ellos (por los Estados de origen y de destino), sin olvidar que su objetivo es garantizar una vida digna a estos menores”, analizados los tres acuerdos internacionales celebrados concluye que “los acuerdos celebrados incluyen referencias genéricas a obligaciones legales internacionales y al interés superior del menor, pero no llegan a especificar salvaguardas y garantías procedimentales concretas de antes, durante y después de la repatriación de un menor. En realidad, no es posible asegurar con el contenido de los acuerdos que los menores no sean repatriados ante situaciones de riesgo. La tarea de supervisar la ejecución de los acuerdos recae sobre unos comités de representantes de carácter político, en los que debería haber expertos independientes que actúen como observadores para garantizar el buen funcionamiento de los mismos”.

CCAA de celebrar acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia⁹⁸; el reconocimiento legal de la posibilidad de las CCAA de realizar

⁹⁸ Novedosa a la par que controvertida es la posibilidad que se recoge en el art. 35.2. Esta posibilidad no se recogía en el proyecto de ley inicial (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados IX Legislatura núm 31-1 de 1 de julio de 2009. Serie A. Proyectos de Ley. Proyecto de Ley 121/000032) y fue asumida tras la enmienda nº 126 presentada por el Grupo de Coalición Canaria en el Congreso de los Diputados. Decimos que fue controvertida su inclusión en la ley, porque en el trámite de enmiendas del proyecto de ley, el Grupo Popular en el Congreso entendió que nos encontrábamos ante “una invasión de la competencia exclusiva en materia de acuerdos, convenios y tratados internacionales del Estado...” Sin embargo para Coalición Canaria en ningún momento se estaban violando competencias exclusivas del Estado y veían en esta posibilidad tener un marco legal que diera cobertura y sentido positivo a los proyectos de cooperación que ya venían realizándose por la Comunidad Autónoma de Canarias con países subsaharianos con los que dicha Comunidad tenía especiales relaciones comerciales y políticas. Pues bien, de la lectura conjunta de los arts. 93 y 94 de la CE y del art. 35.2 de la LOEX, la integración, atención y protección de menores, no es una materia que esté sujeta a especiales requisitos para obligarse internacionalmente, y que ni siquiera queda en manos exclusivas del Estado al no encuadrarse en ninguno de los supuestos del art. 94 de la CE. En cualquier caso nuestra legislación ha reconocido y dado legitimidad a las competencias de las CCAA en materia de acción exterior en la Ley 25/2014 de 27 de noviembre con los llamados acuerdos normativos a los que ya hemos hecho referencia. Superada la cuestión sobre la constitucionalidad o no de la posibilidad de que las CCAA puedan llegar a estos acuerdos con los países de origen, este art. 35.2 recoge lo que Aparicio Chofré, Lucía. 2012. «Entre la externalización y el codesarrollo. Novedades en la regulación de los menores no acompañados.» En *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, de Cabello Mallol, Vicente; Cloquell Lozano, Alexis, 379-396. Valencia: Tirant lo Blanch, denomina “la externalización en la atención de los menores no acompañados”. Así mantiene que “los países ante la masificación, en sus respectivos países, de sus centros de atención de menores, han visto la solución a este problema en la construcción de centros o la contratación de plazas para la atención de estos menores en sus respectivos países de origen, ante las deficientes estructuras estatales que el gobierno de los mismos dispone, sirviéndose para ello de las ayudas en materia de cooperación al desarrollo”. Para esta autora, esta posibilidad constituye “el desarrollo de soluciones innovadoras de asociación con terceros países de origen y tránsito, como la financiación de una serie de actividades educativas y de formación, la creación de centros de acogida que permitan prestar asistencia a menores retornados o la financiación de proyectos en terceros países que faciliten la reintegración de los menores en sus países de origen, son ejemplos de la influencia creciente de la incipiente política comunitaria de inmigración en la de cooperación al desarrollo”. No solo Canarias, mantenía acuerdos de colaboración con los países de origen, Aparicio Chofré (2012) enumera otros proyectos realizados por otras CCAA como Catalunya con el llamado Proyecto Barcelona – Tánger para la formación profesional de los menores en los ámbitos de turismo, restauración y textil, el Programa Catalunya-Magrib (2006); proyectos apoyados por la Comunidad de Madrid (2009) en Marruecos; proyectos realizados por la Comunidad Autónoma de Andalucía, a los que también se refieren Lledó Mira, Elena y Esteban de la Rosa, Gloria. 2012. «Propuestas para la actuación conjunta hispano-marroquí en el ámbito de la infancia.» En *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, de Cabello Mallol Vicente y Cloquell Lozano, Alexis, 339-356. Valencia: Tirant lo Blanch, entre los que enumeran como intervenciones en Marruecos: los realizados por el Fondo Andaluz de Municipios para la Solidaridad Internacional (programas Escuela – Taller), la Fundación Forja XXI (programas de orientación, formación y apoyo al autoempleo), programas de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional. Sin embargo, y a pesar del entusiasmo por estas novedosas iniciativas, las mismas tampoco quedan exentas de críticas que como manifiesta Aparicio Chofré (2012) y Jiménez Álvarez, Mercedes. 2006. «La perversión de la cooperación al desarrollo: los proyectos de reagrupación de los menores migrantes en Marruecos.» *Revista del Centro de Estudios y Documentación sobre racismo y xenofobia de SOS Racismo/SOS arrazakeria (Mugak)* (37) (disponible en la siguiente página web recuperada el día 20 de julio de

2017 <http://mugak.eu/revista-mugak/no-37/la-perversion-de-la-cooperacion-al-desarrollo-los-proyectos-de-reagrupacion-de-los-menores-migrantes-en-marruecos>)“en todos los proyectos con Marruecos no aparece como contraparte la entidad pública responsable de la atención a los menores en dicho país. Otro de los aspectos a tener en cuenta, en este análisis es su evaluación desde el punto de vista de su eficiencia y eficacia, es decir la viabilidad y los resultados reales de los proyectos de inserción que llevan a cabo estos centros, algunos de los cuales por su ubicación se encuentran alejados de zonas pobladas y también la inserción futura de estos menores en la sociedad marroquí frecuentemente se ve lastrada ante la falta de medios e interés del gobierno marroquí para dar continuidad real a estos proyectos. Mención aparte merecería la cuestión del control, las garantías y la calidad de la atención de los menores en estos centros, bastante alejados de la supervisión de la administración pública y de la sujeción a los requisitos garantistas de nuestra legislación”.

acuerdos para asumir la titularidad de la tutela o custodia en aras de favorecer la integración⁹⁹; una minuciosa regulación de la institución de la repatriación¹⁰⁰;

⁹⁹ Esta posibilidad tampoco se recogía en el proyecto de ley inicial y fue introducida tras la enmienda número 126 del grupo de Coalición Canaria en el Congreso de los Diputados. También en el trámite parlamentario generó la introducción de este apartado del art. 35 de la LOEX, arduas discusiones relativas al modo de realizar esos convenios de colaboración y cómo se realizaría la distribución de menores, quedando patente cual es el interés de los poderes públicos en la materia. Para el grupo parlamentario de Coalición Canaria, “la integración de los menores extranjeros debía ser una política de Estado, en consonancia de sus peticiones anteriores y que fueron descartadas. Con la posibilidad de los acuerdos entre CCAA de transferencia de la tutela y custodia de los menores, se llevaría al texto legal una posibilidad que era demandada por las CCAA y que facilitaría la distribución de los menores extranjeros no acompañados por todo el territorio del Estado, evitando los problemas que tienen Canarias o Andalucía que por su situación geográfica acumulan el mayor número de menores.” Sin embargo, para el Grupo Parlamentario Popular (enmienda nº 556), como “la competencia en la materia de extranjería es estatal, debe ser el Estado quien deba asumir la responsabilidad de regular, con la participación de las CCAA, los criterios objetivos y racionales de distribución de los menores extranjeros por los servicios de acogida de las CC, de forma que sea posible una planificación racional y equilibrada del conjunto de expedientes de conformidad con los recursos, financiación y atribuciones de cada Servicio Público.” Por su parte el Grupo Parlamentario Vasco también entendió que era necesario realizar una redistribución de los MENA por el territorio nacional, pues “existe una falta de simetría que se debe corregir con elementos objetivos de proporcionalidad vinculados a la población. Si no hay servicios sociales suficientes para acoger menores en algunas CCAA, por favor, que los creen, pero que no acudan estos menores sistemáticamente a aquellas CCAA que han tenido, porque ha sido su opción prioritaria de carácter político, que crear unos potentes y adecuados servicios sociales que ya están manifiestamente desbordados. Por lo tanto, hay que buscar otros requerimientos diferentes a la capacidad de acogida de servicios sociales vinculados a su dimensión, dejando que otras CCAA que no han optado por la configuración de unos servicios sociales potentes se liberen mediante el no acogimiento de estos menores no acompañados, (...) generando una discriminación que no es lógica ni razonable”. (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm 395 de 26 de octubre). Finalmente el texto aprobado en el art. 35.12 dispuso: “*Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración.*” El precepto vino a solucionar el problema relativo a la gestión de la gran afluencia de llegadas de MENA que surgió en la Comunidad Autónoma de Canarias que se vio obligada a dar una respuesta en solitario a una cifra cercana a 1500 menores en un periodo de tres años, y que había sido puesto de manifiesto en el trámite parlamentario. De lo expuesto quedaba claro que había que impulsar los principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas que se recogían en el art. 4 de la Ley 30/1992 de Régimen General de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (hoy derogada). Además detrás de los principios de cooperación, colaboración, respeto del ejercicio de las competencias que les son propias a cada administración; y aunque no se diga expresamente, es innegable la llamada a la solidaridad entre Administraciones, tanto del Estado como de las CCAA tal y como sí refiere el principio general recogido en el art. 2 bis de la LOEX. Para Font i Mas, María. 2013. «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 *Infancia y protección internacional en Europa*, de Isabel Lázaro González y Claro Quintáns Irene, 161 - 174. Madrid: Tecnos, P. 165: “El tenor de la disposición que analizamos no deja lugar a dudas, las CA podrán acordar desplazar menores de una a otra CA, hecho que implica asumir su tutela, de ellos entendemos que no se practicarán desplazamientos no reglados. Interpretamos que la condición que tales traslados sean para garantizar a los menores mejores condiciones de integración, se inspira en el interés superior del menor, y respondería a los recursos logísticos que garanticen al menor los derechos que le corresponden. En conclusión, se legalizan los traslados exceptuando así la norma general de competencia de las CCAA donde se encuentren los menores. Ahora bien, tales traslados deberán ser acuerdos entre CCAA. Nos planteamos si tales acuerdos llegarán a realizarse: ¿qué CA querrá asumir la tutela de MENA a costa de sus presupuestos? ¿Los acuerdos serán pues

una mejor regulación de los aspectos que afectan a la residencia del menor como medida favorecedora de la integración¹⁰¹; y por último la controvertida

gratuitos? ¿No intervendrá el Estado?. Ansiosos estamos a la espera del reglamento que desarrollará cómo efectuar tales acuerdos”. A día de hoy, no hay ninguna regulación al respecto, más allá de la norma legal. El Reglamento no reguló esta posibilidad. Tampoco hay constancia de que ningún acuerdo al amparo de este artículo se haya realizado entre las comunidades autónomas más afectadas: Andalucía o Canarias.

¹⁰⁰ Para todos los textos internacionales, la reunificación del menor con su familia a través de la repatriación o el retorno del menor a ésta, es la primera de las soluciones duraderas que hay que tender en la materia. La Observación nº 6 establece que *“el objetivo final de la regulación de la situación de los menores extranjeros no acompañados o separados de su familia es 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. (...) De acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de reunificación familiar. La localización de la familia es un ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera y debe gozar de prioridad, salvo cuando el acto de localización o la forma en que ésta se realiza van contra el interés superior del menor o ponen en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar.”* Antes de la reforma a la que venimos haciendo referencia, la experiencia demostró que hasta 2009 en materia de repatriación se impuso el interés preferente del Estado sobre su política migratoria antes que el interés del menor. Este modo de actuar fue permitido gracias a la insuficiente regulación del proceso de repatriación que venía recogido en el art. 92.4 del RD 2393/2004. El Fiscal de Sala de Extranjería en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2007 (Pp 502 - 509), pone de manifiesto los graves problemas que la legislación sobre reagrupación de familiar de menores extranjeros no acompañados generaba en España. Concretamente los puntos en los que enfocaba su atención era en la aplicación del derecho a la audiencia, la participación en el procedimiento de ONG y otras asociaciones o corporaciones cuyo objeto social comprenda la defensa de los menores extranjeros no acompañados y supuestos en que existe contradicción de intereses entre el menor y sus representantes legales (entidad pública tuteladora) y el propio Ministerio Fiscal. Para este último supuesto se proponían tres soluciones: a) admitiendo la capacidad procesal de los menores maduros; b) solucionando los conflictos de intereses entre el menor extranjero no acompañado y la entidad que lo representa a través de la figura del defensor judicial; c) mediante decisión de los propios órganos competentes en materia de protección de menores de las Comunidades Autónomas al entenderse que ello es una obligación impuesta por la LOPJM. Como conclusión apuntaba el Fiscal de Sala que *“solo una reforma puntual del referido precepto reglamentario en la que se acoja en toda su extensión el derecho a la defensa jurídica de los menores maduros en esos tipos procedimentales puede acabar con la actual desorientación existente en la materia”*. La nueva regulación intenta dar solución a las cuestiones apuntadas por el Fiscal. Sin embargo, pese a la minuciosa regulación, si bien inicialmente fueron muchos los expedientes que se incoaron, los mismos caducaron sin que ninguno fuera ejecutado. En los últimos años, hemos asistido al abandono de la figura, siendo el expediente de repatriación de carácter simbólico, testimonial y sin casi incidencia práctica. Así lo demuestran las cifras (Fuente: Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado): En el año 2009 se ejecutaron 11 expedientes de los 224 que se incoaron. En el año 2010 se ejecutaron 6 expedientes de los 294 que se incoaron. En el año 2011 se ejecutaron 4 expedientes de los 115 que fueron incoados. En el año 2012 se produjeron 4 repatriaciones (ninguna a países de donde proceden la mayoría de los MENA) de las 22 que fueron incoadas. En el año 2013 solo hubo una repatriación derivada del único expediente que se incoó, de una menor residente en Navarra que quiso ser reagrupada con su madre en Colombia. En los años 2014, 2015 no hubo ninguna repatriación. Los motivos por los que las repatriaciones no se producen son: la falta de colaboración de los Estados de donde proceden los menores, las dificultades intrínsecas de la fase de instrucción (articulación de la audiencia, nombramiento del defensor judicial), y el transcurso del tiempo previsto para la resolución del expediente.

¹⁰¹ Todos los MENA son considerados extranjeros regulares. Sin embargo en tanto que la legislación condiciona la obtención de la autorización de residencia y la correspondiente tarjeta a la existencia de la documentación, y en la mayor parte de las ocasiones, los MENA no pueden ser documentados y salvo motivos excepcionales no se expiden cédulas de inscripción que

disposición del art. 35.11 que introduce la posibilidad de que las ONG puedan asumir la tutela ordinaria de los MENA y a la que ya nos hemos referido en el apartado anterior.

3.2.1. Especial referencia a la distribución competencial en materia de MENA entre el Estado – CCAA.

Como ya apuntamos en el apartado dedicado a la ordenación jurídica del derecho de extranjería en España, la distribución competencial que se recoge en la CE entre el Estado y las Comunidades Autónomas, afecta también al Derecho de Extranjería. En el ámbito de la regulación de los MENA, esa distribución de competencias es aún más evidente, puesto que si bien existen determinados procesos que de acuerdo al art. 149.2º son competencia exclusiva del Estado (repatriación, determinación de la edad, concesión de la autorización de residencia, concesión de asilo), todo lo relativo a la protección de los mismos, así como a su integración es competencia de las CCAA, de acuerdo a lo que disponen los Estatutos de Autonomía y el propio art. 2 ter de la LOEX.

La competencia de las CCAA en la protección de los menores se fundamenta en los Estatutos de Autonomía que han atribuido como exclusiva la misma a cada Comunidad Autónoma, como consecuencia de la interpretación que se ha realizado del art. 148.1.20ª de la CE que atribuía a las CCAA las competencias en materia de asistencia social. La asistencia social conlleva múltiples actuaciones, y sin duda la protección a las personas es una de ellas. Además de las competencias atribuidas exclusivamente al Estado, en el art. 149.1 CE no se infiere que dicha competencia de protección deba ser una competencia exclusiva del Estado¹⁰². Hoy en día, todos los Estatutos de

puedan solventar esa carencia; la realidad nos demuestra que por los propios poderes públicos no se permite una integración total de los MENA afectando así a su interés superior.

¹⁰² Si nos referimos a la LOPJM, la Disposición Final vigésima primera determina expresamente que “el artículo 5, en sus apartados 3 y 4; el artículo 7 en su apartado 1; el artículo 8, en su apartado 2 letra c); el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d); los artículos 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 en su apartado 2, 21 en sus apartados 1, 2 y 3, y el artículo 22, son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social”. Pero no hay que olvidar que la LOPJM también contiene preceptos que son de exclusiva competencia del Estado y se amparan en los arts. 149.1.2º, 149.5º, 149.6º, 149.1.8º,

Autonomía han asumido como competencia exclusiva la materia de protección de menores, si bien solo los Estatutos de Autonomía de Aragón, Castilla la Mancha, Galicia, Ceuta y Melilla, siguen manteniendo dicha protección dentro de lo que denominan “asistencia social”, todos los demás se refieren de manera expresa a la competencia exclusiva en protección de menores, así como tutela de menores¹⁰³.

así como varios artículos que tienen la condición de Ley Orgánica y por tanto amparados por el art. 81 de la CE que solo permitirán ser modificados o derogados por las Cortes Generales de acuerdo a las mayorías que determina la CE.

¹⁰³ El Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por LO 3/1979 de 18 de diciembre (BOE núm 306 de 22 de diciembre) recoge como competencia exclusiva en el art. 10.14: la organización, régimen y funcionamiento de las Instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria. El Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por LO 4/1979 de 18 de diciembre (BOE núm 303 de 22 de diciembre) y reformado por LO 6/2006 de 19 de julio (BOE núm 172 de 20 de julio de 2006), y modificado el 17 de julio de 2010 como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad 8045/2006 (BOE núm 172 de 16 de julio de 2010), recoge en el art. 138 las competencias en materia de inmigración, y en el art. 166 las competencias en servicios sociales, voluntariados menores y protección de las familias. Este último artículo se refiere expresamente a las competencias exclusivas “en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores respetando en este último caso la legislación penal”. El Estatuto de Autonomía de Andalucía aprobado por LO 6/1981 de 30 de diciembre (BOE núm 9 de 11 de enero de 1982) y reformado por LO 2/2007 de 19 de marzo (BOE núm 68 de 20 de marzo y modificado el 11 de abril de 2011 como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad 5120/2007 BOE núm 86 de 11 de abril de 2011), recoge en el art. 61 las competencias exclusivas en materia de protección de menores, en los mismos términos que lo hace el Estatuto de Autonomía de Cataluña. El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias aprobado por LO 7/1981 de 30 de diciembre (BOE núm 9 de 11 de enero de 1982) y modificado por LO 1/999 de 5 de enero (BOE nº 7 de 8 de enero), recoge en el art. 10.25 las competencias en materia de Protección y tutela de menores, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución. El Estatuto de Autonomía de Cantabria aprobado por LO 8/1981 de 30 de diciembre (BOE núm 9 de 11 de enero de 1982), modificado por LO 11/1998 de 30 de diciembre (BOE núm 313 de 31 de diciembre), recoge en el art. 24.22 la competencia exclusiva en materia de asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer. El Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por LO 3/1982 de 9 de junio (BOE núm 146 de 19 de junio), modificado por la LO 2/1999 de 7 de enero (BOE núm 7 de 8 de enero), recoge como competencias exclusivas en el art. 8.Uno.30 la asistencia y servicios sociales; en el apartado 31 la promoción e integración de los grupos sociales necesitados de especial protección; y en el apartado 32 la protección y la tutela de menores. El Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, aprobado por LO 4/1982 de 9 de junio (BOE núm 146 de 19 de junio), modificado por LO 1/1998 de 15 de junio (BOE núm 143 de 16 de junio), recoge como competencia exclusiva en el art. 10.Uno.18 la competencia en materia de asistencia y bienestar social, desarrollo comunitario, política infantil instituciones de protección y tutela de menores respetando en todo caso, la legislación civil. El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana aprobado por LO 5/1982 de 1 de julio (BOE núm 164 de 10 de julio), modificado por LO 1/2006 de 10 de abril (BOE núm 86 de 11 de abril) recoge en el art. 49.27 como competencia exclusiva las materias relativas a las instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación. El Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por LO 8/1982 (BOE núm 195 de 16 de agosto) y derogado por LO 5/2007 de 20 de abril (BOE núm 97 de 23 de abril), recoge en el art. 71.34 las competencias exclusivas en materia de Acción social, que comprende la ordenación,

De una lectura del art. 35 de la LOEX, así como de las competencias asumidas por las CCCA, se puede observar que si bien las decisiones sobre la determinación de la edad, la repatriación y la autorización de residencia corresponden a órganos estatales (Ministerio Fiscal para la determinación de la edad y Subdelegaciones del Gobierno para la repatriación y concesión de la autorización de residencia), en todos estos procedimientos, está presente siempre la necesidad de protección que debe prestarse de acuerdo a lo que disponen la CE, la CDN, la LOPJM, las leyes de protección de menores de cada una de las CCAA y la necesidad de integración del menor de acuerdo a lo que

organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial. El Estatuto de Autonomía de Castilla la Mancha aprobado por LO 9/1982 de 10 de agosto (BOE núm 195 de 16 de agosto), modificado por LO 3/1997 de 3 de julio (BOE núm 159 de 4 de julio), recoge en el art. 31.20 las competencias exclusivas en Asistencia social y servicios sociales. Promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación. El Estatuto de Autonomía de Canarias aprobado por LO 10/1982 de 10 de agosto (BOE núm 195 de 16 de agosto), modificado por LO 4/1996 de 30 de diciembre (BOE núm 315 de 31 de diciembre) recoge en el art. 30.14 las competencias exclusivas en Instituciones públicas de protección y tutela de menores de conformidad con la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado. El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Foral de Navarra aprobado por LO 13/1982 (BOE núm 195 de 16 de agosto) y modificado por LO 7/2010 de 27 de octubre (BOE núm 261 de 28 de octubre) recoge como competencia exclusiva en el art. 44.23 las instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social, conforme a la legislación general del Estado. El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Extremadura aprobado por LO 1/1983 de 25 de febrero (BOE núm 49 de 26 de febrero), modificado por LO 1/2011 de 28 de enero (BOE núm 25 de 29 de enero) recoge como competencia exclusiva en el art. 9.26 la referida a la infancia y juventud, protección y tutela de menores. El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de las Illes Balears aprobado por LO 2/1983 de 25 de febrero (BOE núm 51 de 1 de marzo) y modificado por LO 1/2007 de 28 de febrero (BOE núm 52 de 1 de marzo) recoge como competencia exclusiva en el art. 30.39 la competencia sobre protección de menores y en el art. 30.15 la competencia sobre políticas de atención a las personas y a los colectivos en situación de pobreza o necesidad social. El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por LO 3/1983 de 25 de febrero (BOE núm 51 de 1 de marzo), modificado por LO 5/1998 (BOE núm 162 de 8 de julio) recoge como competencia exclusiva en el art. 26.1.1.24 la protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud. El Estatuto de Autonomía de Castilla y León aprobado por LO 4/1983 de 25 de febrero (BOE núm 51 de 1 de marzo), modificado por LO 14/2007 de 30 de noviembre (BOE núm 288 de 1 de diciembre), recoge como competencia exclusiva en el art. 70.10 la asistencia social, protección y tutela de menores. El Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por LO 1/1981 de 6 de abril (BOE núm 101 de 28 de abril), es el único que no ha sufrido una modificación posterior, por lo que junto a los Estatutos de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, mantiene como competencia exclusiva en el art. 27 la materia de la asistencia social. El Estatuto de Autonomía de Ceuta, aprobado por LO 1/1995 de 13 de marzo (BOE núm 62 de 14 de marzo) recoge como competencia exclusiva en el art. 21.18 la materia de asistencia social. En este caso la Ciudad Autónoma de Ceuta, no hace referencia específica a la protección de menores, remitiéndose a lo que dispone la Constitución. El Estatuto de Autonomía de Melilla, aprobado por LO 2/1995 de 13 de marzo (BOE núm 62 de 14 de marzo), recoge como competencia exclusiva en el art. 21.18 la materia de asistencia social. En este caso la Ciudad Autónoma de Melilla, tampoco hace referencia específica a la protección de menores, remitiéndose a lo que dispone la Constitución.

dispone tanto la LOEX como los Estatutos de Autonomía. Por tanto, podemos concluir que en materia de MENA, todas las administraciones territoriales¹⁰⁴, están involucradas en los procedimientos en los que el MENA se vea implicado, debiéndose relacionar entre ellas conforme a los principios de cooperación, colaboración y coordinación¹⁰⁵ de forma que podemos decir que se origina una comunidad solidaria de responsabilidades, cuyo denominador común en aras al cumplimiento de sus obligaciones se sitúa en el superior interés del menor.

No obstante lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño, ha puesto en tela de juicio la coordinación de nuestro sistema competencial en la materia en la recomendación de 3 de noviembre de 2010¹⁰⁶ cuando dispone: “El Comité celebra las medidas adoptadas por las diferentes comunidades autónomas para promover y proteger los derechos del niño y toma nota de la información proporcionada por el Estado parte relativa a los mecanismos existentes de cooperación y colaboración entre el Gobierno central y las comunidades autónomas, como la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales, la Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia y el Observatorio de la Infancia, pero muestra su preocupación por la falta de un mecanismo de coordinación sobre los derechos del niño a nivel nacional. El Comité recomienda al Estado parte que siga procurando mejorar el sistema de coordinación efectiva y adecuada en la administración central y entre las comunidades autónomas para aplicar políticas destinadas a la promoción y protección del niño, tal como ha recomendado anteriormente”. Y en respecto de los MENA recomienda tras alabar las novedades introducidas en la LO 2/2009 que se: “vele por una adecuada coordinación territorial entre el Gobierno central y las administraciones autonómicas y locales, así como con las fuerzas de seguridad.”

¹⁰⁴ Incluidas las entidades locales representadas por los Ayuntamientos principalmente, que como acertadamente manifiesta Font i Mas, María. 2013. «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» *Op. Cit.* P. 164 “en un Estado descentralizado como es España, la autoridad más cercana para adoptar las medidas necesarias de protección es la autonómica donde se halle el menor.”

¹⁰⁵ Según el art. 3.k) de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm 236 de 2 de octubre).

¹⁰⁶ CRC/C/ESP/CO/3-4

Llegados a este punto hemos de poner de relieve que, en materia de MENA, nunca fue tan premonitorio el título del informe presentado por Human Rights Watch en julio de 2007 sobre la protección de los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias: “Responsabilidades no bienvenidas”¹⁰⁷. Pese a que la historia política reciente de nuestro país nos ha ido demostrando que cada vez se tiende a una mayor descentralización del Estado, asumiendo las CCAA, competencias que van respondiendo a nuevas realidades sociales con entidad propia, en materia de MENA se llegó a proponer la devolución de las competencias referidas a la protección de los mismos al Estado en dos ocasiones, y las dos a instancias de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La primera fue presentada directamente en el Pleno del Congreso de los Diputados, por el Grupo Parlamentario Coalición Canaria – Nueva Canarias el día 26 de junio de 2006, a través de una Proposición no de Ley “sobre modificación de la legislación nacional en materia de asunción de la tutela de los menores inmigrantes en situación irregular por las entidades públicas”¹⁰⁸. A través de esta proposición se instaba al Gobierno a: “1. Que, previa aceptación de las autoridades autonómicas, convoque en Canarias el Consejo Superior de Política de Inmigración para abordar la posibilidad de que todas las Comunidades Autónomas se impliquen en la reinserción de menores extranjeros no acompañados. 2. Que, en caso de entenderse que la legislación vigente no prevé tal posibilidad, se propongan las modificaciones oportunas para que el Estado pueda distribuir entre todas las Comunidades Autónomas la reinserción de menores inmigrantes no acompañados y 3. Que, en todo caso, el Estado celebre Convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas y entes locales que realicen un mayor esfuerzo para mejorar condiciones de acogida y reinserción de estos menores.”

¹⁰⁷ Human Rights Watch “Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias”. Julio 2007. Disponible en el siguiente [enlace](https://www.hrw.org/legacy/spanish/reports/2007/spain0707/spain0707spwebwcover.pdf) de [descarga:](https://www.hrw.org/legacy/spanish/reports/2007/spain0707/spain0707spwebwcover.pdf) <https://www.hrw.org/legacy/spanish/reports/2007/spain0707/spain0707spwebwcover.pdf>

¹⁰⁸ Proposición no de Ley núm 162/000492. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Núm 409 de 23 de junio de 2006. Serie D: General.

La segunda tuvo su origen en una Resolución de fecha 28 de enero de 2009 del Parlamento de Canarias a propuesta de los Grupos Parlamentarios de Coalición Canaria y Popular en la que se instaba al Gobierno de Canarias a solicitar de los parlamentarios españoles, en particular de los canarios, así como del Gobierno de España a introducir en el Proyecto de reforma de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social una enmienda estableciendo que la tutela de los menores extranjeros no acompañados sea asumida por el Estado.

Esta propuesta fue presentada como enmienda al Proyecto de Ley Orgánica que modificaría la LO 4/2000 y dio lugar al Dictamen de la Abogacía del Estado 40/09 de 5 de junio¹⁰⁹. En este informe se concluye que en el diseño actual del Estado de las Autonomías, donde éstas han asumido la competencia exclusiva de la protección de los menores incluyendo la tutela, y sin que exista distinción alguna respecto a la condición de extranjeros o nacionales de los mismos, así como que al Estado únicamente le corresponde la competencia en materia de inmigración y extranjería, no es posible aceptar la proposición presentada¹¹⁰. La conclusión final del Dictamen dispone: *“desde el punto de vista jurídico, resulta inviable llevar a cabo la operación a la que se refiere la Propuesta de Resolución objeto del presente dictamen, ya que su ejecución supondría la modificación implícita de las previsiones contenidas en las Leyes Orgánicas aprobatorias de los Estatutos de Autonomía de las diecisiete Comunidades Autónomas, y por ende de todas y cada una de las Leyes autonómicas reguladoras de la protección y tutela de los menores, al excluir de la competencia autonómica el ejercicio de la tutela de los menores extranjeros no acompañados, que actualmente corresponde a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en esas normas, para atribuir ese ejercicio al Estado”*.

¹⁰⁹ Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.boe.es/buscar/anales_abogacia/ANALES_09_0040.pdf

¹¹⁰ El Dictamen establece que si el art. 35 de la LOEX no determina la Administración que debe encargarse de la tutela y protección de quien ha sido declarado menor de edad, es porque a la ley estatal no le corresponde determinar quién debe encargarse de ello dentro del marco competencial actual en el que la totalidad de las CCAA han asumido las competencias en protección de menores.

CAPÍTULO II. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO. ESTUDIO JURÍDICO DEL CONCEPTO.

El Capítulo I de la presente investigación tuvo como finalidad introducir los aspectos generales de las migraciones de los menores no acompañados, y cómo este fenómeno ha sido gestionado jurídicamente por las Naciones Unidas, por la UE y por España. Si bien se hizo referencia a los MENA, este concepto, sobre el que pivota el objeto de este trabajo no fue definido deliberadamente, pues dicho cometido requiere de un tratamiento autónomo.

No es complejo entender a quienes nos referimos cuando hacemos referencia al concepto de MENA, pues una simple interpretación literal del término no nos permite equívoco. Pero no nos interesa aquí un estudio meramente literal o natural del término, sino la noción jurídica de éste, por lo que debemos en primer lugar detenernos en el concepto que el ordenamiento jurídico ha proporcionado del mismo. Además tendremos en cuenta que el término se articula a través de cuatro conceptos jurídicos que también será preciso analizar. El examen nos permitirá ahondar en el verdadero significado y alcance jurídico del concepto. Este ejercicio nos llevará así, al estudio de otras instituciones jurídicas que están íntimamente relacionadas con el menor extranjero no acompañado y que deben ser tenidas en cuenta para cualquier actuación jurídica que tenga por objeto el MENA, como es el procedimiento para la determinación de la edad.

Derivado del concepto “menor” deberemos estudiar términos como la edad, la madurez, y la capacidad del menor para actuar ante la administración o los tribunales. Derivado del término extranjero analizaremos la condición de extranjero en España y si las leyes españolas pueden tener eficacia jurídica sobre un extranjero y por lo tanto si está sujeta a las mismas. El examen del término “no acompañado” nos obligará a analizar conceptos típicos de las instituciones civiles de protección como desamparo, riesgo, tutela, guarda y

atención inmediata, que serán analizados bajo el foco del objeto de nuestro estudio, esto es, en qué medida pueden afectar al MENA y al proceso para la determinación de su edad.

1. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO: CONCEPTO.

Como ya hemos adelantado, a lo largo del Capítulo I las referencias al menor extranjero no acompañado han sido constantes. Concretamente hemos hecho referencia a las causas objetivas que los impulsan a inmigrar, a sus motivaciones y al perfil de MENA que llega a España. También nos hemos detenido en cómo se ha gestionado política y jurídicamente este fenómeno tanto por las Naciones Unidas, la Unión Europea y por España. No era ese el momento de entrar en la definición exacta del concepto, puesto que cualquiera que fuera la denominación que se le diera, en nada iba a cambiar los aspectos que fueron estudiados.

Es ahora cuando un completo análisis del concepto cobra vital importancia en este trabajo de investigación, puesto que nuestro objeto de estudio, esto es, el procedimiento para la determinación de la edad, tiene como sujeto al MENA.

1.1. EL CONCEPTO DE MENA EN EL DERECHO COMPARADO.

Nuestro objeto de estudio en el derecho comparado, ha estado muy ligado a cuáles han sido los motivos que han impulsado a los menores a desplazarse solos. Podemos comprobar así que en el derecho comparado de los Estados de nuestro entorno más cercano y además de referencia para nuestro estudio, no se usa la misma denominación para hacer frente al mismo fenómeno.

En el Reino Unido, país con tradición de acogida de personas solicitantes de asilo y refugio, se usa en los textos consultados el término “unaccompanied asylum seeking child”¹¹¹. La utilización exclusiva de este concepto nos demuestra que el perfil de los menores extranjeros que se desplazan solos y llegan al Reino Unido lo hacen con fines de protección y no con fines únicamente económicos y que por tanto su regulación queda integrada en la normativa de asilo. Este concepto conlleva una serie de consecuencias jurídicas: debe de tratarse de un niño, debe estar no acompañado y además debe ser solicitante de asilo, por lo que necesariamente tendrá que tener la consideración de extranjero. Sin embargo, este extranjero no deberá ser un migrante económico sino que debe ser solicitante de asilo, lo cual limita de forma considerable las posibilidades de protección que se le dispense a este menor frente a otro que no sea solicitante de asilo. No obstante se ha observado un cambio en la denominación que hasta el año 2015 venía siendo utilizado por el Reino Unido. Así se ha introducido también el término “unaccompanied migrant children”¹¹², lo que parece a todas luces un cambio en la perspectiva del fenómeno asumiendo ya también el Reino Unido que los menores extranjeros no acompañados no solo están ligados a un proceso de búsqueda de protección internacional y que por lo tanto, también deben ser incluidos los menores extranjeros que migran por razones económicas.

Sin embargo la expresión “unaccompanied children”, no es utilizada en ningún informe o texto sobre la materia del Reino Unido. Por tanto podemos concluir, que si bien puede ser una expresión coloquial que nos puede remitir al

¹¹¹ Dorling, Kamena. 2013. «Happy Birthday? Disputing the age of children in the immigration system.» Coram. Children's Legal Center. London. Instrucción de fecha 17 de junio de 2011 sobre el procedimiento para la determinación de la edad disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257462/assessing-age.pdf; Immigration Law Practitioners' Association. 2007. «When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process of age assessment». London; Verley Kvittingen, Anna. 2010. «Negotiating childhood: Age assessment in the UK asylum system.» Oxford Department of International Development. University of Oxford. Refugee Studies Centre. Oxford. Disponible en el siguiente enlace de descarga <https://www.rsc.ox.ac.uk/files/publications/working-paper-series/wp67-negotiating-childhood-2010.pdf> ; ADCS. Leading Children's Services. 2015. «Age Assessment Guidance.» London, disponible en el siguiente enlace de descarga: http://adcs.org.uk/assets/documentation/Age_Assessment_Guidance_2015_Final.pdf

¹¹² Así aparece en el informe de la Cámara de los Lores “Children in Crisis: unaccompanied migrant children in the EU” publicado el 26 de julio de 2016. Disponible en el siguiente enlace de descarga: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/34/34.pdf>

fenómeno del menor extranjero no acompañado tal y como se entiende en el Reino Unido, lo cierto es que también puede hacer referencia a cualquier otro menor no acompañado, independientemente de que concurran o no en éste las circunstancias propias del MENA que como hemos puesto de manifiesto en el Reino Unido debe ser un menor solicitante de asilo o de acuerdo al último informe de la Cámara de los Lores de 2016¹¹³ también migrante.

En el ámbito del lenguaje jurídico de la UE¹¹⁴, se usa el término anglosajón “unaccompanied minors”. De esta definición podemos obtener dos conclusiones. La primera es que la UE al usar el inglés como idioma vehicular de uso cotidiano y normalizado para todos sus documentos e informes, sin perjuicio de las traducciones oficiales de las normas que ésta produce así como de informes oficiales, opta por la expresión que en el Reino Unido no es acogida en los textos e informes sobre la materia como ya hemos puesto de manifiesto. En efecto la UE opta por la expresión más sencilla y omnicomprensiva de menores no acompañados, sin que exista ninguna mención a “solicitantes de asilo”, o “migrantes” o incluso extranjeros. Sin embargo, como veremos más adelante, esto no es óbice para que la UE haya definido exactamente el concepto jurídico que se esconde tras la expresión “unaccompanied minors”. La segunda consecuencia es que usa el término “minor” y no “child”, pues parece más acertado desde el punto de vista legal el uso del término “minor” que “child” en inglés¹¹⁵.

En Alemania se usa el término general “Unbegleitete Minderjährige”¹¹⁶ que significa menor de edad no acompañado. También obvia el término

¹¹³ Ver nota 112.

¹¹⁴ En este trabajo se utilizan múltiples informes realizados por la EMN, por la FRA, por la Comisión Europea cuyas versiones inglesas usan el término “unaccompanied minors”. También en las Directivas a las que haremos referencia más adelante en su versión inglesa utilizan el concepto “unaccompanied minor”.

¹¹⁵ Conforme al Oxford Dictionary, la definición de “child” es “a young human being below the age of puberty or below the legal age of majority”; en tanto que la definición de “minor” es “a person under the age of full legal responsibility.” De ambas definiciones podemos comprobar cómo efectivamente el uso del término “minor” es más correcto, pues es más concreto y específico ya que el concepto “child” puede conllevar un doble significado, bien una persona que se encuentra en la primera infancia bien una persona que efectivamente es menor de edad.

¹¹⁶ Müller, Andreas. 2014. «Unbegleitete Minderjährige in Deutschland. Fokus - Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN)» Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.

extranjero o cualquier otra cualidad a su condición de inmigrante. Sin embargo, si profundizamos un poco en la normativa alemana, y concretamente en la Ley de Asistencia Social (SGB VIII)¹¹⁷, sí se hace referencia al niño extranjero que se encuentra en Alemania no acompañado y sin personas que puedan hacerse cargo de él o sin representantes legales.

En Francia se utiliza el término “mineurs isolés étrangers”, que significa menores extranjeros aislados o solos. Francia sí se refiere a la condición de extranjeros y directamente los sitúa solos, obviando toda la problemática que conlleva la posibilidad de estar mal acompañados como analizaremos posteriormente. Por la doctrina francesa se ha definido como el “joven de menos de 18 años que no tiene la nacionalidad francesa y se encuentra separado de sus representantes legales sobre el suelo francés”¹¹⁸. Legalmente ha sido la Orden Ministerial de 17 de noviembre de 2016 la que ha definido al menor extranjero como aquella persona sola sin ninguna persona mayor legalmente responsable de ella en territorio nacional; o cuando no hay una persona mayor que efectivamente se encarga de ella y muestra su voluntad de no querer asumir tal función de forma duradera con el niño presentando por ejemplo una demanda ante el juez competente¹¹⁹.

Por último en Italia se usa el término “minori stranieri non accompagnati”¹²⁰ que coincide totalmente con la denominación común y básica

¹¹⁷ Sozialgesetzbuch § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII dispone que “*das Jugendamt [...] berechtigt und verpflichtet [ist], ein Kind oder einen Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen, wenn [...] ein ausländisches Kind oder ein ausländischer Jugendlicher unbegleitet nach Deutschland kommt und sich weder Personensorge- noch Erziehungsberechtigte im Inland aufhalten.*”

¹¹⁸ France Terre D'Asile. Direction de la protection des mineurs isolés étrangers. 2014. «Mineurs isolés étrangers: L'essentiel.» París. P.6 “Un mineur isolé étranger (MIE) est un jeune de moins de 18 ans qui n'a pas la nationalité française et se trouve séparé de ses représentants légaux sur le sol français”.

¹¹⁹ El art. 1 de la Orden Ministerial considera: “*une personne «solée» lorsqu'aucune personne majeure n'en est responsable légalement sur le territoire national ou ne le prend effectivement en charge et ne montre sa volonté de se voir durablement confier l'enfant, notamment en saisissant le juge compétent*” en Vincent Ricoulet “Les enjeux juridiques de la détermination médico-légale de l'âge des jeunes migrants.” Artículo publicado el 9 de diciembre de 2016. (página web visitada el 10 de febrero de 2017). <http://www.village-justice.com/articles/les-enjeux-juridiques-determination-medico-legale-age-des-jeunes-migrants,23732.html>

¹²⁰ La Ley de 7 de abril de 2017 n° 47 (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana núm 93 de 21 de abril) sobre las disposiciones en materia de medidas de protección de los menores extranjeros no acompañados define a los “minori stranieri non accompagnati” en el art. 2 de la siguiente manera “*Ai fi ni di cui alla presente legge, per minore straniero non accompagnato presente nel*

que hemos adoptado en la legislación española, pero que se distancia en su concepto netamente jurídico como tendremos oportunidad de analizar al referirnos al término legal en España.

1.2. DEFINICIÓN DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

Vista la denominación adoptada por algunos de los países de nuestro entorno que nos sirven de referencia, es necesario examinar la definición que de menor extranjero no acompañado ha sido utilizada en los instrumentos internacionales que han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Siguiendo la estructura que hemos acogido en el Capítulo I, haremos primeramente referencia al ámbito de las Naciones Unidas y después a la UE.

Antes de entrar en las definiciones que nos ofrecen los textos normativos, hemos de poner de manifiesto que encontrar una definición de lo que se entiende por MENA es importante por cuanto la misma ayudará a determinar el conjunto de medidas de política social y de protección así como sus correspondientes recursos que se adapten a las necesidades del colectivo¹²¹.

territorio dello Stato si intende il minorenne non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano."

¹²¹ Es interesante hacer una mención al origen histórico del término MENA, que según Giménez, Carlos y Liliana Suárez. 2002 en «Menores no Acompañados. Introducción al fenómeno desde el análisis de situación del año 2000.» Informe Final del Proyecto de Investigación "Menores no acompañados que han entrado en territorio español sin representación legal"., Universidad Autónoma de Madrid. Programa Migración y Multiculturalidad., Madrid, procede del término más amplio "niños de la calle". Así lo disponen en dicho informe en la p.15: "La problemática y categoría del menor no acompañado ha ido perfilándose en Europa a partir de la identificación e intervención con los denominados "niños de la calle" por una parte, y por otra, por la conveniencia de elaborar normativas y procedimientos de actuación con los niños y niñas desplazados por conflictos bélicos, persecuciones políticas, etc que llegaron a Europa solicitando asilo. A partir de aquí en Europa se constituye un grupo de estudio en 1992 sobre la situación de los "niños de la calle" en 24 países europeos. En la larga definición de "niños de la calle" no se menciona la palabra extranjero o inmigrante (...) Definiciones posteriores –como la de 1996 de la Comisión de Bienestar Social de Eurociudades- no hacen sino insistir en que son niños desprovistos de una residencia estable, que "viven en la calle y de la calle" y que no pueden depender diariamente del cuidado seguro de personas adultas o instituciones relevantes (...)". Tras analizar las primeras definiciones de Menores No Acompañados dadas por el ACNUR y el programa de "Separated Children in Europe", estos autores concluyen que: "en suma, de la categoría más

En el ámbito de las Naciones Unidas, la CDN únicamente se limita a dar la definición de niño en su art. 1: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*¹²².

Fue el ACNUR en las Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo de febrero de 1997¹²³ quien dio una primera definición de Niño No Acompañados: “Un niño no acompañado es una persona menor de dieciocho años, a menos que en virtud del derecho aplicable al niño, éste alcance la mayoría de edad antes; que está separado de su padre y de su madre y del que no se ocupa ningún adulto que en virtud de la ley o de la costumbre, deba desempeñar dicha función”. Pero este documento también contiene una referencia a lo que denomina “niños acompañados por adultos que no son sus padres” y que no define, pero para los que para facilitar su identificación y su correcta valoración remite en el Anexo II de dicho documento a unas directrices que deberán ser tenidas en cuenta para saber si efectivamente el menor está acompañado o no¹²⁴, haciendo una expresa referencia del menor acompañado de hermanos adultos.

En el año 1999, de la alianza surgida entre el ACNUR y la organización no gubernamental Save The Children, nace el proyecto denominado “Separated Children in Europe Programme”. En el seno de este proyecto se elabora un documento de buenas prácticas, y en el mismo se adopta una nueva denominación para estos niños: “niños separados”. El documento no deshecha

amplia y mundial de “niños de la calle”, se ha ido desgajando y perfilando para Europa la más específica de “menor (extranjero) no acompañado”.

¹²² El alcance de esta norma internacional ha sido acogida por la mayor parte de los Estados, de forma que la mayoría de edad se adquiere por regla general a los 18 años. Más adelante, haremos referencia a los supuestos en los que esto no se así y la mayoría se adquiera antes de los 18 años o bien después de los 18 años de acuerdo a la ley personal.

¹²³ Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027.pdf?view=1>

¹²⁴ En cualquier caso, cualquier duda que surja respecto al acompañamiento del menor por la persona que no sea su progenitor, implicará considerar al niño como no acompañado: “2. Cuando un niño no se encuentra con sus padres en el primer país de asilo, el niño será no acompañado prima facie. (...) 4. Si el entrevistador tiene duda respecto a la veracidad del relato presentado o de la naturaleza de la relación entre el adulto encargado del cuidado y el niño, se debería procesar la solicitud del niño como no acompañado”.

el concepto de “menor no acompañado”, pero pone de relieve otra realidad cercana y parecida a ésta pero diferente a través del concepto “niños separados”.

La definición y el contexto en el que se integra el concepto de niños separados que nos da el documento es: “son niños menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen y separados de sus padres, o del previo responsable legal. Algunos de los niños se encuentran totalmente solos mientras que otros, los cuales también conciernen a SCEP, pueden estar viviendo con miembros de su familia extensa. Todos, como niños, son niños separados y con derecho a recibir protección internacional bajo una amplia gama de instrumentos internacionales y regionales. Los niños separados puede ser que estén buscando asilo a causa del miedo a la persecución, a la falta de protección ante la violación de los derechos humanos, conflictos armados o disturbios en sus propios países. Pueden ser las víctimas del tráfico sexual o de otras explotaciones, o puede ser que hayan viajado a Europa para escapar de serias condiciones de privación”. Para el proyecto es más adecuada la denominación de niños separados que la de menores no acompañados porque define mejor los problemas esenciales a los que estos niños tienen que hacer frente. Como consecuencia de que no cuentan con el cuidado y protección de sus padres o guardadores legales pueden tener un sufrimiento social y psicológico; mientras que algunos niños separados pueden parecer que están acompañados cuando llegan a Europa, esos adultos acompañantes no son necesariamente los más capacitados y adecuados para asumir la responsabilidad de cuidado¹²⁵.

Será la Observación nº 6¹²⁶, el texto que en interpretación de la Convención nos dará la definición que para el Comité de los Derechos del Niño es el “niño no acompañado” o el “menor no acompañado”; a la vez que también se hará eco del concepto “niño separado” al que ya hemos hecho referencia y que fue fruto de la alianza ACNUR - Save the Children. Así dispone que

¹²⁵ UNHCR and Save the Children. 2004. «Separated Children in Europe Programme. Statement of good practice.» Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.unhcr.org/4d9474399.pdf>

¹²⁶ CRC/GC/2005/6.

“menores no acompañados” son “7. (...) 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”. Por su parte la definición de “niño separado” es la siguiente: “8. (...) los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia”. En cualquier caso, los principios de la CDN y que son interpretados en esta Observación General para ambas realidades serán aplicables a los niños que se encuentren en ambas definiciones¹²⁷.

En el ámbito de la Unión Europea, podemos hacer referencia a los siguientes instrumentos jurídicos que hacen referencia al MENA y que proceden a definirlos jurídicamente.

El primer texto que ofrece una definición es la Resolución del Consejo de la UE de 26 de junio de 1997 (97/C/221/03)¹²⁸ que en su artículo 1 dispone: *“La presente Resolución se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados Miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos”*.

La primera Directiva que se hace eco de la definición de menor extranjero no acompañado es la 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001¹²⁹ relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de

¹²⁷ El ACNUR como organización de las Naciones Unidas cuyo objeto se circunscribe en torno al refugiado, en las Directrices para la determinación del interés superior del Niño de 2008 (UNHCR The UN Refugee Agency. 2008. «Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño.» UNHCR, 8. Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.acnur.es/PDF/7126_20120417163205.pdf.) sigue el criterio de la Observación nº 6, y distingue entre “niños no acompañados” o también llamados menores no acompañados, que son los niños que han sido separados, tanto de sus progenitores, como del resto de sus parientes y que no se hallen al cuidado de un adulto que, por ley o costumbre, sea el responsable de ello, de los “niños separados” que son aquellos separados de ambos progenitores, o de su previo cuidador por ley o costumbre, pero no necesariamente de otros parientes. Puede tratarse, por tanto, de niños acompañados por otros miembros adultos de la familia.

¹²⁸ DOCE C 221 de 19.07.1997.

¹²⁹ DOCE L 212/12 de 7.08.2001.

afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida define a los menores no acompañados en el art. 2.f) como: *“los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados Miembros”*. Como podemos observar, la definición cambia respecto a la primeramente dada por la Resolución del Consejo. La Directiva incluye ahora a los “menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados Miembros”. Se amplía así el ámbito subjetivo a una situación sobrevenida.

Desde nuestro punto de vista, esta última inclusión, si bien ahonda en la necesidad última de la protección de la que debe ser beneficiario todo menor como exige el interés superior de éste (art. 3 CDN), podría ser criticable. Conforme a lo que dispone la Directiva, parece que no es una característica del menor no acompañado que éste realice su proyecto migratorio en soledad. Sin embargo creemos que, si bien podrían darse casos de una “soledad o no acompañamiento sobrevenido” tras iniciar el proyecto migratorio junto a los adultos responsables, de la lectura de los informes a los que hemos hecho referencia en el Capítulo 1 al tratar sobre las migraciones tanto de manera general como las específicas de menores, y a los que nos remitimos, así como de lo que más arriba hemos referido respecto al concepto de “menor separado”, sí podríamos concluir que el menor no acompañado es siempre un menor que inicia su proyecto migratorio sin la presencia de un adulto responsable de éste. El menor que queda solo, después de haberse desplazado desde su país a otro en el que pretende establecerse o solicitar asilo junto a sus padres o parientes, no se diferencia de cualquier otra situación en la que se puede encontrar cualquier otro menor, que se queda en una situación de soledad y en desamparo, de forma que deberán de aplicarse por las autoridades las medidas de protección previstas en el ordenamiento jurídico. Cuando el menor extranjero queda sobrevenidamente desamparado, la única medida que se deberá adoptar a

diferencia del nacional sería su consideración inmediata como “regular”, y quizás sea por ese único motivo por el que se le podrá considerar MENA, pues así se beneficiaría de esta consecuencia jurídica de la que gozan los MENA que sí llegan solos y que no es necesaria adoptar para un menor nacional o comunitario desamparado.

A partir de ese momento, todas las Directivas que la UE dictó sobre la materia mantendrían la misma definición. Así lo podemos comprobar en las siguientes normas: la Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembros¹³⁰; Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar¹³¹; la Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes¹³²; Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida¹³³; Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado¹³⁴; la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011¹³⁵, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre

¹³⁰ DOUE L 031 de 6.2.2003.

¹³¹ DOUE L 251 de 30.10.2003.

¹³² DOUE L 261/19 de 6.08.2004.

¹³³ DOUE L 304/12 de 30.09.2004.

¹³⁴ DOUE L 326/13 de 13.12.2005.

¹³⁵ DOUE L 337 de 20.12.2011.

procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición)¹³⁶; la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido)¹³⁷. El Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido)¹³⁸, también, conocido como Dublín III, mantiene la misma definición.

Por último hemos de hacer referencia al Plan de Acción sobre Menores no Acompañados (2010 – 2014). Resulta paradójico que su título sea Menores no Acompañados, sin hacer referencia a la cualidad de extranjero que impregna la definición que la UE ha acogido desde la Directiva 2001/55/CE; sin embargo basta leer las primeras líneas del documento para darnos cuenta, que éste nos reenvía al concepto que mantiene aquella directiva¹³⁹.

Otras Directivas que directamente hacen referencia a los menores extranjeros no acompañados, y que se incardinan dentro del derecho de extranjería de la UE, no nos ofrecen una definición. Así la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹⁴⁰, nos incluye al menor extranjero no acompañado dentro de la definición de “persona vulnerable¹⁴¹”. Por

¹³⁶ DOUE L 180/60 de 29.06.2013

¹³⁷ DOUE L 180/96 de 29.06.2013.

¹³⁸ DOUE L 180/31 de 29.06.2013.

¹³⁹ Dispone el Plan en su primer párrafo: *“El desafío que plantean los menores no acompañados es cada vez mayor: numerosos nacionales de terceros países o personas apátridas menores de 18 años llegan al territorio de la UE no acompañados por un adulto responsable, o dejan de estar acompañados una vez que han entrado en el territorio de la UE”* (y con una nota a pie de página nos aclara que En el presente documento se utiliza la definición de «menores no acompañados» del artículo 2, letra f), de la Directiva 2001/55/CE del Consejo).

¹⁴⁰ DOUE L 348/98 de 24.12.2008.

¹⁴¹ Art 3.9: *“«personas vulnerables» los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual.”*

la importancia que ha tenido en la normativa española en la materia, haremos referencia a la Directiva 11/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¹⁴², la cual, a pesar de tener una regulación específica para las víctimas menores de edad no acompañados de trata de seres humanos (art. 16) ¹⁴³, no recoge ninguna definición “ex professo”, entendiéndose por tanto que la definición jurídica de menor no acompañado ha quedado ya suficientemente integrada en la normativa europea.

Así pues podemos concluir que en la actualidad la definición de menor no acompañado en el ámbito normativo de la UE ha quedado totalmente consolidada. Sin embargo, la UE en su normativa excluye el concepto de “menor separado”. En cualquier caso entendemos que en cualquier caso el “menor separado” también será considerado como Menor No Acompañado y será acreedor de las políticas de protección de menores establecidas en los Estados Miembros de la UE.

1.3. DEFINICIÓN DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN ESPAÑA.

¹⁴² DOUE L 101/1 de 14.04.2011.

¹⁴³ Artículo 16 Asistencia, apoyo y protección a los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos. 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las medidas específicas destinadas a prestar asistencia y apoyo a los menores víctimas de la trata de seres humanos, a que se refiere el artículo 14, apartado 1, tengan debidamente en cuenta las circunstancias personales y particulares del menor no acompañado víctima de dicha trata. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para hallar una solución duradera basada en una evaluación individual del interés superior del menor. 3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, cuando proceda, se nombre un tutor para cada menor no acompañado víctima de la trata de seres humanos. 4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que en las instrucciones y procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, las autoridades competentes designen un representante cuando el menor no vaya acompañado o haya sido separado de su familia. 5. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 15.

Hasta el año 2011 nuestra legislación tanto en materia de extranjería como en protección de menores, obvió no solo el concepto sino la definición legal de menor extranjero no acompañado.

Así pues hasta esa fecha convivieron en España varias denominaciones que hacían referencia al mismo sujeto tal y como pone de manifiesto Aparicio Chofré (2015)¹⁴⁴ “por la doctrina se han utilizado diversas denominaciones para hacer referencia a esta cuestión que no siempre está exenta de consecuencias. Así se utilizan términos como los de Menores migrantes no acompañados (MMNA), Menores inmigrantes no acompañados (MINA), Menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA) o Menores separados, que pueden comportar una serie de connotaciones negativas o excluyentes”¹⁴⁵. Tampoco la Fiscalía General del Estado en las Circulares e Instrucciones que se referían a

¹⁴⁴ Aparicio Chofré, Lucía. 2015. «Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España.» *Revista Boliviana de Derecho*. (20): 120-141.

¹⁴⁵ Es el documento elaborado por Quiroga, Violeta y Doncel, Concha. 2005. *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa. Proyecto CON RED*. Valencia: Fundació Pere Tarrés - Universitat Ramon LLull. P.32 (Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.carm.es/ctra/cendoc/haddock/14905.pdf>); el que de forma más fundamentada apuesta por una denominación diferente: Menores Migrantes no acompañados. Concretamente proponen esta definición que a juicio de las autoras: “solo pretende completar la de ACNUR y la de Save the Children, para así acercarnos cada vez más a afinar todas las casuísticas posibles de los Menores No Acompañados”. Así: “menor” porque son niños y adolescentes que tienen menos de 18 años. “Migrantes” porque se quiere resaltar el hecho de que estos niños y jóvenes poseen un proyecto migratorio concreto, sea impuesto por la familia y/o por la guerra, o sea de forma voluntaria. (...) Además, con el término migrantes se quiere abordar la realidad de todos los menores en un solo término, tanto aquellos que acceden al territorio como demandantes de asilo como aquéllos que lo hacen como inmigrantes irregulares. Pensamos que tanto el término más utilizado de MNA como el de Menor separado se olvidan de introducir algún calificativo en sus términos que se refiera a este proceso, aunque sí lo hacen en sus definiciones de la misma forma: “que se encuentran fuera de su país de origen”. A nuestro entender, es primordial destacarlo en el propio término, ya que de lo contrario nos olvidamos del primer elemento diferenciador de estos menores respecto de otros en las mismas condiciones de privaciones morales y físicas en el país de origen (condiciones de separación, de abandono, de desamparo...). “No acompañado o separado” porque, por una parte, queremos mantener el calificativo más utilizado en Europa como el segundo elemento diferenciador de los MNA con los del propio territorio al que llegan, que “no están acompañados” desde el primer momento o en el transcurso de su estancia en el país de acogida”. Por su parte Giménez, Carlos y Liliana Suárez. 2002 en «Menores no Acompañados. Introducción al fenómeno desde el análisis de situación del año 2000.» Informe Final del Proyecto de Investigación "Menores no acompañados que han entrado en territorio español sin representación legal"., Universidad Autónoma de Madrid. Programa Migración y Multiculturalidad., Madrid, también apuntan al término MIVIS (Menores Inmigrantes de Vida independiente), término utilizado en la Comunidad Autónoma de Madrid para referirse a los Menores No Acompañados de 16 a 18 años.

esta materia, mantuvo una denominación común, o propuso ninguna definición¹⁴⁶.

Hasta el año 2011 nuestra legislación en materia de extranjería obvió el concepto de menor extranjero no acompañado. La LO 7/1985 que reguló por primera vez los derechos y libertades de los extranjeros y su situación en España, no hacía ninguna mención ni regulación a los menores extranjeros, bien estuvieran acompañados, bien no acompañados. La LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social de 11 de enero, tampoco estableció prácticamente ninguna previsión respecto a los menores de edad extranjeros no acompañados. El art. 32 recogía únicamente la residencia de los menores que fueran tutelados por la administración, y en su segundo apartado hacía referencia al procedimiento para la determinación de la edad. La reforma sufrida unos meses después, por la LO 8/2000 de 22 de diciembre hace que las disposiciones sobre los menores de edad, pasen al art. 35, mostrando una regulación mayor que la que fijó la ley original pero sin ofrecernos un concepto de menor extranjero no acompañado. La última reforma importante de la LOEX y concretamente del art. 35 por LO 2/2009, tampoco nos da una definición.

Las cosas han sido distintas en la normativa de ejecución de la legislación anterior. El Reglamento 155/1996 de 2 de febrero, sin dar una definición de menor extranjero no acompañado, sí hacía una importante referencia en el art. 13 al menor en situación de desamparo¹⁴⁷. No especificaba su cualidad de

¹⁴⁶ La FGE tuvo la oportunidad de referirse a estos menores en varios documentos, pero no lo hizo de una forma uniforme hasta los documentos que precedieron a la Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España en la que definitivamente los identifica como MENA. Así el primer documento a través del cual la Fiscalía se pronuncia sobre los mismos, la Instrucción 2/2001 de 28 de junio acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LOEX 4/2000, los define como "extranjero indocumentado", la controvertida Instrucción 3/2003 de 23 de octubre sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, en la que nos detendremos extensamente más adelante, se refiere a los extranjeros menores de edad e indocumentados, la Instrucción 6/2004 de 28 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

¹⁴⁷ "Artículo 13. Menores en situación de desamparo. 1. Cuando se trate de menores en situación de desamparo en los términos establecidos en la legislación civil, éstos serán encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. En ningún caso, estos menores podrán ser

extranjero, pero esta condición quedaba clara tanto del tenor literal de la norma, como de la naturaleza misma de la norma en la que se incluía, que se refería al menor extranjero en desamparo. Lo más importante de esta regulación es la consideración de desamparo, que debía ser interpretado conforme a las normas del CC y por tanto implicaba, consecuentemente, que el menor carecía de la asistencia de una persona que le proporcionara adecuadamente de las necesidades morales y materiales que éste necesitara. Parece pues que la norma prevé el supuesto del menor extranjero no acompañado, aunque no necesariamente debía ser este supuesto el recogido, pues podrían existir otros menores en situación de desamparo y que sí estuvieran acompañados por sus padres o tutores. Sobre el desamparo como consecuencia del no acompañamiento del menor volveremos más adelante.

El primer reglamento de ejecución de la LOEX del año 2000, el RD 864/2001, no definía al menor extranjero no acompañado, pero sí dedicaba el art. 62 a lo que denominó menores extranjeros en situación de desamparo, regulando el procedimiento para la determinación de la edad, de lo que llamó “extranjero indocumentado”. Siguiendo la estela del Reglamento anterior, se parte de la concepción de que este “extranjero indocumentado” está en situación de desamparo, pero sin embargo no se plantea en el contenido del artículo, que el mismo necesariamente tenga que estar “solo o no acompañado”. Así las cosas, tal y como se combina el encabezamiento de la disposición reglamentaria con el contenido de la misma, nos encontramos ante una situación que puede

objeto de las medidas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento: a) Si se trata de menores solicitantes de asilo, se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 15 del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. b) En los demás supuestos, los órganos públicos competentes colaborarán con los servicios de protección de menores para la reagrupación familiar del menor en su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares. Asimismo, se podrá repatriar al menor cuando los servicios competentes de protección de menores de su país de origen se hiciesen responsables del mismo. En todo caso, las autoridades españolas velarán por que el retorno del menor no pueda suponer peligro para su integridad, o su persecución o la de sus familiares. 2. A instancias del órgano que ejerza la tutela, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente. Si el menor careciere de documentación y por cualquier causa no pueda ser documentado por las autoridades de ningún país, se le documentará de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de este Reglamento.”

ser contradictoria, pues no todo extranjero indocumentado debe estar necesariamente en situación de desamparo salvo que se encuentre solo o no acompañado. Podríamos entender que una interpretación integradora y extensiva del título del artículo 62 con el contenido de éste, podría justificar la ausencia del término “solo o no acompañado”, pero sería solo eso, una interpretación y no una definición jurídica completa. Lo más interesante que nos muestra esta regulación y que evolucionó hasta la definición de hoy en día, es la conjunción del menor extranjero con la documentación y no con el acompañamiento.

El Reglamento 2393/2004 de 30 de diciembre, que desarrolló la LO 4/2000, tampoco incluyó ninguna definición de MENA, limitándose a regular el procedimiento de determinación de la edad, la repatriación, el otorgamiento de la residencia y una referencia a los menores solicitantes de asilo en un solo artículo.

Hemos de esperar al actual Reglamento aprobado por RD 577/2011 de 20 de abril para poder tener por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una definición de menor extranjero no acompañado. Así dispone el art. 189: *“Lo previsto en el presente Capítulo será de aplicación al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”*.

Lo primero que nos llama la atención es que la definición que nos ofrece el art. 189 del RD, no es una transposición exacta de la definición que desde la Directiva 2001/55/CE nos proporciona la UE. Nos debemos preguntar entonces, si la definición contenida en esa Directiva y que quedó consolidada en las posteriores, referidas en el epígrafe anterior de “Menor no Acompañado”, no debió ser traspuesta en su integridad a nuestra legislación conforme al propio mecanismo jurídico que rige a las Directivas y sus efectos en los ordenamientos

de los Estados Miembros¹⁴⁸. Según una de las características de las Directivas, el proceso de transposición, no implica necesariamente que el texto de la misma sea incorporado al ordenamiento jurídico interno del Estado Miembro de manera exacta, en la ley de transposición, pues a lo único que obliga la Directiva es al resultado. Por tanto, los Estados tienen un margen de discrecionalidad a la hora de incorporar el contenido normativo de la norma europea. Por ese motivo, las definiciones contenidas en los primeros preceptos de éstas, si bien pueden ser transpuestas en el derecho interno, no son un elemento obligatorio pues en nada afectan por norma general al efecto jurídico que se debe alcanzar con la transposición. Conforme a ello, la legislación española en ninguna de las transposiciones que realizó de las Directivas que contenían la definición de Menor No Acompañado, y que ya hemos enumerado, introdujo la definición que consideramos consolidada.

Posteriormente el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación a los Menores Extranjeros No Acompañados, aportará una nueva definición. El Protocolo es un texto jurídico, aunque no de carácter normativo *strictu sensu*, pues solo es vinculante para las instituciones firmantes¹⁴⁹. Teniendo en cuenta que ya la disposición reglamentaria, que sí es vinculante para todos establece una definición, no consideramos acertado por la naturaleza del Protocolo, que éste documento nos dé una definición que difiere de la

¹⁴⁸ Según la UE (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:114527> página consultada el día 18 de junio de 2017) “la Directiva es uno de los instrumentos jurídicos de que disponen las instituciones europeas para aplicar las políticas de la Unión Europea (UE). Se trata de un instrumento flexible que se emplea principalmente como medio para armonizar las legislaciones nacionales. Establece una obligación de resultado para los países de la UE, pero les deja libertad con respecto a los medios para alcanzarlos. La Directiva forma parte del derecho derivado y una vez adoptada por la UE, ésta debe transponerse al Derecho interno de los países de la UE para su aplicación”. En otro orden de cosas, según el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE la directiva es vinculante para los países destinatarios (uno, varios o todos ellos) en cuanto al resultado que debe obtenerse, dejando al mismo tiempo a las autoridades nacionales la competencia sobre la forma y los medios. La transposición de la Directiva implica que el Estado destinatario de la misma debe adoptar una ley que la incorpore al derecho interno en el plazo establecido para ello.

¹⁴⁹ Apartado Primero del Capítulo 1 del Protocolo Marco: “3. *Es concebido como Protocolo marco, entendido como tipo o patrón de buenas prácticas que, independientemente de su valor vinculante para las instituciones del Estado que los suscriban, debería ser completado con la redacción de los correspondientes Protocolos territoriales que para que –según sus respectivas normas estatutarias- pueda obligar a las administraciones e instituciones autonómicas respectivas*”. Las instituciones firmantes del Protocolo fueron las siguientes: Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Sociales y Cooperación.

general. Este texto, sin respetar la definición del art. 189 del RD 577/2011 dispone el apartado segundo del Capítulo I: *“A los efectos del presente Protocolo se entiende por Menor Extranjero No Acompañado (MENA) al extranjero menor de 18 años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación en régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación, de acuerdo con el art. 189 REX”*.

La pregunta es forzosa ¿cuáles son las diferencias entre las definiciones dadas por la UE, por el Reglamento y por el Protocolo?. De este ejercicio comparativo podemos obtener dos importantes consecuencias. En primer lugar, y pese a entender que la definición de MENA había quedado consolidada en la normativa de la UE, como ya hemos manifestado más arriba el RD 577/2011 no recoge exactamente la definición de la UE y además añade una apreciación o si se prefiere, otra situación *ex novo* que nunca antes se había relatado: *“apreciándose riesgo de desprotección del menor”*. En segundo lugar, observamos que tanto el Reglamento como el Protocolo MENA, no mantienen la misma definición del mismo sujeto cuya situación quieren regular. Pese a que el Reglamento es la norma de carácter general que obliga a todos, la definición del Protocolo Marco, texto que solo es vinculante para los firmantes, es más extensa que la que recoge el Reglamento, pues establece el siguiente condicionante: *“que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la UE”*. Sin embargo, este condicionante sí es recogido en las definiciones de las Directivas comunitarias.

De lo expuesto, y desde nuestro punto de vista, no existe una unidad de criterio en algo tan básico en la materia que abordamos, como es la definición de MENA. Esta falta de unidad de criterio no solo en el plano interno, sino en relación con la normativa comunitaria nos conduce a una peligrosa inseguridad jurídica, que no debería de existir sobre todo cuando nos referimos a menores, pues podríamos estar ante una vulneración del superior interés del menor. Si bien creemos que España perdió una oportunidad de dar una definición

armonizada conforme a la normativa de la UE en el RD 577/2011, creemos que lo grave es la existencia de una extralimitación de las funciones del Protocolo, que no es una norma de alcance general, en cuanto a la definición de MENA¹⁵⁰.

En otro orden de cosas, y sin perjuicio de que se trate más adelante los conceptos de riesgo y desamparo como instituciones de protección del menor; hemos de adelantar aquí la introducción de la “apreciación del riesgo de desprotección del menor” en la definición que de MENA da el RD 577/2011. Dicha expresión, desde nuestro punto de vista, era totalmente innecesaria, amén de que no es técnica y jurídicamente afortunada, pues demuestra un desconocimiento de las instituciones del riesgo y del desamparo como figuras jurídicas de protección de menores. Además desvirtúa el verdadero sentido que late tras el concepto de MENA no solo si atendemos, como ya expusimos en el Capítulo I, a las motivaciones, al perfil del menor y la regulación que desde el punto de vista internacional y de la UE se le ha dado, sino a una de las características del MENA, que es que siempre está en situación de desamparo, pues precisamente el no acompañamiento de éste por ningún adulto responsable del mismo implicará necesariamente hablar de una situación de desamparo y no de riesgo, que como veremos es una figura jurídica distinta al desamparo. En los casos de los MENA, precisamente por su situación de estar solos se encuentran en desasistencia moral y material, que son los parámetros que integran el concepto del desamparo. Que el Reglamento de una forma incomprensible, alejándose como decimos, de la normativa europea y de la Observación nº 6 del Comité, añada la situación de riesgo de desprotección, parece que quisiera apostar por una regulación más omnicomprendiva que recogiera cualquier supuesto de desprotección de un menor extranjero en su beneficio. Sin embargo, no hay que olvidar que la normativa sobre protección de los menores no está recogida en la norma que analizamos que es una norma de extranjería, sino que la protección de los menores tiene su previsión y desarrollo legislativo en la LO 1/1996 y en las normas de las CCAA. Esta normativa de protección de menores deberá desplegar sus efectos sobre cualquier menor que

¹⁵⁰ No es esta la única vez que el Protocolo se excede manifiestamente de disposiciones legales, como tendremos oportunidad de poner de relieve al examinar la eficacia jurídica de la documentación del MENA como medio de prueba para la determinación de la edad.

se encuentre en una situación de desprotección, bien en riesgo bien en desamparo sin distinción alguna de su condición de extranjero, ciudadano de la UE o nacional. Como ya hemos manifestado anteriormente lo que realmente define al menor extranjero no acompañado es precisamente eso: su soledad y por lo tanto la falta de toda asistencia.

Por su parte la referencia que hace el Protocolo, siguiendo a las Directivas analizadas, a que “no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea”, parece querer resaltar que se trata de un menor efectivamente extranjero y no un menor ciudadano de la Unión Europea, reforzando así la idea que late tras las definiciones recogidas en la normativa de la UE. Pero como tendremos oportunidad de analizar a continuación el Protocolo claudica a esta afirmación e incluye un supuesto especial precisamente referido al menor de la UE, para extender los efectos del texto a estos menores.

1.3.1. Las especificidades del Protocolo de MENA.

Como ya hemos apuntado, a pesar de que la definición acogida por el Protocolo es la más extensa con la que nos hemos encontrado, excediéndose de lo que entiende la UE de MENA, y que en nuestra opinión, es la que se debería de haber mantenido en España, tanto en el Reglamento como en el Protocolo de MENA¹⁵¹, este último texto procede a enumerar tres supuestos concretos a los que entiende que también se les debe aplicar el contenido del mismo. Bien es cierto que el Protocolo no incluye estos supuestos dentro de la

¹⁵¹ Creemos que la trasposición de la definición dada por la UE, debía ser la que acogiera nuestro derecho interno puesto que además de entender que la definición de la UE es completa y contener los elementos que a nuestro juicio identifican al MENA; no podemos obviar que las competencias en materia de políticas migratorias se ensarta en las competencias compartidas entre la UE y los Estados Miembros de forma que en estas materias “*la Unión y los Estados miembros pueden legislar y adoptar actos vinculantes, pero los Estados sólo ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no lo haya hecho*” (art. 2.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE). En este sentido, España deberá legislar en materia de inmigración y asilo conforme a las normas que dicte la UE, y sin duda el ámbito subjetivo de las normas debería coincidir a fin de evitar posibles conflictos y sobre todo para asegurar la seguridad jurídica. Y esta legislación en ningún momento podrá afectar a las políticas de protección de los menores que, como también hemos apuntado deben ser iguales para todos los menores sin distinción de su condición de extranjeros o no y que deben ser aplicadas de acuerdo al principio del interés superior del menor.

estricta definición que éste ofrece de MENA, y los sitúa en otro párrafo, pero a pesar de ese esfuerzo de separar la definición de estos otros supuestos, mantiene que el Protocolo “también se aplicará a”.

Incomprensiblemente, el Protocolo de MENA, además de no seguir la definición reglamentaria, y excediéndose a lo que debería ser su objeto, pues no es un texto destinado a aportar una nueva definición distinta a la contenida en el ordenamiento jurídico que sí obliga a todos, extiende los efectos jurídicos del mismo y por lo tanto el tratamiento que se le ha de dispensar al MENA a otros supuestos que desde nuestra opinión no deben ser considerados MENA ni tampoco ser beneficiarios del régimen propio de estos, sin perjuicio de que se les aplique las normas de protección de menores generales. Procedamos a su análisis.

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

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

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

Como bien apunta Lázaro González (2014)¹⁵² “en realidad, los tres grupos a que se refieren las letras A, B y C están comprendidos en la definición de menor extranjero no acompañado del art. 189 del RLOEX, pues en los tres supuestos se trata de menores que no están acompañados de un adulto responsable de ellos desde el punto de vista del Derecho que resulte aplicable y están por esta

¹⁵² Lázaro González, Isabel E. 2014. «Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.» *Revista de derecho migratorio y extranjería.* (37): 265-289.

razón, en situación de desprotección. El hecho de que estén “mal acompañados”, estén en riesgo de ser sometidos a una red de trata de seres humanos o se encuentren como polizones a bordo de un buque, nave o aeronave, no añade ningún elemento esencial a su necesidad de protección por el sistema”.

Compartimos íntegramente dicha opinión. En efecto, la definición contenida en el apartado primero engloba a los tres casos subsiguientes, que únicamente pretenden reafirmar de forma expresa la aplicación del Protocolo a una causística que había sido observada y constatada en la práctica, y a las que se les fue dando respuesta según surgían con anterioridad al nacimiento del mismo. Estas situaciones fueron puestas de manifiesto a través de las distintas Memorias de las Fiscalías Provinciales que anualmente se remitían a la Fiscalía de Sala de Extranjería, por los Fiscales Delegados de Extranjería (FDE). Por ello y siendo la Fiscalía General del Estado quien impulsó y lideró la elaboración del Protocolo Marco, fue por lo que se introdujeron esos supuestos específicos.

El apartado A pretende poner de manifiesto el fenómeno de los llamados “niños ancla”. Niños de muy corta edad, bebés por regla general, que podrían estar siendo utilizados por las redes de trata de seres humanos, de forma que sin que existiera constancia de que efectivamente entraran en España a través de pateras o cayucos generalmente con sus madres, eran usados como subterfugio para evitar la expulsión de España de las “supuestas madres” que realmente eran mujeres que iban a ser explotadas. Una vez que la mujer se encontraba bajo el dominio del explotador el niño volvería al país de origen para poder, en el más cruel de los casos, ser usado nuevamente por otra mujer. Estos niños llegaban a España acompañados de adultos con adultos que no tenían ninguna relación ni de parentesco ni legal ni podían ser considerados parientes según sus usos o costumbres. Realmente venían acompañados de un guardador de hecho, que era la mujer que sería posteriormente explotada, por lo que estaban “mal acompañados”, pues esa persona, aunque de hecho pudiera dar un trato adecuado al menor, jurídicamente no puede darle la adecuada protección y asistencia. Este supuesto, se complementa en el Protocolo con lo que dispone el Capítulo IV del texto, en el que se prevé la realización de pruebas

de ADN como medida de comprobación de la relación entre el menor y la supuesta madre o persona que acompaña al menor.

El apartado B, vuelve a incidir en los menores que pueden ser objeto o que están en riesgo de ser sometidos a redes de trata de seres humanos. Nuevamente estamos ante una redundancia innecesaria, tanto del concepto general, como del propio apartado A. La razón de ser de este apartado, así como del anterior, podríamos encontrarlas en la extrema sensibilización que por parte de las autoridades competentes que elaboraron el Protocolo existía y existe respecto al fenómeno de la Trata de Seres Humanos y que fue llevada a una norma como el Protocolo, que tiene como única función determinar las pautas de actuación de aquellos a los que va dirigido. No podemos dejar de alabar la encomiable labor de todos los agentes implicados en el fenómeno de la Trata de Seres Humanos, y en especial de la Fiscalía General del Estado a través de la Fiscalía de Sala, pero entendemos que las previsiones sobre los menores que pudieran ser objeto de redes de trata de seres humanos y que estuvieran realmente en riesgo, tienen y deberían tener, un tratamiento más sistemático con el que se les da a todas las víctimas de trata de seres humanos en el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos¹⁵³. Si bien es cierto, que este Protocolo no fue publicado en el BOE, porque no existe ninguna previsión legal que así lo disponga, fue un acuerdo que en noviembre de 2011 se firmó por los máximos representantes del Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado. En otro orden de cosas y abundando en lo anterior, el Protocolo de Trata contempla en su apartado XIV las actuaciones específicas en caso de víctimas de trata de seres humanos menores de edad, recogiendo un apartado específico para las víctimas menores de edad extranjeras no acompañadas. Además, tras la lectura del supuesto incluido en este apartado, un dato nos debe llamar la atención: en la definición no se hace referencia en ningún momento a un menor no acompañado. Parte del supuesto de que el

¹⁵³ Disponible en el siguiente enlace de descarga http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones_institucionales/Convenios/Protocolo_marco_de_proteccion_de_las_victimas_de_trata_de_serres_humanos

menor está acompañado, pero en situación de patente desamparo o desprotección, por estar en riesgo de sometimiento a una red de trata de seres humanos. Así pues como analizaremos más adelante, entendemos que es este otro motivo, para mantener que este supuesto no debería de haberse contemplado como un supuesto análogo al del MENA, al que se le deba extender los efectos del Protocolo.

Es más, la realidad y los datos¹⁵⁴ nos muestran que el fenómeno de la trata de seres humano no ha disminuido, todo lo contrario, está en continuo

¹⁵⁴ El informe de la UNODC “Global report on trafficking in persons. 2016” disponible en el siguiente enlace de descarga https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf es el más reciente informe sobre el estado de la trata de seres humanos en el mundo y es un completo estudio sobre la evolución de la trata de seres humanos y el número de víctimas, tanto desde un punto de vista general como por regiones. Este informe analiza las cifras de víctimas detectadas tanto por género como por edad así como por los fines de la trata entre los años 2004 y 2014. El informe concluye que efectivamente hay personas migrantes que son más vulnerables que otros, así como que hay países en los que existe un nivel importante de organizaciones dedicadas a la trata como consecuencia de los conflictos internos. Así se ha detectado que el 79% de las víctimas detectadas son mujeres y niños; habiéndose igualmente recogido un número de más de 500 rutas en todo el mundo que siguen los traficantes de seres humanos, existiendo así mismo víctimas detectadas de más de 137 nacionalidades. Dedicó un especial apartado el informe al tráfico de niños y niñas (página 11). Así en 10 años desde 2004 al 2014 el tráfico de niñas ha aumentado en un 10% en la proporción de víctimas detectadas. Sin embargo el tráfico de niños si bien aumentó de manera importante entre el periodo comprendido entre 2004 a 2011 pasando de un 3% a un 13%, en la actualidad parece situarse en una situación no alcista habiendo bajado al 8% de las víctimas detectadas. Por regiones, sin duda son las regiones del Africa subsahariana y América Central y el Caribe donde mayor es la incidencia de las víctimas de trata de seres humanos menores de edad con unos porcentajes del 64% y del 62% de las víctimas detectadas. Por su parte el informe realizado por Castaño Reyero, María José y Pérez Adrohger, Ana. 2017. *Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España*. Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (IUEM). Universidad Pontificia Comillas. Equipo de Incidencia Política y Estudios, UNICEF Comité Español. Huygens. (Disponible en el siguiente enlace de descarga: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ninos-victimas.pdf>) mantiene, que es difícil estimar el número de víctimas de trata de seres humanos, y las únicas fuentes con las que se cuentan son los datos proporcionados por el Ministerio del Interior y por la FGE que a través de sus diligencias de seguimiento en relación a las investigaciones abiertas por presuntos delitos de trata de seres humanos dan cifras aproximadas, según las identificaciones que se pueden realizar, sin vincularlas a las sentencias condenatorias. Este informe pone además de relieve que ambas fuentes de datos tampoco coinciden, y además “quedan lejos de las previsiones estimadas por las organizaciones que trabajan con esta realidad”. Respecto a las víctimas menores de edad, y siguiendo los datos proporcionados por los documentos elaborados por la Fiscalía de Sala de Extranjería denominados “Notas Informativas y Diligencias de Seguimiento” se ha pasado de las 35 víctimas detectadas en 2013 a las 48 detectadas en 2015; sin embargo en el año 2016 según la Memoria de la FGE de 2017, se ha pasado a un total de 33 víctimas, de las que 28 lo eran para fines de explotación sexual, 2 para explotación laboral y 3 con fines de matrimonio forzoso (disponibles en los siguientes enlaces de [descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2014_09_09_Diligencias%20de%20Seguimiento%20del%20delito%20de%20trata%20de%20seres%20humanos.pdf?idFile=3652df84-37d1-49aa-b354-be7503558ebd](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2014_09_09_Diligencias%20de%20Seguimiento%20del%20delito%20de%20trata%20de%20seres%20humanos.pdf?idFile=3652df84-37d1-49aa-b354-be7503558ebd) https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Diligencias%20de%20Seguimiento%20del%20delito%20de%20Trata%20de%20Seres%20Humanos.%20Fiscal%20C3%ADa%20de%20la%20Fiscal%20de%20Sala%20de%20Extranjeria.pdf?idFile=3652df84-37d1-49aa-b354-be7503558ebd

aumento, aunque sea muy difícil contar con un número de víctimas reales por la extraordinaria dificultad que existe a la hora de acercarse a las víctimas. Volviendo a los menores, no creemos que la previsión del protocolo tenga una verdadera eficacia en la prevención o lucha de la trata de menores. Como hemos mantenido, la trata de seres humanos debe tener un tratamiento sistemático y si bien no vamos a poner en duda que los MENA constituyen una presa fácil para los tratantes por su vulnerabilidad, también lo son otros grupos sociales como las mujeres, o cualquier persona que se encuentre en esa misma situación; por ese motivo reiteramos nuestra opinión sobre la innecesaria especial mención a este supuesto¹⁵⁵.

Por último, el apartado C, responde a la necesidad de dejar constancia de otra cuestión práctica que se había estado produciendo desde hacía años y que determinó un problema grave de descoordinación y a la postre de desprotección de menores que llegaban a España como polizones¹⁵⁶. El fenómeno de los polizones es muy común en las costas españolas, pues España goza de una importante red de puertos en los que atracan buques procedentes de todas las partes del mundo. Los polizones deben ser desembarcados por orden del capitán del barco en el primer puerto al que se llegue una vez sean descubiertos. No son pocas las veces que los polizones son o dicen ser menores de edad. Fueron dos los supuestos que dieron lugar a que este caso se recogiera en el

[20de%20Extranjer%C3%ADa%202014?idFile=56ca6812-b8bf-4341-b06c-8cdbc9a8d3fe https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/NOTAS_INFORMATIVAS_Y_DILIGENCIAS_DE_SEGUIMIENTO_2015?idFile=1e016a34-59c1-45cf-9c6c-df22f8e39acc](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/NOTAS_INFORMATIVAS_Y_DILIGENCIAS_DE_SEGUIMIENTO_2015?idFile=56ca6812-b8bf-4341-b06c-8cdbc9a8d3fe)), poniéndose además de relieve la detección en 2015 por primera vez de dos niños varones víctimas de trata de seres humanos. Sin embargo en el año 2016 todas las víctimas eran niñas.¹⁵⁵ Y así lo considera también el Defensor del Pueblo en las Conclusiones de las jornadas “Mejoras en la protección de menores extranjeros”, celebradas el 23 de mayo de 2017, conjuntamente al Defensor del Pueblo Andaluz, cuando dispone que “los menores que acceden de manera irregular a España junto a adultos indocumentados han de ser considerado en situación de riesgo. Se han de adoptar las medidas previstas para ellos en el artículo 17 de la Ley 26/2015”. Disponibles en la siguiente página web visitada el 20 de agosto de 2017: <https://www.defensordelpueblo.es/otras-publicaciones/proteccion-menores-extranjeros-llegan-acompanados-posibles-victimas-trata/>

¹⁵⁶ Desde nuestro punto de vista, es este un apartado totalmente innecesario en el Protocolo demostrando una deficiente técnica normativa, puesto que ésta debe evitar las situaciones concretas y específicas para regular el supuesto de hecho general que debe permitir su aplicación a las situaciones concretas. Y los polizones si son menores de edad, deben ser objeto de la aplicación de las normas generales sobre protección de menores así como de aquellas que están previstas para la determinación de su edad.

Protocolo¹⁵⁷. El primero de ellos tuvo lugar en el año 2010 con un buque que llegó al puerto de Valencia y que después continuó su travesía hasta el puerto de Las Palmas¹⁵⁸ y el segundo de ellos tuvo lugar en Huelva en el año 2011¹⁵⁹. Todo indica que con este apartado se pretendía dejar claro que los polizones también deben ser sometidos a las pruebas de determinación de la edad debiéndose tomar una decisión en consecuencia y proceder a su ingreso en el Registro de MENA al que haremos referencia en el Capítulo III de este trabajo¹⁶⁰.

¹⁵⁷ La afirmación que realizamos se fundamenta en la participación de esta Fiscal en las Jornadas de Fiscales Delegados de Extranjería que anualmente se celebran por la FGE y que pusieron de relieve los problemas con los polizones. Estos supuestos fueron llevados posteriormente al Protocolo como uno de los casos de específico tratamiento y que igualmente fueron tratadas en las Jornadas de Fiscales de Extranjería celebradas en el año 2011 y donde durante una jornada se discutió entre todos los Fiscales de Extranjería el borrador del Protocolo.

¹⁵⁸ En este caso el buque llegó al puerto de Valencia con 6 polizones a bordo que decían ser nigerianos, y tres de ellos menores de edad. La Fiscalía de Valencia, ordenó la práctica de la prueba ósea de los tres supuestos menores de edad, obteniendo un resultado de mayor de edad, pero nunca procedió a dictar Decreto alguno determinando la edad, devolviendo a los polizones al barco. El siguiente puerto de atraque fue el Puerto de la Luz, de Las Palmas, y nuevamente se planteó la posibilidad de que aquellas personas fueran realmente menores de edad. En esta ocasión uno de los polizones mostró un pasaporte, que examinado por la Brigada de Extranjería, se comprobó que no era auténtico pues estaba manipulado en su fotografía. Se ordenó la práctica de nuevas pruebas, porque nunca se enviaron las placas que se habían realizado en Valencia a la Fiscalía de Las Palmas, a pesar de que fueron solicitadas, para evitar su reiteración. Finalmente se determinó la edad de los polizones en el correspondiente Decreto. Esta situación dio lugar a una queja ante el Defensor del Pueblo. Fuente: Memoria de la Fiscalía del TSJ de Canarias. Provincia de Las Palmas año 2011 (ejercicio 2010); y Memoria de la FGE año 2011 (ejercicio 2010) Pp 984- 985, disponible esta última en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/!ut/p/a1/jZHBCslwEEQ_KZukDekxobaJtAgNRc1FepKAVg_i97stXII1dW8Lb3aGWeLJgfhxlbz8Ai3cbhMuxcnq4yi1sFWdlyAkqzS2jQMpEDgiAD8GAWxvm5kBaQ2TufGcLdHb30CiPRQ5xz9e-GKsgLlSrRedtl_-RMGKX-Tr-gRiP3LTmM8ziTlhiO81H8CK_n3xKcqnhuYgdSL4gs70zK8QNs-K0rMQJfAI5LWarpf-2kOEGx4AWnP1E4!/dl5/d5/L2dJQSEvUUt3QS80SmIFL1o2X0IBSEExSVMwSjhSMzYwQTgyRkJCSEwyMDg2/?selAnio=2011

¹⁵⁹ Fuente: Memoria de la Fiscalía General del Estado año 2012 (ejercicio 2011) P. 869. En ella se expone el caso, menos problemático que el anterior, puesto que el buque llegó directamente al Puerto de Huelva y una vez allí los polizones que decían ser menores de edad fueron sometidos a las pruebas óseas, siendo trasladados los que resultaron ser menores al Centro de Menores. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/!ut/p/a1/jZHBCslwEEQ_KZukDekxobaJtAgNRc1FepKAVg_i97stXII1dW8Lb3aGWeLJgfhxlbz8Ai3cbhMuxcnq4yi1sFWdlyAkqzS2jQMpEDgiAD8GAWxvm5kBaQ2TufGcLdHb30CiPRQ5xz9e-GKsgLlSrRedtl_-RMGKX-Tr-gRiP3LTmM8ziTlhiO81H8CK_n3xKcqnhuYgdSL4gs70zK8QNs-K0rMQJfAI5LWarpf-2kOEGx4AWnP1E4!/dl5/d5/L2dJQSEvUUt3QS80SmIFL1o2X0IBSEExSVMwSjhSMzYwQTgyRkJCSEwyMDg2/?selAnio=2012

¹⁶⁰ El estatuto jurídico del polizón viene recogido en el art. 11 de la Ley 14/2014 de 24 de julio de navegación marítima (BOE núm 180 de 25 de julio). Al polizón se le aplicará la legislación de extranjería, tal y como recoge el apartado 1º. Además tampoco se nos puede producir ningún tipo de duda respecto a la jurisdicción de los tribunales españoles. Así lo dispone el art. 12, salvo para los buques definidos como de Estado, la jurisdicción penal y civil de los tribunales españoles se extenderá a los buques que se encuentren en aguas interiores y en puertos españoles.

A pesar de que el Apartado Segundo del Capítulo I del Protocolo es el que se refiere al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Protocolo, el examen del texto nos permite descubrir otros supuestos específicos que vuelven a hacer referencia al ámbito subjetivo al que se aplicará el Protocolo. Creemos que estos supuestos no deberían de haberse incluido en el texto que analizamos pues son realidades diferentes al MENA. En nuestra opinión estos supuestos especiales adolecen del vicio común de regular el caso concreto con la finalidad de evitarlo en el futuro. Son los siguientes:

1º El menor al que le es de aplicación el régimen de la UE¹⁶¹: *“Cuando los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad localicen a un MENA al que le sea aplicable el régimen jurídico de la Unión Europea lo pondrán en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal y del Consulado o Representación diplomática del Estado de que se trate. Hasta tanto se disponga la entrega del menor a su familia o a la Representación diplomática del Estado del que es nacional, permanecerá bajo la protección de la entidad pública de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que fuere hallado”.*

Si atendemos a la definición que el Protocolo da de MENA, pareciera que la misma excluye a los menores no acompañados que procedan de la UE. Y decimos que pareciera, pues no lo dice claramente. Únicamente se limita a excluir aquellos a los que no les sea de aplicación el régimen de la UE. Se nos podría plantear la siguiente cuestión ¿se nos está haciendo una referencia al régimen de los llamados ciudadanos de la Unión Europea? Creemos que la respuesta es precisamente esa. El Protocolo no se aplica a los menores ciudadanos de la UE. A día de hoy y teniendo en cuenta los principios que inspiran la actuación de la UE, así como que todos los Estados Miembros deben de haber asumido lo que se denomina acervo comunitario para formar parte de la UE, todos deben haber integrado en sus legislaciones las normas necesarias para proteger a los menores, pues todos los Estados Miembros de la UE forman parte de la CDN. En cualquier caso, podría producirse el supuesto de que un

Entendemos que esta previsión, permitirá sin problemas ordenar en su caso y a los efectos de protección por parte del Juez de Instrucción de medidas de protección del menor recogidas en el art. 158 del CC, para lo que se podrá acordar en primer lugar y para asegurarnos que nos encontramos ante un menor de edad las pruebas de determinación de la edad.

¹⁶¹ Apartado Primero del Capítulo III del Protocolo.

menor perteneciente a un Estado Miembro de la UE, tomara la decisión de migrar a otro Estado Miembro¹⁶², en estos casos la diferencia entre estos menores y los MENA no ciudadano de la UE, se encuentra no en la protección que hay que darles, que debe ser la misma, sino en el régimen administrativo que se les aplica, pues el MENA queda sujeto al régimen previsto en la LOEX. Así pues, ¿cuál es el motivo de su inclusión como supuesto especial en el Protocolo? Aparentemente puede que solo se haya incluido a efectos meramente enunciativos, pues más allá de ordenar que el hecho se ponga en conocimiento de la correspondiente representación diplomática y se le dé protección al menor, no se determina cómo se procederá a la entrega del menor a su familia o lo que es más complejo a la representación diplomática del Estado¹⁶³.

La realidad sí nos demuestra que existe un fin registral, puesto que ese menor ciudadano de la Unión, va a ingresar en el Registro de Menas. Nos planteamos, consecuentemente, cuál es el motivo de ese registro, sobre todo si tenemos en cuenta, que tanto la ONU como la UE, mantienen la necesidad de contar con datos y estadísticas fiables que nos permitan dimensionar el fenómeno y consecuentemente permitan la adopción de decisiones y atribución de recursos para hacer frente al fenómeno de la inmigración de MENA. Si introducimos datos que no identifican exactamente el objeto de estudio, el resultado son estadísticas que no reflejan la realidad, incumpliendo así las resoluciones de las Naciones Unidas y de la UE sobre la necesidad de datos

¹⁶² Esta decisión podrá ser libre y voluntaria, pero también forzada, pues no debemos de olvidar como ya manifestamos más arriba al hacer referencia a los menores víctimas de trata de seres humanos, que dentro de la UE y concretamente en España se han identificado menores ciudadanos de la UE, concretamente de Rumanía tanto para el ejercicio de la prostitución como para ser entregadas en matrimonios forzados.

¹⁶³ La experiencia ha demostrado que es hartamente complejo proceder a una entrega del menor comunitario a su familia. Sobretudo se produce en casos de menores pertenecientes a los países más pobres de la UE, Rumanía o Bulgaria. La familia no puede hacerse cargo de los desplazamientos, y el menor además quedaría en una situación de riesgo o incluso de desamparo en su país, para evitar estas circunstancias y de acuerdo al principio del interés superior del menor, éste debería de quedar bajo el sistema de protección español. En cualquier caso, los retornos o entregas a sus familias se están realizando a través de la OIM, a pesar de que el programa para el retorno voluntario con reintegración y especial atención a las personas vulnerables, solo está previsto para los inmigrantes y no para los ciudadanos de la UE (así se recoge en la siguiente página web visitada el día 18 de enero de 2017: <http://www.spain.iom.int/es/programa-de-retorno-voluntario-asistido-para-personas-vulnerables-0>)

fiables. Concretamente y respecto a los datos que arroja el Registro al cierre del año 2016, existen 161 menores nacionales de la UE inscritos en el mismo¹⁶⁴.

2º MENA de terceros países cuya protección haya sido acordada por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea¹⁶⁵. Este supuesto especial, también tiene su origen en un caso concreto ocurrido en la Fiscalía de Pontevedra y que se describe en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012¹⁶⁶. El supuesto de hecho es sencillo: un MENA que ha sido determinado como tal y que está sujeto ya a medidas de protección por las autoridades de otro Estado Miembro de la UE y que aparece en España. Creemos que tampoco este supuesto debería de haberse incluido en el Protocolo por cuanto, el menor tiene unas medidas de protección acordadas que podrán hacerse valer entre los Estados Miembros de la UE a través del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y en el que ya nos hemos detenido en el Capítulo I al destacar uno de los objetivos del Plan de Acción sobre MENA de la UE, cual es el reconocimiento mutuo de resoluciones en la UE. A nuestro juicio creemos que la razón nuevamente de la inclusión es permitir el acceso de estos casos al Registro de MENA.

3º Seguidamente se recogen los supuestos especiales del menor extranjero no acompañado que ha cometido un hecho delictivo, y el caso del menor extranjero no acompañado cuya edad resulte indubitada. Respecto al primero de los supuestos, se hace referencia a los efectos de que éste pueda

¹⁶⁴ Rumanía: 133, Bulgaria: 6, Reino Unido: 5, Croacia: 3, Portugal: 3, Hungría: 2, Países Bajos: 2; Dinamarca: 2, Francia: 2, Alemania: 1, Bélgica: 1 y Polonia: 1.

¹⁶⁵ Apartado segundo. Capítulo III del Protocolo. "1. A los MENA de terceros países cuya protección haya sido acordada por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea les serán aplicables las reglas generales del presente Protocolo. Sin embargo, la constancia de una fecha de nacimiento o filiación que conste en un documento expedido por una autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea impedirá acudir a las pruebas médicas. Las dudas sobre la fecha de nacimiento que se contengan en el documento deberán resolverse, por medio de los mecanismos de cooperación jurídica internacional, ante las autoridades que hayan emitido el documento. 2. Por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras se practicarán las gestiones oportunas dirigidas a facilitar al Ministerio Fiscal los datos pertinentes del expediente tramitado y resolución acordada por la autoridad del otro Estado miembro de la Unión Europea. 3. En su caso, se realizarán las oportunas gestiones dirigidas al traslado al Estado donde ya se ejerza su protección institucional o tutela pública de conformidad con lo prevenido en el artículo 35 LOEX y artículos 191 y siguientes REX".

¹⁶⁶ Memoria de la Fiscalía General del Estado 2012 (ejercicio 2011). Pp. 868, 869.

ser inscrito en el Registro de MENA, a la vez que vuelve al tratamiento de éste si fuera un posible autor/víctima de trata de seres humanos. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, lo más interesante es la remisión al art. 375 de la LECRIM en orden a la práctica de las pruebas óseas. Concretamente, si el presunto menor extranjero fuera detenido por la comisión de un delito, según la Ley y el Protocolo, será el Juez de Instrucción quien deberá realizar las diligencias necesarias para acreditar la edad. Creemos que la regulación no debiera atribuir esta función al Juez de Instrucción, y debiera ser encomendada al Fiscal de Menores (reforma), pues se debe aplicar siempre la presunción de minoría de edad en consideración al interés superior del menor, y por lo tanto, no debiera ser tratado como mayor en ese estadio del procedimiento, pues incluso el Juez Instructor podría acordar la prisión de éste mientras se le realizan las pruebas, vulnerando así todas las disposiciones sobre los presuntos menores de edad, que hemos hecho referencia hasta ahora.

2. ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL CONCEPTO.

Podemos afirmar que el concepto de MENA que hemos analizado en el epígrafe anterior, es una definición de un término complejo conformado por varios términos con importantes significados jurídicos. Así pues para poder entender el alcance de la definición que nos delimita el ámbito subjetivo de nuestra investigación, será necesario detenernos en un estudio sistemático del concepto, esto es, referirnos a los distintos términos que lo conforman. Así pues cuando nos referimos al MENA será necesario conocer qué se entiende por menor de edad, y cuáles serán los efectos de la edad para la participación del menor en la toma de decisiones que les afecte, como la determinación de la edad y que nos llevará necesariamente a referirnos a la madurez y a la capacidad del menor de edad. Será igualmente necesario delimitar cuándo nuestro ordenamiento jurídico determina que estamos ante un extranjero, pues como hemos apuntado en el epígrafe anterior, el Protocolo distingue a los menores de la UE de otros MENA. Y por último será necesario detenernos en la circunstancia del no acompañamiento.

2.1. EL MENOR DE EDAD Y SU CAPACIDAD.

De acuerdo a la definición del DRAE la edad es “el tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales o vegetales”. También define el mismo diccionario la minoría de edad como “edad durante la cual una persona no puede ejercer por sí misma sus derechos civiles y políticos” y la mayoría de edad como “edad a partir de la cual una persona puede ejercer por sí misma sus derechos civiles y políticos”. De lo dispuesto en el DRAE podemos extraer de inmediato dos conclusiones. Que la edad solo puede ser definida como el paso del tiempo puesto en relación a dos momentos determinados; y que el DRAE al ofrecernos un concepto de minoría o mayoría de edad, está admitiendo que ese paso del tiempo puede ser estudiado desde un punto de vista jurídico, pues es el ordenamiento jurídico quien atribuye consecuencias jurídicas a ese paso del tiempo¹⁶⁷.

Como veremos a lo largo de este epígrafe, la definición que el DRAE intenta darnos sobre mayoría o minoría de edad desde el punto de vista jurídico, es una definición vetusta y que nada tiene que ver con el concepto jurídico de la edad, que es mucho más complejo, y está ligado al concepto de capacidad de obrar que ha evolucionado, en cuanto la posibilidad del ejercicio de los derechos de los que una persona es titular. Hoy el estudio del concepto de la edad, debe ser enfocado desde dos puntos de vista uno objetivo y otro valorativo respectivamente: el cómputo de la edad, y la madurez. Ambos conceptos se enfrentan entre sí como también tendremos oportunidad de analizar bajo dos principios: el de seguridad jurídica y el de justicia.

Al objeto de nuestra investigación, la referencia a estos conceptos nos permitirá sentar las bases para poder entender el porqué el MENA podrá intervenir en los procedimientos administrativos y judiciales que les pueda afectar, y sobre todo en el procedimiento de determinación de la edad. Si

¹⁶⁷ Si atendemos a las acepciones que el DRAE da a la edad combinadas con otros calificativos podemos también observar cómo el término también puede ser estudiado desde un punto de vista biológico, por este motivo hablamos de la edad biológica cuando nos referimos a las consecuencias biológicas que tiene el paso del tiempo sobre la persona.

dudamos de la edad de una persona es porque la misma puede encontrarse en los últimos años de su minoría de edad o los primeros de su mayoría de edad. Y en este sentido, no solo es importante el cómputo de la edad, sino tener en cuenta su grado de madurez.

2.1.1. El cómputo de la edad.

Para poder determinar los efectos jurídicos de la edad, tenemos que ponerla en relación a un momento en el tiempo en el que nos interesa su cómputo. Por este motivo, se puede definir la edad según Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rams Albesa y Rivero Hernández (2010)¹⁶⁸ como “el tiempo que lleva viviendo desde su nacimiento hasta el momento en que se computa”.

La CDN, determina el límite temporal entre la mayoría y la minoría de edad en los 18 años, fijando así una tendencia común en el derecho comparado; aunque no existe unanimidad mundial en el criterio y no todos los Estados modernos fijan la mayoría de edad en los 18 años. Encontramos países en los que la mayoría de edad se puede adquirir desde los 14 años hasta los 21 años. Incluso hay especificaciones por diferencia de sexo, como el caso de Irán cuya legislación civil de 1962, establece que la mayoría de edad de los varones es a los 15 años en tanto que la de las niñas es a los 9 años; aunque se establecen abundantes excepciones respecto a materias como el matrimonio, la responsabilidad penal, o en materia hereditaria¹⁶⁹. O en Estados Unidos, donde no hay una regulación uniforme para todo el país y hay Estados que fijan la mayoría de edad en 19 años (Alabama y Nebraska), frente a los 18 años que fijan los demás Estados.

¹⁶⁸ Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asis; Luna Serrano, Agustín; Delgado Echevarría, Jesús; Rams Albesa Francisco y Rivero Hernández, Joaquín. 2010. *Elementos de Derecho Civil I*. 6ª edición revisada y puesta al día por Delgado Echevarría, Jesús. Vol. II. II vols. Madrid: Dykinson SL. P.116.

¹⁶⁹ Pourzand Lyli, Shahid Beheshti University in Tehran. Se puede descargar en la siguiente página web consultada el día 12 de octubre de 2016: http://www.wunrn.org/news/2007/09_07/09_24_07/093007_iran.htm

Si bien la CDN define el ámbito subjetivo de su aplicación desde el art. 1, definiendo qué se entiende por niño, las Naciones Unidas no ha sido indiferente a las diversas etapas biológicas por las que pasa el ser humano y la especial situación de vulneración en la que se encuentran los niños pequeños, diferenciándola de las situaciones en las que se encuentran los adolescentes como otra etapa de la infancia y que como veremos a continuación han tenido reflejo en sendas Observaciones Generales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, quien ha dado unas pautas interpretativas sobre el tratamiento de los mismos.

La Observación General nº 7 (2005) del Comité de los Derechos del Niño hace expreso reconocimiento a la realización de los derechos del niño en la llamada primera infancia¹⁷⁰. El apartado 4º de dicha Observación recoge el concepto de primera infancia: “Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad. En otros países, esta transición tiene lugar en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar. En consecuencia, el Comité propone, como definición de trabajo adecuada de la primera infancia, el período comprendido hasta los 8 años de edad; los Estados Partes deberán reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición”. Las Naciones Unidas pone así de relieve la importancia de la primera infancia en el desarrollo de la persona, y consecuentemente la necesidad de un mayor celo en la aplicación, tutela y promoción de los derechos de los niños pequeños, no solo como personas individualmente consideradas sino también como colectivo.

¹⁷⁰ Observación General nº 7 (2005) CRC/C/GC/7/Rev1. Disponible en el siguiente enlace de descarga:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f7%2fRev.1&Lang=en

Es la Observación General nº 20 (2016)¹⁷¹ sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia la que se hace eco de la situación de los adolescentes y establece que “5. El Comité reconoce que la adolescencia no es fácil de definir y que los niños alcanzan la madurez a diferentes edades. Los niños y las niñas entran en la pubertad a distintas edades, y diversas funciones del cerebro se desarrollan en diferentes momentos. El proceso de transición de la infancia a la edad adulta está influenciado por el contexto y el entorno, como se observa en la gran diversidad de expectativas culturales que hay en relación con los adolescentes en las legislaciones nacionales, que prevén distintos umbrales para comenzar a desempeñar actividades de la vida adulta, y en los diferentes órganos internacionales, que definen la adolescencia en función de diferentes franjas etarias. La presente observación general no pretende, por tanto, definir la adolescencia, sino que se centra en el período de la infancia que va desde los 10 años hasta que el niño cumple 18 para facilitar la coherencia en la reunión de datos”.

En el marco de la UE la Carta Europea de los Derechos del Niño¹⁷², en el numeral 2, define qué se entiende por niño: “2. *Se entenderá por niño todo ser humano hasta la edad de dieciocho años, salvo que éste, en virtud de la legislación nacional que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. A efectos penales, se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente*”.

En España, son los 18 años los que fijan el límite entre la mayoría y la minoría de edad. Así lo establece el art. 12 de la CE: “*los españoles son mayores de edad a los 18 años*”. El Código Civil, reproduce esta norma al disponer en el art. 315 que “*la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos*”. Históricamente la mayoría de edad se situaba en los 23 años, así se fijó en 1889, fecha de aprobación del CC. Posteriormente ese límite fue modificado en por la ley de 13 de diciembre de 1943 sobre la fijación de la mayoría de edad civil que fijó en el art. 1 la mayoría de edad a los 21 años¹⁷³. Sin embargo no fue la CE, la que

¹⁷¹ CRC/C/GC/20.

¹⁷² DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

¹⁷³ BOE 349 de 15 de diciembre de 1943.

estableció la mayoría de edad a los 18 años. Concretamente el Real Decreto Ley 33/1978 de 18 de noviembre de 1978¹⁷⁴ sobre mayoría de edad fue el que redujo la edad a la que se podrían adquirir la plena capacidad de obrar y por lo tanto, los derechos políticos, a los 18 años. Este RDL, claramente orientado al aumento del censo electoral de cara al referéndum constitucional que se llevaría a cabo en España menos de un mes después, no solo armonizó la legislación española al derecho comparado de nuestro entorno, tal y como reconoce la Exposición de Motivos; sino que también armonizó el momento de la adquisición de la plena capacidad de obrar entre las distintas legislaciones forales vigentes en España, con la delicada excepción que contemplaba la Disposición Adicional Primera¹⁷⁵.

¿Cuándo comienza a contar el tiempo de vida de una persona, cuándo podemos decir en términos jurídicos que da comienzo la personalidad y por lo tanto la existencia civil y jurídica de la persona? La cuestión no ha tenido una respuesta pacífica a lo largo de la historia, existiendo varias teorías¹⁷⁶. También nuestro derecho civil ha evolucionado al respecto. Siempre se aceptó que la personalidad, y por lo tanto ese momento inicial del cómputo de la edad legal comenzaba con el nacimiento (art. 29 CC)¹⁷⁷. Pero ese nacimiento se condicionaba a dos factores: que el feto tuviera figura humana y que además pudiera vivir 24 horas independiente del seno materno. Parecía que nuestro ordenamiento jurídico adoptaba la teoría de la viabilidad, pues hasta que no transcurrieran 24 horas no podía ser considerado civilmente persona y no podía ser inscrito como tal en el Registro Civil, y solo se anotaba en la Sección de “criaturas abortivas” (art. 171 del Reglamento del Registro Civil¹⁷⁸). Pero los avances de la ciencia y las posturas bioéticas, relacionadas con ella, han dado

¹⁷⁴ BOE 275 de 17 de noviembre de 1978.

¹⁷⁵ “Lo dispuesto en el artículo primero del presente Real Decreto-ley tendrá efectividad, desde su entrada en vigor, respecto a cuantos preceptos del ordenamiento jurídico contemplaren el límite de veintiún años de edad en relación con el ejercicio de cualesquiera derechos, ya sean civiles, administrativos, políticos o de otra naturaleza, sin que en ningún caso se perjudiquen los derechos o situaciones favorables que el ordenamiento concediera a los jóvenes o a sus familias en consideración a ellos, hasta los veintiún años de edad, en tanto subsistan, en sus términos, las normas que los establecen.”

¹⁷⁶ Podemos mencionar las siguientes teorías: teoría de la concepción: la personalidad comienza en el momento de la concepción; teoría de la viabilidad: se exige el nacimiento y que la criatura sea viable, esto es, viva y sin vicio orgánico o funcional que le imposibilite para continuar su existencia independiente.

¹⁷⁷ No obstante existen arduos debates en torno a la figura del concebido y no nacido o incluso del denominado “nondum conceptus”.

¹⁷⁸ BOE núm 296 de 11 de diciembre de 1958.

lugar a un cambio de criterio que fue reflejado por el legislador en la modificación del art. 30 del CC por la disposición final tercera de la Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil¹⁷⁹ que dispuso que *“la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*. Así pues, hoy basta que se produzca el nacimiento entendido como el desprendimiento del seno materno para que dé comienzo la personalidad civil.

El cómputo de la edad, se configura además como una excepción en el cómputo normal de los plazos recogido en el art. 5 del CC¹⁸⁰, que recoge el llamado cómputo civil. Así el art. 315 del CC establece que: *“para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”*, por lo tanto no importa la hora en la que se produjo el nacimiento. Sin embargo a esta norma general solo se le exceptúa, por aplicación del derecho del superior interés del menor, el cómputo de la edad en materia penal¹⁸¹.

En cualquier caso la mayoría de edad se adquiere automáticamente, sin necesidad de ningún acto, resolución o procedimiento formal. Una vez alcanzada, la persona se incorpora a la plenitud de la vida jurídica gozando de la plena capacidad de obrar en los campos civil, administrativo, político o de cualquier otra naturaleza, con la única excepción del derecho a ser adoptante, donde se exige tener 25 años (art. 175.1 CC).

2.1.2. La madurez.

¹⁷⁹ BOE núm 175 de 22 de julio.

¹⁸⁰ *“1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. 2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles.”*

¹⁸¹ Aunque no lo dispongan positivamente nuestras leyes penales (CP o Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), la jurisprudencia penal, ha establecido que el cómputo de la edad a los efectos de determinar la misma para las responsabilidades penales, se realiza de momento a momento (SSTS de fechas 14/1/1988 ([ROJ: STS 10393/1988 - ECLI:ES:TS:1988:10393](#)); 24/09/1992 ([ROJ: STS 14888/1992 - ECLI:ES:TS:1992:14888](#)); 13/04/1994 ([ROJ: STS 2425/1994 - ECLI:ES:TS:1994:2425](#)); 26/05/1999 ([ROJ: STS 3676/1999 - ECLI:ES:TS:1999:3676](#)).

La edad objetiva, tal y como hemos hecho referencia hasta ahora, entendida como el transcurso de un periodo de tiempo desde el nacimiento hasta un momento determinado, no necesariamente debe coincidir con la edad biológica¹⁸². Se ha entendiendo efectivamente que las capacidades volitivas e intelectivas de las personas no son las mismas según su madurez, diferenciándose así distintas etapas vitales a los que el derecho trata de forma distinta: la infancia, la adolescencia y la etapa adulta.

En este sentido Ruíz de Huidobro de Carlos (2016)¹⁸³ distingue dos etapas que comprende la minoría de edad que son: la infancia, que es la primera etapa de la vida de una persona, en la que se necesita de la ayuda constante de los progenitores o si estos no existen de otra persona que se ocupe del niño mientras éste va adquiriendo autonomía; y la adolescencia, etapa de la vida del ser humano en el que junto al desarrollo sexual, existe un extraordinario desarrollo intelectual y psicológico que implica la autoafirmación de su ser y de su personalidad.

Para la Observación General nº 20 del Comité de los Derechos del Niño¹⁸⁴ la madurez depende de varios factores: sin duda el biológico y el temporal se conjugan conjuntamente en iguales condiciones para todas las personas. Sin embargo, hay otros factores como el grado de inteligencia, el entorno social, las experiencias vividas, que también tendrán una importante influencia en la

¹⁸² La edad biológica no se define como un concepto cronológico, sino que como manifiesta Garamendi González, P.M (2012) en «La perspectiva médica.» *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*. Madrid: Defensor del Pueblo. 35-72 “se define por la identificación por parte de un explorador de una serie de hitos dentro del proceso de maduración y desarrollo de un ser humano que se alcanzan habitualmente a una determinada edad cronológica en un grupo de población determinado. (...). La edad biológica corre paralela con la edad cronológica en todos los sujetos, que siguen una secuencia en estos hitos madurativos que es prácticamente uniforme en todos los seres humanos, pero no es exactamente coincidente con ella en todos los sujetos. Algunos seres humanos adelantan sus ritmos madurativos por delante de esta edad cronológica más habitual y otros se retrasan por muy diversas razones”. Se han identificado, así, factores que afectan a esa madurez como los genéticos, los estatus socioeconómicos en el que se desarrolla la persona, prácticas deportivas, factores patológicos, étnicos o raciales. En cualquier caso como veremos más adelante el debate científico no está cerrado.

¹⁸³ Ruíz de Huidobro de Carlos, José María. 2016. «Concepto del menor de edad.» En *Tratado del Menor*, de Martínez García, Clara (Coordinadora) 71 - 84. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. P.71

¹⁸⁴ CRC/C/GC/20. Párrafo 5.

maduración de la persona, no siendo estos factores iguales en todas ellas, por lo que la madurez tendrá que ser examinada caso por caso.

Nuestra legislación no nos ofrece una definición de la infancia y de la adolescencia, pero sí comprende que se trata de dos etapas claras y diferenciadas de la vida. Como ya hemos señalado el Comité de los Derechos del Niño distingue a través de dos Observaciones Generales la primera infancia de la adolescencia. Y a nivel interno baste con acudir al título de la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁵, para darnos cuenta de ello; aunque esta distinción ya fue recogida años antes en leyes dictadas por la Comunidad Autónoma de Cataluña¹⁸⁶.

Tampoco nos ofrece la legislación una definición de madurez, pero sin embargo, el término es usado en nuestra normativa¹⁸⁷ siendo en otras ocasiones utilizado en el mismo sentido la expresión “suficiente juicio”¹⁸⁸. No será objeto de nuestro trabajo hacer un estudio exhaustivo del concepto de madurez y cuáles son los condicionantes psicológicos y neurológicos que pueden determinar que una persona sea madura, pues no sólo nos excederíamos de nuestro objeto de estudio, sino que además nos adentraríamos en otras ciencias del conocimiento, tal y como manifiesta Bartolomé Tutor (2015)¹⁸⁹: “el criterio que permita observar esas “condiciones de madurez” no vendrá determinado única y exclusivamente por la edad, sino que serán contempladas a partir de otros elementos como los

¹⁸⁵ BOE núm 180 de 29 de julio. Sin embargo, la ley no hace una diferenciación entre ambas etapas, dando un tratamiento unitario al niño que se encuentra en la primera infancia como al joven que se encuentra en la adolescencia. En España todos los menores de edad tienen el mismo estatuto jurídico. En este sentido podríamos aventurar la posibilidad de que en un futuro, atendiendo a la teoría de la capacidad progresiva del menor (a la que nos referiremos más adelante) y que está siendo acogida en nuestro ordenamiento jurídico, y que además parece avalar la Observación General nº 20 del Comité de los Derechos del Niño, pudiera establecerse un estatuto jurídico del adolescente.

¹⁸⁶ Ley 14/2010 de 27 de mayo de los derechos y oportunidades en la infancia dictada por la Comunidad Autónoma de Catalunya (BOE núm 156 de 28 de junio). Concretamente esta ley recoge en su artículo 2.2 la diferencia entre niño y adolescente, disponiendo lo siguiente: “A los efectos de la presente Ley y de las disposiciones que la desarrollan, se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la Ley.”

¹⁸⁷ Así podemos citar entre otros el art. 162 del CC; o los arts. 2, 9, 9 bis de la LOPJM.

¹⁸⁸ Así el art. 770 LEC.

¹⁸⁹ Bartolomé Tutor, Aránzazu. 2015. *Los derechos de la personalidad del menor de edad*. Navarra: Aranzadi S.A. P.121.

principios generales que rigen el acto jurídico, su capacidad cognitiva, su desarrollo madurativo, junto con variables emocionales y sociales que influyen en la toma de decisiones”. Esta autora mantiene pues, “que la ciencia jurídica ha de beber de otras ciencias como la neurociencia o la psicología para poderlas trasladar al ámbito jurídico”. A los efectos de nuestra investigación bastará por ahora, reconocer que el menor maduro, debe ser considerado como una persona capaz para poder participar en actos y decisiones que le afectan directamente y que así debe ser recogido por la legislación. Será al tratar de la capacidad del menor de edad donde la madurez de la persona desplegará su trascendencia jurídica.

2.1.3. La relación entre la edad y la madurez: los principios de seguridad jurídica y de justicia.

De lo explicado hasta ahora, se derivan dos principios que se yuxtaponen en el concepto de edad/madurez a efectos jurídicos: el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia. En la actualidad, ambos valores han sido elevados a rango constitucional. La justicia es un valor superior que debe informar todo nuestro ordenamiento jurídico y que se recoge en el Preámbulo de nuestra Constitución y en el art. 1.1 CE. La seguridad jurídica aparece en el art. 9.3 CE. Como mantienen López Guerra, y otros (1991)¹⁹⁰: “los principios y valores constitucionales ayudan a precisar y determinar el sentido de los mandatos contenidos en la Constitución y la forma en que han de aplicarse a situaciones nuevas, imprevistas por el constituyente. Son los valores constitucionales los que permiten la adaptación de la Constitución a las realidades cambiantes. (...) La CE positiviza unos principios de índole valorativa, y meta-jurídicos, en el sentido de que su validez no se reconduce solo al campo jurídico... la fijación de su significado y alcance ha de ser resultado de un proceso lógico jurídico, razonado que no entre en contradicción con la letra de la Constitución, y que conduzca a criterios interpretativos estables”.

¹⁹⁰ López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps, Pablo y Satrustegui, Miguel. 1991. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos*. Vol. I. II vols. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 31 – 33.

La seguridad jurídica no solo servirá para proteger al menor de consecuencias jurídicas para los que no está preparado, sino también opera frente a terceros. Por su parte la justicia implicará la necesidad de una mayor labor interpretativa, será un concepto más complejo y deberá ser estudiado caso por caso como ya expusimos anteriormente.

Como manifiesta Ruíz de Huidobro de Carlos (2016)¹⁹¹ “el meritado criterio de la edad (objetivo, cronológico) se ha generalizado en el Derecho comparado por sus evidentes ventajas tanto en cuanto a seguridad jurídica (resulta claro) como en cuanto a operatividad o eficacia jurídicas (evita la determinación de la madurez *ad casum*)”. Nuestro ordenamiento jurídico ha optado por dar prioridad al principio de seguridad jurídica, y determina que la edad y por consiguiente sus importantes efectos jurídicos se fije en la concreción de un tiempo vivido igual para todas las personas físicas. Sin embargo, no podemos obviar el cambio de criterio al que hemos ido asistiendo a través de las modificaciones legales: frente a la prioridad del principio de seguridad jurídica se ha ido adoptando cada vez más el valor justicia por lo que se intenta cada vez más ajustar tanto las acciones como sobretodo las responsabilidades derivadas de las mismas a la madurez de la persona que las ejecuta¹⁹². Aparecen así los conceptos de capacidad de obrar, incapacidad, capacidad de obrar potencial y capacidad de obrar progresiva a los que haremos referencia en el siguiente epígrafe.

Llegados a este punto nos debemos preguntar ¿cuál es el criterio que se ha seguido por las Naciones Unidas, y por los distintos Estados a la hora de deslindar la mayoría de la minoría de edad?. Como ya advertimos, los estados siguen criterios objetivos fijando un punto en la vida de la persona en el que su estado pasa de menor a mayor. Para ello, muchos de los Estados en uso de su soberanía, y atendiendo a la costumbre que como fuente del derecho adquiere

¹⁹¹ Ruíz de Huidobro de Carlos, José María. 2016. «Concepto del menor de edad.» *Op. Cit.* P. 73.

¹⁹² En este sentido también Ruíz de Huidobro de Carlos (2016) en «Concepto del menor de edad.» *Op. Cit.* mantiene que por este motivo, “se acojen técnicas jurídicas complementarias para flexibilizar el sistema basado en la edad, por ejemplo, la admisión del menor emancipado que se encuentra en una situación intermedia entre la menor y la mayor edad.”

una enorme importancia, han tenido en cuenta grados de madurez distinguiendo incluso entre sexos o para la realización de negocios jurídicos tanto de índole familiar como puramente patrimoniales o de administración.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 1 que: *“Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad”*; superando así la técnica legislativa de los textos precedentes sobre la materia¹⁹³. Aún alabando que la CDN fije claramente el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio, no podemos dejar de mencionar la importante y negativa excepción que a nuestro juicio se contempla en el art. 38, que permite sin embargo el reclutamiento para fines hostiles de los menores de 15 años, rompiendo así con los deseos del texto y los considerandos de los Estados en aras a la protección de los menores, y que dieron lugar a que a la CDN se le añadiera un protocolo facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados¹⁹⁴.

Por su parte la la Observación nº 6 del Comité de Derechos del Niño dispone que: *“los instrumentos legales que rigen la situación de los menores dentro del territorio del Estado no pueden definir al niño de una manera que se aparte de las normas que determinan la mayoría de edad en ese Estado”*.

De todo lo manifestado hasta ahora, late una importante reflexión. La evolución de la sociedad, de la que los menores también forman parte como sujetos activos y dinamizadores de la misma, sobre todo cuando ya han pasado

¹⁹³ Los textos internacionales anteriores a la CDN, si bien tenían como objeto regular los derechos fundamentales y la protección que se debía dispensar al niño, no definían que se entendía por niño y por lo tanto no limitaba el ámbito subjetivo de su aplicación. Si bien por sentido común no existe problema para su aplicación a lo que a todas luces es un niño, sin duda existía un importante déficit y “agujero negro en cuanto su aplicación”, pues dejaba al albur de interpretaciones sesgadas o interesadas su aplicación a púberes y a adolescentes; personas con necesidades educativas y afectivas distintas a los que podemos llamar impúberes o infantes. Esos textos fueron la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño realizado bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, y la Declaración de los Derechos del Niño adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. A ambos textos nos referiremos en el presente Capítulo cuando tratemos los derechos del MENA.

¹⁹⁴ Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo 2000. En vigor según el art. 10 el día 12 de febrero de 2002 y ratificada por España el 8/03/2002. BOE núm 92 de 17 de abril de 2002. Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>

esa primera infancia y se encuentran en la adolescencia, como manifiesta la Observación General nº 20 (2016) nos muestra que no podemos hablar de una sola edad; sino que según el momento de la vida en la que se encuentre una persona, podremos hablar de distintas edades que le habilitarán y capacitarán para la realización de actos jurídicos que les afecten en su vida sin la necesidad de la asistencia del adulto que lo represente. Es más, parece que la mayoría de edad, fijada en los 18 años para la mayoría de los Estados firmantes de la CDN ha quedado relegada a los efectos de la participación política, pues para otras cuestiones, ya los menores de 18 años tienen capacidad para ser protagonistas de su propia vida como veremos a continuación.

2.1.4. La capacidad del menor de edad.

El hecho del nacimiento determina el comienzo del cómputo de la edad, pero este hecho además genera una primera consecuencia jurídica en la persona, y es dotarla de la denominada capacidad jurídica. Este concepto está ligado al de personalidad y es la aptitud del ser humano de ser titular de derechos, libertades, deberes y obligaciones. De la capacidad jurídica que tienen todas las personas sin distinción alguna por el mero hecho de serlo, hemos de diferenciar el concepto de capacidad de obrar, que es la capacidad de una persona para poder realizar un acto o negocio jurídico con sus respectivas consecuencias jurídico – legales. Y a diferencia que ocurre con la capacidad jurídica, la capacidad de obrar, no es la misma para todas las personas, pues no es la misma la capacidad de obrar de los niños que la de los adultos. Además como veremos no es igual la capacidad que se predica de los menores según su madurez como ya hemos adelantado en el epígrafe anterior; e incluso entre los adultos, pues ésta puede estar limitada o incluso eliminada, dando lugar a lo que se ha llamado muerte civil de la persona.

La capacidad de obrar de la persona, y en especial la de aquella de cuya edad se duda y que por tanto se encuentra en un estadio de su vida que bien podría estar próximo a los 18 años o incluso podría haberlos ha superado, pero que por no tener constancia de su edad, debe ser siempre tratado como menor

de edad, ha de ser examinada en nuestro trabajo, por cuanto podremos determinar finalmente si al menor de edad se le podrá considerar capaz para poder ejercitar sus derechos y ser responsable además de las consecuencias jurídicas que se originen del procedimiento para la determinación de la edad.

Si la capacidad de obrar es la aptitud para ejercitar los derechos, libertades y ser responsable de deberes y obligaciones y esta no es la misma para todas las personas las preguntas que de forma inmediata aparecen son: ¿cuándo se adquiere la capacidad de obrar?, ¿todas las personas adquieren esa capacidad al mismo tiempo?, ¿se puede limitar esa capacidad de obrar?, ¿podrá actuar en el mundo jurídico una persona que no tiene o tiene limitada su capacidad de obrar? Las respuestas a todas estas cuestiones han sido objeto de estudios por los más relevantes civilistas de nuestro derecho. Hemos de adelantar que el concepto de capacidad de obrar no se ha mantenido estático en el tiempo, sino que necesariamente la realidad social de la que el derecho no puede desentenderse, ha hecho que éste evolucionara, y por lo tanto, nuevos matices respecto a la capacidad de obrar han tenido que ser introducidos en la teoría sobre la capacidad de las personas. Como ocurre en todas las disciplinas del derecho, las respuestas no son categóricas, están llenas de matices y esto es también predicable del concepto de capacidad de obrar. En cualquier caso la capacidad de obrar de una persona puede que sea plena, limitada, o bien que sea inexistente produciéndose así la denominada muerte civil de la misma. En el presente epígrafe, solo nos detendremos en estudiar la capacidad de obrar que está íntimamente ligada a la edad y no a la capacidad de obrar que pueda ser modificada por la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, como recoge el art. 200 del CC y que da lugar al estudio de la llamada incapacitación¹⁹⁵.

2.1.4.1. La posición del menor en nuestra sociedad.

¹⁹⁵ Regulada en los arts. 756 a 763 de la LEC y 199 a 201 del CC.

En el estudio de la capacidad de obrar del menor es necesario preguntarnos en primer lugar, cuál es la posición que ocupan hoy en día los menores de edad en nuestra sociedad. Esta ha variado desde la antigüedad. Siguiendo a Lázaro González (2010)¹⁹⁶ “la historia de la posición del niño en la sociedad pone de manifiesto que se han experimentado cambios enormes. En el mundo romano, encontramos el paradigma del niño-objeto, propiedad de su padre, en una organización social patriarcal y autoritaria. El padre romano “poseía sobre sus hijos el derecho de vida y de muerte... podía modificar a voluntad su condición personal... podía en fin venderlos. Este poder del padre se va limitando poco a poco a lo largo de la historia, pero conserva hasta muy recientemente unas dimensiones que hacen de la patria potestad una institución jurídica fundamental para las sociedades que consideran que las relaciones de autoridad y obediencia son la piedra angular del orden social. La perspectiva cambia pasando desde el prisma de la propiedad hacia la perspectiva de la protección, aunque el niño siguiera siendo tratado por el Derecho como un objeto... un objeto de protección. (...) Hemos tenido que esperar a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 para que los niños y adolescentes sean considerados personas por el Derecho y, como tales sujetos de derecho, con participación activa en las decisiones que afectan a su vida, aunque en determinados supuestos las normas establecieran una obligación de oír al menor”.

El niño, de acuerdo a la CDN es sujeto de derechos y además puede ejercerlos. Así como sujeto de derechos el niño tiene capacidad jurídica. Y como ya expusimos más arriba esta capacidad deriva de la dignidad de la persona que impide su cosificación¹⁹⁷, bien para disponer de ella como mercancía, bien para

¹⁹⁶ Lázaro González, Isabel E. 2010. «Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia.» Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 22 de Septiembre. Pp 12 – 14.

¹⁹⁷ Como haremos referencia en el siguiente Capítulo el fundamento de los Derechos Fundamentales se encuentra en la dignidad de las personas, tal y como afirma Truyol Serra, Antonio. 1984. *Los derechos humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*. 3ª edición. Madrid: Tecnos. P.11: “Decir que hay “derechos humanos” o “derechos del hombre” en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”. Por eso el delito de trata de seres humanos al que ya hemos hecho referencia y que afecta especialmente a las personas vulnerables tiene como bien jurídico protegido la dignidad de las personas, y por eso es calificado

protegerla. Como mantiene Lázaro González (2010)¹⁹⁸ al estudiar el desarrollo filosófico de la dignidad humana a través de autores como Kant o Matthieu, si bien en un primer momento ésta se vincula a la libertad de la persona en tanto que tiene autonomía para actuar, y ante su ausencia, la posibilidad de que otros la ejerzan por quien está carente de ella, no justifica que así quede plenamente colmada dicha cualidad. La dignidad no depende de esa autonomía, pues es “inviolable, no cabe atentar contra ella por cualquier motivo, ni siquiera con el pretexto de proteger alguno de los derechos de la persona: se trata de un principio absoluto, inderogable, permanente”. Así si los derechos fundamentales tienen su razón de ser en la dignidad de toda persona, permite hacer otra aclaración a Lázaro González (2011)¹⁹⁹: “el niño no es persona en potencia, no se respetan sus derechos por lo que será, sino por lo que es, no es un ser en potencia; de aquí la importancia que tiene superar las posiciones que protegen al niño bajo el lema de que los niños son el futuro de la humanidad”.

Si el niño es sujeto de derechos, también debería reconocérsele la posibilidad de que, según su madurez, pueda ejercitar los mismos, so pena de que el enunciado anterior quedara vacío de contenido. Estamos de acuerdo con lo manifestado al respecto por Lázaro González (2011)²⁰⁰ cuando afirma que: “existe una clara vinculación entre la dignidad de la persona y su autogobierno en la medida en que su capacidad natural lo permite. Todos los seres humanos tienen dignidad y, consecuentemente, son titulares de los derechos humanos, sin que la falta de autonomía del sujeto le prive de su dignidad. Sin embargo, la dignidad del sujeto exige que se autogobierne en la medida en que tenga capacidad natural. Por eso, en la distinción entre titularidad de los derechos y capacidad de obrar, en virtud de la nueva posición que ocupa el niño en el Derecho, se reconoce a los menores una capacidad progresiva para el ejercicio de los derechos atendiendo a su condición de personas en desarrollo”.

por las Naciones Unidas como uno de los delitos más crueles y afectante a todos los derechos humanos que pueden producirse.

¹⁹⁸ Lázaro González, Isabel E. 2010. «Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia.» *Op. Cit.* Pp 16 – 22.

¹⁹⁹ Lázaro González, Isabel Eugenia. 2011. «Protección de la infancia vs el niño, sujeto de derechos.» *Crítica (Ejemplar dedicado a: Los menores en España. Las víctimas más vulnerables.* (976): 21-25.

²⁰⁰ Lázaro González, Isabel Eugenia. 2011. «Protección de la infancia vs el niño, sujeto de derechos.» *Op. Cit.*

Por tanto debería serle reconocida capacidad de obrar cuando éste tenga una madurez, ligada a una mayor autonomía como ser humano que toma decisiones, que le permita responder de las consecuencias jurídicas de sus actos, por lo que existirán estadios de la vida del menor en la que no existirá esa capacidad de obrar, pues sus condiciones madurativas le impiden en absoluto ser responsables. En este sentido y en relación a la capacidad se expresan Díez Picazo y Gullón (1992)²⁰¹, cuando mantienen que “el menor no puede ver anulada toda su capacidad de obrar en virtud de la sumisión y de la dependencia. El ordenamiento no tiene más remedio que reconocerle un amplio campo de actuación con el correspondiente poder y responsabilidad, pues es evidente que su dignidad como persona exige que en él no sea sustituido por sus representantes”.

Pues bien, y respondiendo a la pregunta de cuál es la posición de los menores de edad en nuestra sociedad; aun entendiendo que el menor de edad es sujeto de derechos, libertades y de deberes, no podemos obviar que por sus condiciones físicas y biológicas, son personas vulnerables y deben gozar además de una especial protección mientras sean menores. Esa protección no podrá impedir que éstos puedan ejercer sus derechos o realizar sus deberes sustrayéndoles su capacidad de actuación en las decisiones que les afectan a su propia vida, así como que puedan participar en la vida en comunidad. No puede pasar inadvertido que hoy en día los medios de comunicación, el acceso a la información, el uso de la tecnología, las oportunidades educativas, incluso en países donde este derecho no está totalmente garantizado o donde la educación es muy básica o con condiciones precarias, han hecho que los niños y adolescentes tengan una presencia más visible en los ámbitos de la vida que les afecta²⁰²; en este sentido la Observación General nº 20²⁰³ y en referencia a los adolescentes dispone: “2... Los adolescentes son agentes de cambio, y un

²⁰¹ Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 1992. *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*. Vol. 1. Madrid: Tecnos. P. 241.

²⁰² La Observación General nº 20 dispone a estos efectos que: “2 (...) Los adolescentes son agentes de cambio, y un activo y un recurso fundamentales con potencial para contribuir positivamente a sus familias, comunidades y países. (...) Muchos adolescentes están a la vanguardia en el entorno digital y los medios sociales, que desempeñan una función cada vez más central en su educación, su cultura y sus redes sociales y tienen potencial en materia de participación política y supervisión de la rendición de cuentas.”

²⁰³ CRC/C/CG/20.

activo y un recurso fundamental con potencial para contribuir positivamente a sus familias, comunidades y países. En el mundo entero, los adolescentes colaboran de manera positiva en muchas esferas, como las campañas de salud y educación, el apoyo familiar, la enseñanza entre pares, las iniciativas de desarrollo comunitario, la elaboración de presupuestos participativos y la creación artística, y contribuyen a favor de la paz, los derechos humanos, la sostenibilidad del medio ambiente y la justicia climática”.

2.1.4.2. De la capacidad limitada a la capacidad progresiva del menor.

Llegados a este punto, nos debemos preguntar cuál es la capacidad de obrar de los menores. Tras lo expuesto hasta este momento hemos de desechar las teorías históricas que mantenían que los menores de edad carecían de capacidad de obrar. Representante de estas teorías es el Catedrático de Derecho Civil José Castán Tobeñas²⁰⁴ quien mantuvo que “que la regla general es la incapacidad de los menores (suplida por la institución de la patria potestad o, en defecto de ella, la de la tutela)”. Solamente reconocía la posibilidad de capacidad de obrar de los menores en casos excepcionales: en la emancipación o en los habilitados de edad.

Pero no ha sido esta la posición de la mayor parte de la doctrina civilista, incluso muy anterior a los importantes cambios normativos habidos en nuestro país tras la incorporación de la CDN en 1989 y la LOPJM que adelantándose a la nueva concepción de la capacidad de obrar de los menores, ya avanzaban la posibilidad de que los menores de edad tuvieran reconocida capacidad para la realización de ciertos actos. Así para Albaladejo (1970)²⁰⁵: “el menor es capaz de obrar; aunque ciertamente, su capacidad sea más restringida que la del menor emancipado o que la del mayor. Y los numerosos actos que puede realizar el menor, pero para los que la ley exige requisitos de los son calificados de capacidades especiales, no son excepciones a una supuesta regla general de

²⁰⁴ Castán Tobeñas, José. 1987. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Introducción y Parte General*. 14ª edición. Vol. II. Madrid.: Instituto Editorial Reus S.A. P.180.

²⁰⁵ Albaladejo, Manuel. 1970. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Op. Cit. P. 175 – 176.

falta de capacidad. La plena capacidad de obrar, que potencialmente tiene toda persona, se le restringe al menor por varias causas; y que lo que queda después de esa restricción, constituye el ámbito en el que el menor es capaz de obrar en general. Esas causas son: 1º Carencia de conocimiento natural. El Código no marca una edad a partir de la cual se presume tal aptitud. Por eso, en cada caso concreto, habrá que atenerse a su existencia o falta efectiva, que se probará mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho.(...) 2º Faltarle independencia (...) 3º Tener condición de protegido por la ley”. En el mismo sentido se ha pronunciado De Castro y Bravo (1970)²⁰⁶: “la generalidad de la doctrina define la condición de los menores, diciendo que están “totalmente privados de la facultad de obrar por sí mismos”, que tienen una incapacidad de obrar general, total, absoluta, basada en “una presunción legal de ineptitud natural”. De todo lo cual se deduce esta relevante consecuencia: la regla general es la incapacidad de los menores y son excepciones los casos en que la ley admite expresamente su capacidad de obrar”²⁰⁷; y continúa: “estas afirmaciones resultan inaceptables en cuanto contradicen nuestro sistema jurídico”.

Ha sido De Castro (1984)²⁰⁸ quien realizó una dura crítica al criterio que seguía la tradicional doctrina y mantiene: “nuestro derecho, conforme a la dirección de casi todas las legislaciones modernas, adopta la concepción de entender que el menor posee una capacidad de obrar limitada en virtud de las disposiciones dictadas para su protección.” Para esta afirmación De Castro da tres motivaciones: “1º Tal era la doctrina del antiguo Derecho español, y al no haber indicación alguna de que se quiera abandonar al redactarse el CC hay que presumir que se ha mantenido; 2º ninguna disposición del CC permite inferir una incapacidad absoluta del menor (...); 3º la teoría de la incapacidad absoluta resulta falta de lógica, aplicada a nuestro sistema jurídico (...) ¿Cómo hablar de

²⁰⁶ De Castro y Bravo, Federico. 1970. *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*. 5ª edición. Madrid. P. 192.

²⁰⁷ En el mismo sentido se expresa Albaladejo, Manuel. 1970. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Librería Bosch. P.175. “En la doctrina es frecuente la afirmación de que el menor es, en principio, incapaz de obrar, siendo excepcional la capacidad que se le concede para ciertos actos. Y precisamente por su incapacidad se le somete a patria potestad o tutela.” En apoyo de ello introduce como ejemplo una resolución de 31 de enero de 1935 que dispone que “... aun cuando pudiera estimarse conveniente la gradual concesión al menor de facultades en orden al régimen de su persona y bienes que, preparándole para los actos de la vida civil, evitasen el tránsito brusco de la incapacidad a la capacidad plena...”

²⁰⁸ De Castro y Bravo, Federico. 1984. *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas S.A.

una incapacidad absoluta y admitir una serie numerosa de casos en que es capaz el menor y respecto de actos de tanta trascendencia como hacer testamentos, adquirir la posesión y celebrar contratos?. Más aún: si se caracterizan de excepciones todos los supuestos en que el Derecho considera expresamente capaz al menor, será necesario que haya y se señale la “ratio iuris” que justifique la anomalía de cada ruptura de la regla general de la incapacidad”²⁰⁹.

Así pues, la mayoría de los autores entienden que los menores de edad tienen capacidad de obrar, si bien limitada. Para Bartolomé Tutor (2015)²¹⁰ esta conclusión encontraba su razón de ser en la “salvaguarda y protección del interés superior del menor”.

Un paso más allá en la consideración de la capacidad limitada del menor de edad lo encontramos en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989²¹¹, “no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél a obrar por sí (...) lo que permite afirmar que si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez

²⁰⁹ En el mismo sentido Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asís; Luna Serrano, Agustín; Delgado Echevarría, Jesús; Rams Albesa Francisco y Rivero Hernández, Joaquín. 2010. *Elementos de Derecho Civil I*. 6ª edición Vol. II. P. 121 *Op cit.* “tiene razón De Castro cuando afirma que no hay una norma que establezca la incapacidad de principio del menor, por lo que se de le debe tener por capaz (a resultados, por supuesto, de su aptitud psíquica) para aquellos actos que no le estén prohibidos por una norma expresa, pera a nadie se le escapa las limitaciones, que, por las diversas causas apuntadas, se le imponen, son muy graves”. También O’Callaghan, Xavier. 1997. *Compendio de Derecho Civil*. Vol. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. P. 274 “Al menor de edad no emancipado se le había considerado incapaz en el sentido antes expuesto. Pero esta concepción ha sido objeto de revisión por parte de la doctrina moderna. Es incuestionable que el menor puede realizar válidamente una serie de negocios jurídicos, que en ocasiones se establecen expresamente en la ley; o ésta le atribuye en otras ocasiones, una capacidad genérica. Ante ello, o bien se le considera que carece de capacidad, pero excepcionalmente se le concede para ciertos actos jurídicos o bien se le reconoce un limitado campo de capacidad general. De cualquier forma es indudable que el menor tiene una esfera de capacidad...”. Igualmente citando a De Castro se pronuncia Lasarte, Carlos. 2015. *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*. 21ª edición. Vol. I. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A P. 184.

²¹⁰ Bartolomé Tutor, Aránzazu. 2015. *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Op Cit.* P. 112.

²¹¹ Resolución de 3 de marzo de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. BOE 15 de marzo de 1989.

suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de entenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión (legal) expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 del CC), y no por el recurso de una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor”. La importancia de esta Resolución radica en la introducción de un nuevo concepto: “la capacidad de obrar progresiva” que revisa desde un punto de vista positivo la teoría de la capacidad limitada.

Para Lasarte (2015)²¹² la adquisición gradual de la capacidad del menor se positiviza en nuestra legislación a partir de la Ley 11/1981 de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio²¹³ pues “modificó los preceptos del Código Civil relativos al menor, reconociéndole una cierta capacidad, aunque limitada. Así pues, no cabe ya trazar un foso entre mayor de edad (capaz) y menor de edad (incapaz) sino manifestar que el Derecho positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina”. Para justificar su posición este autor acude a varias manifestaciones que son recogidas en nuestro ordenamiento jurídico y que justifican esa adquisición gradual de la capacidad, de la que destaca la posibilidad de que “el menor puede realizar por sí mismo determinados actos, de acuerdo con las leyes y sus condicionantes de madurez (art. 162.2.1 CC)”. Para este autor, este planteamiento “se encuentra reforzado acutalmetne, tras la reforma del art. 1263 CC por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, que determina que los menroes no emancipados podrán prestar consentimiento en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de coformidad con los usos sociales”²¹⁴.

²¹² Lasarte, Carlos. 2015. *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*. 21ª edición. Vol. I. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Pp 185-186.

²¹³ BOE núm 119 de 19 de mayo.

²¹⁴ Otras manifestaciones a las que hace referencia Lasarte, Carlos. 2015. *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*. *Op cit* son las siguientes: “2. El menor que haya cumplido 16 años podrá administrar por sí mismo los bienes que haya adquirido con su

Bartolomé Tutor (2015)²¹⁵ define la capacidad de obrar progresiva como “el avance paulatino y gradual que viene delimitado, que no limitado por sus condiciones de madurez y por la trascendencia del acto jurídico a realizar. La capacidad de obrar progresiva reconoce que el individuo va adquiriendo de manera gradual conocimientos y experiencias que le permiten comprender y conocer el mundo que le rodea y así ir adoptando decisiones, sin que el paso de la minoría a la mayoría de edad suponga un cambio brusco. Esta capacidad de obrar progresiva de los menores de edad está íntimamente unida a la capacidad natural del individuo menor de edad”.

De la definición anterior, concluimos que la capacidad progresiva debe ser estudiada con las condiciones de madurez de la personas que van cambiando a lo largo de la fase de crecimiento hasta llegar a la mayoría de edad, como ya hemos apuntado en el epígrafe anterior. La capacidad progresiva por tanto implicará analizar caso por caso y justificar el porqué un menor podrá realizar un acto o negocio jurídico y otro en sus mismas condiciones de edad cronológica no lo podrá realizar por sí mismo.

La CDN ha tenido en cuenta las condiciones de madurez de las personas que son denominadas en el artículo 5 “*la evolución de sus capacidades*”. La

trabajo o industria (art. 162.2.3 CC). 3. Los padres no podrán disponer de los derechos de que sean titulares los hijos, ni de sus bienes inmuebles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo que cuenten con el consentimiento del menor que haya cumplido 16 años (expresado notarialmente en documento público) o con autorización judicial. 4. Igualmente es necesario el consentimiento del menor que haya cumplido 16 años cuando sus padres pretendan emanciparle (art. 317 CC). 5. La disposición final única de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre apellidos, prevé que la alteración del orden de los apellidos de los menores de edad requerirá su aprobación en expediente registral si tuvieren “suficiente juicio”, debiendo ser oídos conforme al art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero”.

²¹⁵ Bartolomé Tutor, Aránzazu. 2015. *Los derechos de la personalidad del menor de edad*. Op. Cit. P. 114. También acoge la teoría de la capacidad progresiva De Palma del Teso (2006) en *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, para quien “las transformaciones sociales y culturales que han tenido lugar en los últimos tiempos en nuestra sociedad, han llevado al pleno reconocimiento a los menores de la titularidad de derechos y una capacidad progresiva para ejercerlos por sí mismos. Esto no siempre ha sido así: poco tiempo atrás, la perspectiva acogida era la de las prerrogativas atribuidas a los padres como social y jurídicamente responsables del menor. Sin embargo, nuestro Ordenamiento ha superado formalmente la concepción del menor como patrimonio de sus padres, un proyecto de futuro, un sujeto pasivo necesitado exclusivamente de protección para llegar a convertirse en persona.” En De Palma del Teso, Angeles. 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. P. 94.

Observación General n° 7²¹⁶ a la que ya nos referimos en el epígrafe anterior, desarrolla el concepto, para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor. La evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión y que tradicionalmente se han justificado alegando la relativa inmadurez del niño y su necesidad de socialización.

Pasada esa primera infancia que las Naciones Unidas fija en los 8 años, no todas las personas maduran al mismo tiempo, y ni siquiera las condiciones de madurez de las personas son iguales incluso llegados a los 18 años. La Observación General n° 20²¹⁷, vuelve a profundizar en este aspecto y dispone: “9 (...) La adolescencia es una etapa del desarrollo humano única y decisiva, caracterizada por un desarrollo cerebral y un crecimiento físico rápidos, un aumento de la capacidad cognitiva, el inicio de la pubertad y de la conciencia sexual, y la aparición de nuevas habilidades, capacidades y aptitudes...” y “18. El artículo 5 de la Convención dispone que la dirección y orientación que impartan los padres debe guardar consonancia con la evolución de las facultades del niño. El Comité define dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos. 19. El Comité hace hincapié en que el derecho a ejercer niveles cada vez mayores de responsabilidad no anula las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar protección”.

Por tanto, la madurez, no solo se refiere al desarrollo físico y hormonal, que se produce antes de la mayoría de edad, sino sobre todo a las capacidades intelectivas y volitivas de la persona, esto es, sus capacidades de entender y comprender lo que hacen, así como todas las consecuencias de sus actos, y no

²¹⁶ CRC/C/GC/7/Rev.1

²¹⁷ CRC/C/GC/20

solo desde el plano jurídico. Pero es que además esa madurez que podemos llamar emocional o psicológica depende de múltiples factores, como ambientales, culturales y educativos. Y ante la afirmación anterior no podemos llevarnos a equívocos, esto es, no es directamente proporcional que a mayor nivel cultural o educativo de una sociedad, más maduros van a ser sus jóvenes y adolescentes, y al revés²¹⁸. En cualquier caso la adquisición de esa madurez, que sí tiene trascendencia jurídica en el plano de la adquisición progresiva de la capacidad como venimos apuntando, en ningún momento implica una rebaja en el grado de protección de quien sigue siendo considerado como menor o niño según la CDN.

La cuestión de la madurez o la capacidad de un niño es básica en el ejercicio de sus derechos, pero la apreciación de la misma no es propiamente jurídica, aunque el juzgador o la persona que deba de resolver sobre una cuestión que afecte a la vida del menor, pueda por sí mismo valorar el juicio y capacidad de éste. En muchos casos se tendrá que acudir a un apoyo técnico (equipos psicosociales, médicos forenses). No se establece en nuestra legislación ningún procedimiento específico para cuando existieran contradicciones sobre la capacidad o madurez del menor, por lo que esta condición deberá ser evaluada caso por caso, dando cabida en todo caso al derecho del menor a ser oído, al que nos referiremos más adelante.

De esta forma nace el término “menor maduro”, que según Lacalle Noriega (2016)²¹⁹ “se acuñó a partir de los años sesenta en el ámbito sanitario y resulta de extraordinaria importancia en los temas relativos a la salud” y que como veremos en el Capítulo III, tiene importantes consecuencias a la hora de

²¹⁸ No hemos encontrado un documento comparativo que tenga por objeto el estudio de las condiciones de madurez de los MENA respecto a los menores nacionales. Sin embargo, existe un denominador común en los informes que hemos manejado a la hora de determinar las motivaciones y las causas que impulsan a los menores a migrar solos y que han sido referenciados en el Capítulo I de este trabajo. Se mantiene que los MENA tienen una gran madurez expresada en la claridad de objetivos en su proyecto migratorio. La experiencia como Fiscal de Extranjería, y encargada de la determinación de la edad, así como durante la etapa más dura vivida en Canarias con la llegada de extranjeros en pateras y cayucos (años 2005 a 2009), permitieron acercarnos a aquellos que habían sido decretados como MENA, cuando se realizaban visitas a los DEAMENAC. A través de las entrevistas con los menores, se ha podido aseverar la madurez con la que éstos afrontaban su situación.

²¹⁹ Lacalle Noriega, María. 2016. *La persona como sujeto del derecho*. 2ª edición. Madrid: Dykinson SL. P.245.

otorgar el consentimiento para la práctica de pruebas médicas para la determinación de la edad. La doctrina y la jurisprudencia han usado otras expresiones similares, que no dejan de ser imprecisas e indeterminadas tales como: “condiciones de madurez” o “suficiente juicio”²²⁰. Estas condiciones de madurez o de juicio, además no basta con ponerlas en relación a la propia capacidad subjetiva del menor, sino también a la naturaleza del acto al que se enfrenta. Pero en cualquier caso, no nos referimos a actos jurídicos aceptados por la sociedad como que puede realizar un menor habitualmente, como la compra de cualquier pequeño objeto por sí mismo, sino a aquellos otros que implican importantes consecuencias jurídicas para su vida personal y patrimonial.

Uno de los medios que están al alcance de cualquiera para poder iniciar el estudio de las condiciones de madurez, es la audiencia directa del menor (art 9 LOPJM). Audiencia que es más que un simple método, es un derecho reconocido en la CDN y que ha sido trasladado a las legislaciones internas y al que le dedicaremos un epígrafe específico en el siguiente Capítulo de este trabajo.

Para Lasarte (2015)²²¹, ha sido la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor²²² modificada por Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²²³ la norma que “pretendió fundamentalmente resaltar la adquisición gradual de la capacidad de obrar de los menores, llegando incluso a afirmar que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva” (art. 2.1)”. Sin embargo, no existe una disposición legal que expresamente recoja este nuevo concepto de capacidad progresiva del menor al que nos venimos refiriendo. Pero lo que no podemos obviar, es que el precepto recogido en el art. 2.1 que además introduce la

²²⁰ En el ámbito del menor extranjero, el Reglamento de Extranjería (RD 577/2011), reconoce en el art. 193.1 párrafo tercero, madurez al mayor de 12 años, siempre que se advierta en el juicio suficiente.

²²¹ Lasarte, Carlos. 2015. *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil. Op.Cit.* P. 186.

²²² BOE núm 15 de 17 de enero.

²²³ BOE núm 180 de 29 de julio.

necesidad de la interpretación de la capacidad conforme al interés superior del menor, nos presenta la clara apuesta del legislador por esta teoría, de forma que siempre y en todo caso, como derivación del interés superior del menor se deberá justificar el porqué un menor no podrá realizar un acto o negocio concreto. Y como ya hicimos referencia más arriba, nuevamente podremos referirnos a distintas edades diferentes a la frontera de los 18 años que se configura como referente en la vida de una persona para distinguirlo entre niño y adulto.

Por otro lado a pesar de lo que dispone la LOPJM, no hay un tratamiento homogéneo en nuestra legislación de la capacidad progresiva del menor, siendo la realidad que aún el CC mantiene en su articulado la teoría de la capacidad limitada del menor estableciendo cuales son los actos o contratos que puede realizar el menor por sí solo o cuándo necesita estar asistido por su representante legal al que nos referiremos más adelante. Por su parte en la legislación de carácter público como la laboral y la penal, el legislador aplica estrictamente el principio de seguridad jurídica en esta materia; tanto el Estatuto de los Trabajadores como el Código Penal, fijan una edad a partir de la cual el menor podrá trabajar, o bien será imputable penalmente²²⁴. En estos dos últimos

²²⁴ El Estatuto de los Trabajadores (ET) establece en el art. 6 que los menores mayores de 16 años pueden trabajar aunque con ciertas limitaciones (no pueden realizar trabajos nocturnos, o aquellos que estén considerados como insalubres, penosos nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana, no podrán realizar horas extraordinarias ni horas extras). El art. 7 dispone que para poder prestar consentimiento para contratar se tendrá que contar con plena capacidad de obrar, recogándose una previsión para los menores de edad: *“b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo”*. Por su parte la responsabilidad penal de los menores es exigible a partir de los 14 años, tal y como el art. 1.1 de la LO 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (BOE núm 11 de 13 de enero) dispone: *“esta ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”*. Ahora bien, el legislador dentro del segmento de edad por el cual fija la responsabilidad penal de los menores, sí ha reconocido los distintos grados de madurez, que de acuerdo a las teorías neurológicas, psicológicas y cognitivas tienen lugar en las personas. Por ese motivo el art. 10 de la Ley cuando establece las reglas de aplicación de las penas, distingue a los menores de 14 y 15 años de los menores de 16 y 17 años. Sin embargo, pese a que se trata de una ley de naturaleza penal, el legislador no olvida a los destinatarios de la misma, esto es, los menores y determina que la *“naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto”*.

supuestos, no existe margen para la aplicación de la capacidad progresiva, fijando una edad determinada para poder trabajar (16 años), o bien para responder penalmente si bien a través del cumplimiento de medidas que tienen un carácter reeducativo y no punitivo. En estas materias el ordenamiento jurídico no da cabida a la capacidad progresiva del menor bien para poder trabajar antes de los 16 años, bien para no ser imputable penalmente antes de los 14 años o después de esa edad según la edad. Entendemos que esto debe ser así en el marco del derecho penal, por cuanto uno de los principios básicos de esta área del derecho es la seguridad jurídica y el principio de legalidad, que evite dejar al albur del aplicador de la ley la determinación de si una persona es o no penalmente responsable. En el marco del derecho laboral, no hay que olvidar la situación de vulnerabilidad de los menores y derecho a gozar de protección por las autoridades públicas. En este sentido el menor podría ser objeto de explotación laboral y por eso la determinación de una edad concreta, permitirá también un tratamiento igualitario en la materia para todos los menores que deseen trabajar.

2.1.4.3. Especial referencia a la capacidad del menor en materia sanitaria: la Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

Siguiendo con el estudio de la capacidad del menor hemos de referirnos por su importancia para con el procedimiento de determinación de la edad, que será tratado en el Capítulo IV, a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica²²⁵. Esta ley viene a recoger lo que se ha

²²⁵ BOE núm 274 de 15 de noviembre. Esta ley ha sido el desarrollo legislativo que España ha realizado del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1996 y que fue ratificado por España mediante instrumento de 27 de marzo de 1999 (BOE núm 251 de 20 de octubre). El art. 6.2 de de este Convenio y referido a los menores dispone: *“Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.”* Es el art. 9 de nuestra ley la que en sus apartados 3 c), 4 y 5 los que recogen la capacidad del menor en materia sanitaria al regular los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación: “3. Se

denominado por Cantero Martínez (2010)²²⁶ la “mayoría de edad sanitaria que sitúa a los 16 años aunque con importantes excepciones. Al llegar a esta edad, se ha entendido que el menor tiene plena capacidad de obrar para otorgar su consentimiento informado a los actos médicos, sin intervención de los padres o tutores (...) Como regla general, la capacidad legal para disponer sobre la propia salud se ostenta a partir de los 16 años”. Ahora bien, la doctrina está dividida entre los que opinan que la ley recoge un claro supuesto de capacidad progresiva, de los que creen que la ley pierde la oportunidad de explicitar esta tendencia jurídica y por el contrario solo mantiene un criterio objetivo basado en la edad y no en su capacidad real²²⁷. En nuestra opinión el legislador en esta materia que linda con

otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. 4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo. 5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”.

²²⁶ Cantero Martínez, J. 2010. «Capacidad legal del menor y rechazo del tratamiento» en *Bioética y Pediatría. Proyectos de Vida Plena*, de De los Reyes López, Manuel y Sánchez Jacob, Marta; 375-388. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla La Mancha. P. 376.

²²⁷ Partidarias de la primera postura son Duplá Marín, M^a Teresa, y Bardaji Gálvez, M^a Dolores. 2008. «Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor (A propósito del D.90/2008, de 22 de abril, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación y piercing, así como los requisitos higiénico-sanitarios que tienen que cumplir los establecimientos en que se realizan estas prácticas)» en *Los Avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, de Adroher Biosca, Salomé; de Montalvo Jääskeläinen, Federico (Directores), Corripio Gil – Delgado, María Reyes y Veiga Copo, Abel B. (Coordinadores), 457-473. Pamplona: Aranzadi S.A. P. 472 “Resulta evidente que la normativa analizada (...) está de nuevo impregnada por las actuales tendencias legislativas sobre protección de menores que tienen a aumentar la capacidad de obrar de éste por razón de edad –disminuyendo en paralelo su falta de discernimiento- sólo respecto de los supuestos en que el interés del menor así lo precisa.” Parece que también recoge una postura afín a la capacidad progresiva del menor en esta ley, Cantero Martínez, J. 2010. «Capacidad legal del menor y rechazo del tratamiento» en *Bioética y Pediatría. Proyectos de Vida Plena. Op cit.* P.377: “el régimen del paciente menor de edad ha ido experimentando en los últimos años una significativa evolución, aunque no exenta de problemas, toda vez que nuestro legislador ha graduado finalmente su capacidad de obrar en función de su madurez y edad. (...) En coherencia con ello, a medida que el menor va creciendo y desarrollándose, tanto física como intelectualmente, la legislación sanitaria le ha ido reconociendo un mayor ámbito de autonomía y válida actuación...”. Para autores como De Montalvo Jääskeläinen, Federico. 2016. «Capacidad del menor y tratamiento médico» en *Tratado*

las fronteras de la ética médica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y a la salud, opta por un sistema objetivo fijando así una edad concreta, los 16 años, en la que los menores podrán prestar consentimiento según el tratamiento al que vayan a ser sometidos. Si bien se podría considerar que a los 16 años un menor puede ser maduro, no hubiera estado de más permitir una mayor apertura del concepto de madurez apreciado por los facultativos atendiendo al tratamiento o diagnóstico al que el menor debiera estar sometido. No obstante, no podemos obviar que este sistema objetivo permite mantener no solo un criterio de igualdad en el trato para todos los menores; y también puede constituir una salvaguarda a las posibles responsabilidades que posteriormente le sean exigidas a los sanitarios.

2.1.4.4. La representación del menor de edad.

Por último daremos respuesta a una de las preguntas que nos formulamos al comienzo de este epígrafe ¿cómo podrá actuar el menor que no tiene capacidad? Una vez que, independientemente de la teoría que sigamos (incapacidad absoluta, limitación de la capacidad o capacidad progresiva), entendamos que el menor carece de la capacidad necesaria para realizar un determinado acto o negocio jurídico, debemos de buscar la posibilidad para que éste, como titular de derechos, pueda ejercerlos.

del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia, de Martínez García, Clara, 798-819. Pamplona: Aranzadi S.A. Pp. 805 y 806, mantiene la postura contraria de forma que afirma que “el legislador opta de manera explícita y exclusiva por el criterio objetivo (de la edad)”. Para este autor no obstante, esta decisión del legislador no se considera aceptada “antes al contrario consideramos que (...) debería haberse optado por un criterio mixto que atendiera conjuntamente a la edad y a la madurez real del menor, de manera que, siendo la regla principal la de la edad, ello no obstara para que se le pudiera reconocer capacidad de obrar al menor cuando muestre capacidad intelectual y emocional.” Y en términos similares se pronuncia Junquera de Estéfani, Rafael. 2008. «Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?» en *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, de Adroher Biosca, Salomé; de Montalvo Jääskeläinen, Federico; Corripio Gil – Delgado, María Reyes y Veiga Copo, Abel B. 475-490. Pamplona: Aranzadi S.A. P. 480: “sorprende que la ley, tras haber declarado en la exposición de motivos que su capacidad de obrar es evolutiva, en el transcurso del articulado solo mencione al menor en general y no diferenciando etapas en su desarrollo.”

Serán los representantes legales del menor quienes actúen por éstos, completando su capacidad o bien asistiéndolos. Estos representantes legales son en primer lugar los padres que tienen atribuida la patria potestad del menor (art. 154 CC), o bien los tutores (art. 222 y 267 CC)²²⁸. Nominalmente el CC hace referencia al concepto de representación. La representación es definida como una institución jurídica por la que se confiere a una persona (representante) la facultad de actuar y decidir por cuenta de otra (representado). Según Díez-Picazo (2015)²²⁹ la representación está ligada al apoderamiento que lo define como “un acto por virtud del cual el dominus negotii concede u otorga a otra persona un poder de representación”²³⁰. La representación puede ser contractual, cuando así la autonomía de la voluntad de las partes la acuerdan²³¹, o bien de carácter legal, cuando es la ley la que la determina.

Cuando nos referimos a la representación de los menores de edad, nos situamos en la representación legal. Según Díez-Picazo (2006)²³² “el poder de representación nace directamente de la ley y es la ley quien lo configura y quien determina su ámbito y la extensión de las facultades representativas. A la vista de lo que establece el art. 162, es posible sostener que el poder de representación de los padres que ostentan la patria potestad comprende todas las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo aquellos que se encuentran expresamente exceptuados”. Y es precisamente la LOPMJ, quien ha delimitado el ejercicio de este derecho de representación legal de los padres y tutores de los menores de edad respecto a algunos derechos fundamentales de la personalidad. Así según Díez-Picazo (2006) “el amplísimo

²²⁸ Especial consideración tienen los menores en desamparo a los que se les dedica los arts. 172 y siguientes del CC, para los que la Ley atribuye una tutela legal o automática distinta de la ordinaria.

²²⁹ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 2015. *Sistema de Derecho Civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 11ª edición. Vol. II. II vols. Madrid: Tecnos. P. 190.

²³⁰ Lo importante de la representación es que la eficacia del negocio jurídico que realiza el representante recae sobre el representado y que la relación subyacente entre poderdante y apoderado no afectará al negocio celebrado por el apoderado Díez Picazo (2015) *Op. Cit.*

²³¹ En este sentido para Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 2015. *Sistema de Derecho Civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. Op Cit.* mantienen que “para la doctrina más seguida el apoderamiento es un negocio jurídico independiente del existente entre el poderdante y al apoderado que lo determina”.

²³² Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 2006. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. 10ª edición. Vol. IV. Madrid: Tecnos. P. 262.

ámbito de poder en estos derechos que les reconoce y regula la citada Ley debe traer como consecuencia una disminución de los controles que van ínsitos en la patria potestad. Sin embargo, no hay legalmente ninguna declaración de responsabilidad de ese menor: sigue gravitando sobre los padres o tutores (art. 1903.2º CC)”.

Así el poder de representación de los padres y tutores no es un poder ilimitado como lo era en el Derecho Romano. Hoy existen límites al mismo. Díez-Picazo (2006) distingue entre límites “internos o causales y que se concentran en la idea de beneficio de los hijos (art. 154), como móvil que debe guiar los actos de ejercicio y com resultado al que se debe aspirar. También hay límites de carácter externo y objetivo, que consisten en requisitos a los que los actos concretos deben ser sometidos o en decisiones de control de la autoridad judicial. En el primer aspecto, se puede citar la necesidad de oír a los hijos que posean suficiente juicio en todas las decisiones que les afectan (art. 154.2ª). Por supuesto que no se trata de actuar de acuerdo con lo que los hijos desean, sino simplemente de oírlos. La inobservancia de esta prescripción no invalida los actos pero determina una grave extralimitación en el ejercicio de la patria potestad. Los controles judiciales los fija el Código en los arts. 158 y 167, y dan lugar a la adopción de las medidas necesarias para la salvaguarda de los derechos de la esfera personal o patrimonial de los hijos, respectivamente. Es de destacar que la legitimación para plantear ante la autoridad judicial este tipo de asuntos es muy amplia y se otorga al hijo, a cualquier pariente (del menor) y al Ministerio Fiscal”. De lo expuesto, podemos concluir que el interés del menor y el derecho a la audiencia del menor, son límites al poder de representación y que por tanto, padres y tutores deberán tener en cuenta el grado de madurez del menor a fin de no extralimitarse en esa potestad dada por la ley.

Pues bien, los MENA también deberán estar representados legalmente, para que sean estos representantes los que complementen su capacidad o los asistan en su vida jurídica. Al ser menores en desamparo su representación legal la asume la Entidad Pública (art. 172.1 CC), siendo en puridad que ésta es asumida por un cargo político (un Director General), que queda muy alejado de la realidad diaria que vive el menor que tiene como referentes a los educadores

que se encargan del mismo. El representante legal de los MENA tendrá las mismas limitaciones intrínsecas y externas que quien ostente la patria potestad y a las que nos hemos referido. Sin embargo nuestra legislación mantiene un espacio de sombra al respecto, y permite que haya un periodo de tiempo en el que el presunto menor, carece totalmente de representación legal. Así ocurre en el plazo de tiempo que media entre que el presunto menor es localizado, se determina su edad, y finalmente si es menor de edad se acuerda su desamparo. Como tendremos oportunidad de analizar cuando tratemos la atención inmediata, veremos las consecuencias de esta situación y cómo podrían solventarse.

2.1.5. Especial consideración de la capacidad del MENA para actuar ante las Administraciones Públicas y los Tribunales.

De lo analizado hasta ahora, podemos concluir que todos los menores podrán gozar de capacidad para el ejercicio de sus derechos y que las limitaciones a la misma deberán interpretarse conforme al interés superior del menor; aunque existen determinadas leyes que sí establecen de una manera objetiva la edad concreta menor a los 18 años, que les permitirá realizar un acto jurídico determinado o que como la LORPM determina cuando el menor podrá responder penalmente aunque con medidas educativas de sus actos. Es así como la capacidad progresiva parece que encuentra un mayor acomodo en materias de naturaleza privada.

Debemos cuestionarnos ahora, si los menores de edad, y en especial los MENA, se les reconoce capacidad para actuar por sí mismos ante la administración pública en tanto en el marco de procedimientos administrativos como ante los tribunales en el marco de procedimientos judiciales para ejercitar sus derechos o si nuestro legislador ha seguido en esta materia un criterio netamente objetivo, y hasta que no se cumplan los 18 años el menor debe de ejercitar sus derechos a través de su representante legal. En este sentido no hemos de olvidar que los procedimientos de la determinación de la edad, de repatriación, o los que tienen por objeto la obtención de la residencia en España

son procedimientos de naturaleza administrativa, regulados por la LOEX y a los que le son de aplicación subsidiaria la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²³³ y en los que el principal interesado en la decisión es un menor de edad (o presunto menor) en el procedimiento de la determinación de la edad.

2.1.5.1. La capacidad de los menores para actuar ante la Administración Pública.

Fue la Ley 30/1992 de régimen jurídico de la administración y procedimiento administrativo común²³⁴, la que con amplio consenso parlamentario²³⁵ determinó en el art. 30 cuál era la capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas: *“Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”*.

Para García de Enterría y Fernández (2011)²³⁶ “la capacidad, en cuanto aptitud de un sujeto para desenvolverse en el mundo del Derecho, no es, evidentemente, un tema específico del Derecho Administrativo. El estudio de la

²³³ BOE núm 236 de 2 de octubre. La disposición adicional primera de la ley, es la que recoge las especialidades por razón de la materia, siendo la de extranjería una de ellas como dispone el apartado 2.c) y 2.d). Así pues la Ley 39/2015 solo se aplicará de forma subsidiaria a la LOEX.

²³⁴ BOE núm 285 de 27 de noviembre de 1992.

²³⁵ Consultado el Proyecto de la Ley 30/1992 y su tramitación parlamentaria no se planteó ninguna enmienda ni en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IV Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley de 7 mayo de 1992 núm. 82-6); ni por el Senado (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado IV Legislatura. Serie II. Proyectos de Ley de 16 de septiembre de 1992 núm 85-c).

²³⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás - Ramón. 2011. *Curso de Derecho Administrativo II*. 12ª edición. Pamplona: Thomson Reuters. Civitas. Aranzadi. P. 20. Consultada la edición publicada en el año 2015, no se hace más mención a la capacidad de las personas para actuar ante la Administración Pública que lo que dispone el art. 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

capacidad del administrado no requiere por ello otras precisiones que las estrictamente necesarias a los efectos de resaltar las diferencias que en este ámbito se producen respecto a la regulación general del Derecho Civil, a la que, en lo demás hay que remitirse”. Estos autores además de realizar una remisión al derecho civil en orden a la determinación de la capacidad de obrar, realizan dos observaciones generales: “la primera de ellas en relación a la tradicional distinción entre capacidad jurídica (...) y capacidad de obrar (...), cuya relevancia en el Derecho Administrativo es menor que en el Derecho Privado y ello porque, en términos generales, ambos conceptos tienden a identificarse, en la medida en que, normalmente, se permite el ejercicio de los derechos a todos aquellos a quienes se reconoce aptitud para trabar las relaciones jurídicas de las que estos derechos surgen”. Por esta razón la ley reconoce la capacidad a los menores de edad en el ejercicio y defensa de aquéllos de sus derechos cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de su representante. Y es aquí donde estos autores determinan la segunda observación general pues “se refiere al causismo del ordenamiento jurídico – administrativo, que construye singularmente sus normas en función de las distintas exigencias del concreto interés público que subyace en cada tipo de relaciones jurídicas”. Esta última observación argumentaría la necesidad de que la ley que regulara los procedimientos administrativos en los los intereses del menor extranjero no acompañado estuvieran implicados reconocieran específicamente su capacidad para actuar en ellos sin un necesario representante legal.

Hoy la Ley 30/1992 está derogada y en su lugar es el art. 3.b de la Ley 39/2015 la que regula la capacidad de los menores de edad para actuar ante las Administraciones Públicas: *“los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”*. La diferencia entre ambos artículos (el 30 derogado y el actual) radica en que ya no se hace referencia al “ordenamiento jurídico – administrativo” que servía a García de Enterría y

Fernández (2011) para formular su segunda observación. Si bien para Gosálbez Pequeño (2016)²³⁷ hubiera sido deseable que la ley hubiera sido más clara al respecto de la posibilidad de actuación del menor de edad, determinando si basta con que la ley no prohíba expresamente al menor actuar por sí mismo, o bien si debía haber una remisión a la legislación sustantiva para determinar cuándo el menor podría actuar por sí mismo o necesitaba de la asistencia de su representante legal.

La cuestión interpretativa más interesante que plantea el actual art. 3.b así como el derogado art. 30 es si el legislador acoge o no acoge la teoría de la capacidad progresiva del menor y si la interpretación que ha de realizarse del actual art. 3.b de la Ley 39/2015 al haberse eliminado la expresión “ordenamiento jurídico – administrativo” y referirse únicamente al “ordenamiento jurídico”, debe ser extensiva o seguirse limitando por la norma administrativa sustantiva que deberá recoger lo procedente. Si bien, estas cuestiones pueden ser estudiadas de una forma general para cualquier menor, nosotros nos centraremos fundamentalmente en el objeto de nuestra investigación, esto es, los MENA.

Respecto a la primera cuestión, de acuerdo a la mayoría de los autores consultados, existe una remisión en la materia al estudio de la capacidad de obrar del derecho civil²³⁸, por lo que *mutatis mutandi* en el marco del derecho administrativo, deberá ser aplicada también, la teoría de la capacidad progresiva del menor. En este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona 760/2010²³⁹: “Por otra parte, el art. 30 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (LRJPAC), reconoce a los menores de edad capacidad de obrar en sus relaciones con la Administración

²³⁷ Gosálbez Pequeño, Humberto. 2016. *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*. 1ª edición. Madrid: Wolters Kluwer. Pp 66 - 67

²³⁸ Así Parada Vázquez, Ramón. 2015. *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa*. 22ª edición. Madrid: Open Ediciones Universitarias SL. P. 135; Gosálbez Pequeño, Humberto. 2016. *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*. Op. Cit; Palomar Olmeda, Alberto. 2017. *Procedimiento Administrativo*. 2ª edición. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi. Pp 265 – 266; Rebollo Puig, Manuel y Vera Jurado, Diego J. (Directores). 2016. *Derecho Administrativo. Régimen jurídico básico y control de la administración*. Vol. II. Madrid: Tecnos. Pp 35 – 36; Arce Jiménez, Elena. 2008. «Menores extranjeros no acompañados su desprotección frente a la legislación de extranjería» En *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, de Alberdi Bidagueren, Jokin y Goizueta Vértiz, Juana. (Coordinadores), 187 - 200. Madrid: Marcial Pons.

²³⁹ [ROJ: SAP B 10201/2016 - ECLI:ES:APB:2016:10201](#)

Pública, para la defensa de sus derechos e intereses sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, en una clara manifestación de la doctrina del menor maduro, por lo que no era precisa ninguna representación legal para oponerse a la Resolución administrativa que se llevó a cabo, precisamente, a iniciativa del administrado (si admite su capacidad para instar la protección, la ha de admitir para oponerse al acto administrativo que la rechaza). En el mismo sentido, el art. 17 de la LDOIA y los arts. 211-3 y 211-5 CCCat, permiten al menor hacer por sí sólo, los actos relativos a los derechos de la personalidad y los demás que la Ley le permitan. Las limitaciones a su capacidad de obrar se deben interpretar siempre de forma restrictiva. En todo caso, no hay duda de que el Sr. Miguel Ángel instó ante la DGAIA (f.31, el 28 de octubre de 2014) y ante la Fiscalía determinadas pretensiones, personalmente y con asesoramiento de abogado”.

Respecto a la segunda cuestión, relativa a qué interpretación debemos seguir si una restrictiva, centrada únicamente en aquellos supuestos en los que la norma sustantiva nos remita expresamente a la posibilidad de que un menor de edad, pueda intervenir por sí mismo como interesado ante la administración, tal y como parece que establecía el art. 30 de la Ley 30/1992, o bien una interpretación extensiva, como parece acoger el actual art. 3 b de la Ley 39/2015, el Fiscal de Sala de Extranjería Joaquín Sánchez Covisa - Villa (2007)²⁴⁰ parte de una interpretación restrictiva: “si aceptáramos este criterio toda vez que ni el artículo 35 de la Ley de Extranjería ni su reglamento prescriben otra cosa, el derecho del menor a ser oído, previsto en el artículo 92.4 RLEX, se circunscribiría al sentido general que cumple en la legislación civil (audiencia – exploración del menor), de tal manera que, aunque su cumplimiento pueda constituir un requisito de validez del acto resolutorio del expediente de repatriación, no autorizaría a que pueda participar directamente en su condición de interesado en el referido expediente administrativo (art. 84 y ss Ley 30/1992), sino que debería ser asistido por quien legalmente lo represente (en nuestro caso, la entidad pública tuteladora)”. Sin embargo, parece que la jurisprudencia se inclina por una

²⁴⁰ Sánchez Covisa - Villa, Joaquín. 2007. «Sobre determinados aspectos del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros no acompañados: audiencia del menor y asistencia jurídica.» *Estudios Jurídicos*. (Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos).

interpretación extensiva, y así se establece en la STS de la Sala Tercera de 4 de diciembre de 2013²⁴¹ cuando establece que: *“por el contrario, en los procedimientos de visado se admitió la solicitud de los solicitantes sin intervención de su representante, lo que podría resultar autorizado por el art. 30 de la LRJ-PAC y aunque en las entrevistas no estuvo presente la madre de los menores (quien ostentaría la patria potestad, pero que ni siquiera tendría residencia en Senegal) dos de los solicitantes tenían una minoría de edad muy cercana a la mayoría, de manera que sus manifestaciones son, desde luego, susceptibles de valoración. Y para llegar a esta conclusión, de que no es determinante la ausencia del representante legal de los menores, debe tenerse en cuenta que en el ámbito mucho más garantista del procedimiento penal, quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda del menor están autorizados para estar presentes pero sin que ello sea obligatorio (art. 433 de la LECrim) y en el procedimiento civil a partir de 14 años se tiene habilidad para ser testigo e incluso los menores de catorce años pueden declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente (art. 361 LEC)”*.

En materia de extranjería, la LOEX, reformada por la LO 2/2009, se hace eco de la capacidad de obrar de los MENA, pero solamente para el procedimiento de repatriación en el que los MENA son claramente interesados en él, y así de forma expresa establece en el art. 35.6 que: *“A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.”* Observamos como el legislador acoge el concepto de capacidad progresiva para los menores de edad,

²⁴¹ [ROJ: STS 5990/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5990](#)

haciéndolo desde la misma presentación del proyecto de ley el 1 de julio de 2009²⁴². Ahora bien, la LOEX solo hace una previsión específica sobre la capacidad del MENA para el procedimiento de repatriación, sin embargo, no debemos de olvidar que el art. 35 regula otro importante procedimiento en el que el MENA es también interesado y es objeto de nuestro estudio: el procedimiento para la determinación de la edad. Así las cosas, nos podríamos plantear si la capacidad del MENA solo lo es para un procedimiento y no para otro, o si por el contrario podemos entender que siguiendo una interpretación extensiva también el MENA que está sometido al procedimiento de determinación de la edad, también gozará de esa capacidad sin necesidad de previsión expresa. Creemos que debe ser esta última precisamente la respuesta a adoptar.

2.1.5.2. El MENA y la capacidad procesal.

Al igual que en la legislación sustantiva se distingue la capacidad jurídica, como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones de la capacidad de obrar, como aptitud para ejercitar esos derechos y obligaciones, en la legislación procesal, se distinguen los conceptos de capacidad para ser parte, de capacidad procesal.

La capacidad para ser parte la define Gimeno Sendra (2010)²⁴³ como “la aptitud requerida por la Ley para poder ser demandantes o demandados, ostentar la titularidad de los derechos, obligaciones, posibilidades procesales y cargas procesales y asumir las responsabilidades y efectos que del proceso se deriven, y de modo especial, los efectos materiales de la cosa juzgada”. Así pues la capacidad para ser parte se corresponde con la capacidad jurídica que le es atribuida a todas las personas. Por eso está fuera de toda duda que los menores

²⁴² Proyecto de Ley 121/000032. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados IX Legislatura. Núm 31-1.

²⁴³ Gimeno Sendra, Vicente. 2010. *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. 3ª edición. Madrid: Colex. P. 99.

tienen capacidad para ser parte ante un proceso judicial para que se pueda ejercitar su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)²⁴⁴.

La capacidad procesal, o también denominada de actuación procesal o capacidad para impetrar válidamente la tutela judicial²⁴⁵ siguiendo igualmente a Gimeno Sendra (2010) es “la aptitud para ejercitar la acción, comparece en el proceso para interponer la pretensión, como parte actora, u oponerse a ella, en calidad de parte demandada, y realizar, junto con el cumplimiento de la postulación necesaria, válidamente la totalidad de los actos procesales de alegación, prueba e impugnación conducentes a la satisfacción de las respectivas pretensiones o defensas. La capacidad procesal se confunde con la capacidad civil de obrar, de tal suerte que toda persona física, que se encuentre en el pleno goce de sus derechos civiles, ostenta capacidad procesal (art. 7.1) y, puede, por tanto, interponer una demanda u oponerse a ella y realizar con validez la totalidad de los actos procesales”.

Para Montero Aroca, y otros (2013)²⁴⁶, el art. 7.1 y 7.2 de la LEC²⁴⁷ hace una remisión al CC, que “es donde se determina quiénes están en esa situación de pleno ejercicio y quiénes no. En general puede afirmarse que tienen esta capacidad los mayores de edad en los que no concurra alguna causa de incapacidad declarada judicialmente”.

Para todos los autores consultados²⁴⁸ existe una remisión a las normas sustantivas que sobre la capacidad de obrar recoge el CC, manteniendo todos

²⁴⁴ Así lo dispone expresamente la LEC en el art. 6: “1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: 1º Las personas físicas...”

²⁴⁵ A esta última denominación se refiere Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, María Pía. 2013. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. 21ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 63.

²⁴⁶ Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, María Pía. 2013. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. 21ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 63.

²⁴⁷ Ley 1/2000 de 7 de enero (BOE núm 7 de 8 de enero). Art. 7: “1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley”.

²⁴⁸ Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, María Pía. 2013. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. Op Cit.*; Gimeno Sendra, Vicente. 2010. *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general. Op. Cit.* y Cordón Moreno,

ellos un criterio netamente objetivo respecto a la determinación de la edad a partir de la cual una persona física adquirirá la capacidad procesal plena, sin necesidad de que deba ser asistido por un representante. Ninguno de estos autores se plantea la posibilidad teniendo en cuenta la dicción de la LEC que se reconozca la posibilidad de que el menor maduro pudiera antes de los 18 años tener esa capacidad procesal²⁴⁹.

Pero no nos hemos de detener únicamente en la LEC, a pesar de que esta ley es la que de modo supletorio será de aplicación a todas las demás leyes procesales. Y no nos debemos detener en ella, porque como venimos manteniendo la LOEX es una norma de naturaleza administrativa, y por lo tanto debemos analizar qué dispone la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo²⁵⁰ respecto a la capacidad procesal²⁵¹. Es el art. 18 el que

Faustino; Muerza Esparza, Julio J; Armenta Deu, Teresa y Tapia Fernández, Isabel. (Coordinadores). 2001. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol. I. II vols. Pamplona: Aranzadi SA.

²⁴⁹ Solo se contempla por la ley la posibilidad de que el menor de edad tuviera un conflicto de intereses con sus representantes legales, para lo cual se prevé el nombramiento de la figura del defensor judicial (art. 8.1 LEC) y arts. 27 a 32 de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm 158 de 3 de julio).

²⁵⁰ Ley 29/1998 de 13 de julio. BOE núm 167 de 14 de julio.

²⁵¹ No obstante las leyes procesales tanto penal como social también se refieren a esta capacidad de los menores. Así la LECRIM actual que pese a sus múltiples modificaciones data de 1882, recoge que la acción penal es pública y corresponde a todos los ciudadanos españoles según el art.101. Hoy está admitido en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que la acción penal pueda ser ejercitada por cualquier persona, sea español o extranjera. Tampoco se impide que los menores de edad, puedan acudir a los jueces y tribunales de la jurisdicción penal para satisfacer sus intereses, pero el art. 109 (que regula el denominado ofrecimiento de acciones, por el cual el perjudicado por el hecho delictivo puede bien constituirse en parte en el proceso y por lo tanto actuar en el mismo, o bien reclamar por los perjuicios causados por los hechos), establece de forma general que a los menores el ofrecimiento de acciones se les realizará con su representante legal o persona que lo asista. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10 de octubre BOE núm 245 de 11 de octubre), hace expresa mención a la capacidad procesal de los menores de forma bastante exhaustiva. Dispone el art. 16: "1. Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social, cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años. 3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tendrán igualmente capacidad procesal respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación, así como para la impugnación de los actos administrativos que les afecten. 4. Por quienes no se hallaren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho".

determina quién tiene capacidad procesal y respecto de los menores, hace una previsión distinta a la LEC, que no hemos de olvidar que es posterior a la ley procesal contenciosa administrativa. Así dispone: *“tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”*. Llama la atención que además de la remisión al art. 7 de la LEC, se hace una expresa mención a los menores de edad, y se les atribuye esa capacidad procesal para la defensa de sus derechos e intereses legítimos siempre que conforme al ordenamiento jurídico puedan ejercitar por sí mismos. Podemos concluir que esta norma es paralela a la que se recogía en el art. 30 de la Ley 30/1992 ya analizada, y por tanto nos lleva a las mismas cuestiones que ya nos formulamos anteriormente: ¿es necesario que la norma sustantiva determine cuándo se tiene esa capacidad y por tanto aún estando ante un menor de edad, se siga un criterio objetivo; o bien se sigue una interpretación extensiva y se adopta la teoría de la capacidad progresiva del menor?.

A pesar de que esta norma del art. 18 está en consonancia con las modernas teorías sobre la capacidad de los menores, para Menéndez (1999)²⁵² “la admisión de esta posibilidad resulta ciertamente discutible. Algunos autores la consideran totalmente lógica ya que elimina la contradicción que supone que la legislación administrativa reconozca plena capacidad a un menor para ejercitar derechos propios (como lo hace, con carácter general, el art. 30 de la LRJPA), y la procesal no realizara igual reconocimiento (...) No obstante, la posibilidad que contempla el párrafo primero del art. 18 de la LJCA puede estar vacía de contenido o, cuando menos, ser de difícil aplicación. No se olvide que el reconocimiento de la capacidad procesal del menor por sí mismo exige que el

²⁵² Menéndez Pablo en Redacción de Revista Española de Derecho Administrativo. 1999. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa de 1998*. Madrid: Civitas. Pp. 217 – 218.

ordenamiento jurídico le permita el ejercicio de los derechos sin la asistencia de las personas que ejerzan la patria potestad, tutela o curatela”²⁵³.

Ha sido el TC, en dos importantes sentencias el que ha fijado la interpretación que ha de otorgarse al derecho de la tutela judicial efectiva en cuanto a la capacidad procesal de los menores para la defensa de sus derechos e intereses legítimos en el marco del procedimiento de repatriación (art. 35.6 LOEX). El TC vino a fijar los siguientes criterios en referencia a la capacidad procesal: a) que el menor de edad, con capacidad y juicio suficiente, tiene derecho a instar de los órganos judiciales, de cualquier jurisdicción, (puesto que el derecho a la tutela judicial es único independientemente del tribunal en el que se invoque), la defensa de intereses que afecten a su esfera personal; b) que a la hora de examinar el presupuesto procesal de la capacidad, los tribunales no han de ser excesivamente formalistas so pena de vulnerar el derecho al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

Son las SSTC 183 y 184/2008 de 22 de diciembre²⁵⁴ las que fijan la jurisprudencia constitucional. Así la STC 183/2008 en sus fundamentos jurídicos 3º y 5º dispone: *“Fundamento Jurídico 3º: Entrando en el análisis de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), este Tribunal ha reiterado que es un elemento esencial de este derecho obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte apreciada razonablemente. En ese sentido, también se ha resaltado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa (...). Este Tribunal en diversas resoluciones ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002 y 17/2006) (...). Respecto a la*

²⁵³ Y para ello acude este autor a la LOPJM que a pesar del reconocimiento que hace de la capacidad de los menores, no habilita en ningún momento al menor no emancipado para que pueda comparecer en juicio o promover las acciones oportunas.

²⁵⁴ BOE núm 21 de 24 de enero.

repatriación de menores, este Tribunal ya ha destacado que es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor. Fundamento Jurídico 5º: Debe concluirse que la decisión de inadmisión impugnada ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, ya que la interpretación y aplicación del ordenamiento procesal realizada ha resultado desproporcionada, al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que la persona directamente afectada por una decisión administrativa pudiera, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial. En efecto, la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio pro actione, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia. Entre esos intereses está, sin duda, y como ya se expuso anteriormente, el derecho de cualquier menor con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal. En relación con ello, debe destacarse, en primer lugar, que, habida cuenta del tenor literal, ya transcrito anteriormente, del art. 18 LJCA sobre la capacidad procesal de los menores de edad para la defensa de sus derechos e intereses legítimos sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela del menor de edad la simple referencia apodíctica contenida en la resolución judicial impugnada de que no se está en el supuesto previsto en dicho artículo implica un defecto de motivación con relevancia constitucional, toda vez que, en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 105/2008 de 15 de septiembre, FJ 3), no contiene los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos para llegar a esa conclusión”.

Por tanto el TC ha venido a acoger la teoría de la capacidad progresiva del menor desde un punto de vista interpretativo extensivo, pues no liga esta capacidad a una expresa previsión legal del ordenamiento jurídico que permita al menor actuar frente a la administración. Y por extensión si el MENA es considerado como menor maduro y con suficiente juicio para atribuírsele la capacidad procesal, debemos entender que también lo es para poder ejercitar sus derechos ante la administración conforme a lo que dispone el art. 3 b de la Ley 39/2015 sin necesidad de contar con un representante legal, lo que en ningún momento excluirá como estudiaremos posteriormente al referirnos a los derechos de los MENA la posibilidad de ser asistidos por un letrado especializado que lo represente ante la administración.

2.2. EXTRANJERO.

Dos son las cuestiones que debemos plantearnos ahora. En primer lugar a qué persona nos referimos cuando hablamos de extranjero, y en segundo lugar, si esa condición de extranjero afecta de alguna manera a los derechos que se le atribuye al menor de edad, en el que además concurre esa condición.

El menor ha de ser extranjero. Extranjera es toda aquella persona que carezca de la nacionalidad española²⁵⁵ según dispone el art. 1 de la LOEX. La remisión al concepto de extranjero, no es baladí, pues nuestro ordenamiento jurídico distingue el extranjero del ciudadano de la UE. Así lo dispone el art. 1.3 de la LOEX: *“Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”* Para encontrar la definición del ciudadano de la UE, debemos acudir a la normativa comunitaria. Es el art. 9 de la versión consolidada del Tratado de la UE²⁵⁶ el que dispone: *“La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos,*

²⁵⁵ Son los arts. 17 a 28 del CC los que regulan la nacionalidad.

²⁵⁶ DOUE C 326/1 de 26.10.2012.

que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”; igualmente la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE²⁵⁷ en el art. 20 se hace eco del concepto: *“Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.”*

La mención a los ciudadanos de la UE, no es ociosa por cuanto el Protocolo de MENA no solo incluye en la definición de MENA una referencia al régimen de la Unión Europea, al que ya hemos referencia anteriormente, sino que además establece el supuesto específico de menores al que le son de aplicación el régimen de la UE. Como ya manifestamos y reiteramos ahora, entendemos que los menores ciudadanos de la UE, aunque no estén acompañados no deben ser considerados como MENA a los efectos de nuestro estudio limitándonos únicamente a aquellos menores no acompañados de terceros estados.

Es precisamente la condición de extranjero del menor la que hace que el mismo quede incardinado en la normativa administrativa de extranjería, de forma que nace así la tensión de los intereses que envuelven al sujeto y a nuestra materia de estudio: el interés del estado en el control de los flujos migratorios, y el interés superior del menor que obliga al Estado, precisamente por ser un interés superior al anterior, a la protección del niño que en España es un interés constitucionalmente legítimo²⁵⁸.

²⁵⁷ DOUE C 326/1 de 26.10.2012.

²⁵⁸ En un sentido más amplio Barrera López, Francisco. 2010 – 201 en «La protección del menor no acompañado y la condición de extranjero. ¿Una relación compatible? Reflexión desde el derecho de la Unión Europea y el Derecho Español.» *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. (13-14): 85-119 mantiene que: “En materia de extranjería, con carácter general, convergen dos cuestiones que expresan de modo nítido la complejidad y tensión dialéctica que le da a este sector jurídico su naturaleza singular: la admisión y los derechos. El extranjero inmigrante, en líneas generales, es víctima de un sistema jurídico que como mínimo debe calificarse de especial. Esta singularidad aparece legitimada por el derecho de admisión de los Estados, la potestad soberana para decidir el quién, el cómo y el cuándo del acceso legal a su espacio jurisdiccional (...) En este contexto el extranjero menor de edad que accede al territorio de la Unión no deja de ser por sus especiales circunstancias, un extranjero y, para el

En otro orden de cosas, debemos de preguntarnos, tal y como ya hizo la Circular de la FGE 3/2001 de 21 de diciembre²⁵⁹, qué efectos tiene lo que dispone el art. 9.1 del CC respecto del MENA. El art. 9.1 recoge una norma de derecho internacional privado y reconoce como punto de conexión para la capacidad y el estado civil, la ley personal que viene determinada por la nacionalidad. Dispone el art. 9.1 que *“la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior”*. Por tanto, deberemos acudir a la nacionalidad de la persona, para saber cuando según las normas del Estado del que es nacional, la persona será mayor o menor de edad²⁶⁰. Pues si bien la CDN establece como norma general que la frontera entre la mayoría y la minoría de edad se sitúa en los 18 años, existen países donde se establecen otros límites temporales. Pero este criterio de la nacionalidad como punto de conexión está siendo objeto de críticas por parte de la doctrina. Como expresa

legislador comunitario, una persona en situación irregular. Los menores extranjeros que acceden al territorio español son en puridad inicialmente extranjeros en situación administrativa de irregularidad, si bien la determinación de la minoridad de edad y la verificación del no acompañamiento por parte de la persona o personas que ostenten la representación legal sobre los mismos activa el mecanismo de la tutela en amparo y revierte *ope legis* su inicial situación de irregularidad”.

²⁵⁹ Circular sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería. Disponible en el siguiente [enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CI03-2001.pdf?idFile=22fb6802-d3f0-4b2d-968f-99ab904983d3](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CI03-2001.pdf?idFile=22fb6802-d3f0-4b2d-968f-99ab904983d3)

²⁶⁰ Aquí no podemos perder de vista que el derecho extranjero en España puede ser objeto de prueba en España. La normativa sobre la prueba del derecho extranjero dentro del ámbito judicial viene recogida en el art. 281.2 de la LEC que dispone: *“También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.”* Esta disposición además se complementa con lo que recoge el art. 33 de la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm 182 de 31 de julio). Además de la prueba del derecho extranjero, esta ley también reconoce la posibilidad de solicitar información sobre el derecho extranjero, tanto por las autoridades judiciales como registradores a la autoridad central española quien se podrá dirigir a su vez a las autoridades del país cuya información se solicite, para ser utilizado así ese informe que podrá abarcar no solo información sobre textos legales o incluso jurisprudencia en el marco de sus competencias (art.35). Pero además el Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958. BOE núm 296 de 11 de diciembre) recoge una norma específica a este respecto en el art. 91 que dispone: *“La adecuación de un hecho o documento al Derecho extranjero no conocido por el Encargado se justificará por testimonio del Cónsul en España del Cónsul de España en el país o de Notario español que conozca tal Derecho”*.

Garcimartín Alférez (2012)²⁶¹ “hoy en día este criterio de conexión está sujeto a una fuerte revisión crítica a favor de otros criterios que expresan una conexión más real entre el individuo y una comunidad socio – económica, como el domicilio o la residencia habitual. (...) La nacionalidad como conexión puede resultar problemática, cuando el individuo cambia de nacionalidad. La nacionalidad es un criterio de conexión mutable. Los supuestos de cambio de nacionalidad conllevan un cambio de la ley personal con todas sus consecuencias. No obstante, el legislador español ha establecido una solución muy razonable para proteger el estatuto jurídico adquirido bajo la ley anterior. Conforme al art. 9.1 II CC: *“El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.”* Esto es, rige el principio “una vez mayor de edad, siempre es mayor de edad”. Para Garcimartin la norma del art. 9.1 II del CC es un acierto del legislador a los efectos de dar seguridad jurídica frente a terceros para determinadas relaciones familiares y sobretodo patrimoniales que generan responsabilidades civiles.

Ahora bien debemos de poner en consonancia lo que dispone el CC con lo que mantiene el art. 1 de la LOPJM como también realizó la Circular 3/2001 de la FGE. La LOPJM en el art. 1 mantiene el criterio del CC para los sujetos para los que será de aplicación la misma y así dispone que esta se circunscribe a *“los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.”* Así pues, de acuerdo a la LOPJM, todo aquella persona que conforme a su ley personal sea mayor de edad antes de los 18 años, no podrá acogerse a la misma. Esta disposición legal, excluiría del sistema de protección a aquellos menores de edad conforme a la normativa española, si según su ley personal son mayores de edad antes de los 18 años. Estamos sin duda ante una cuestión compleja de resolver tal y como apunta la Circular 3/2001 cuando dispone: *“Trasunto de esta norma es a su vez el art. 1 de nuestra LO 1/1996, que determina como destinatarios de la misma a «los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad».* Sentado lo

²⁶¹ Garcimartín Alférez, Francisco J. 2012. *Derecho Internacional Privado*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi S.A. Pp 302 – 303.

anterior, hay que admitir igualmente la dificultad de conocer las excepciones que algunas legislaciones extranjeras puedan contener respecto de la norma general que fija la mayoría de edad en los dieciocho años. Añadiendo a ello que la carga de probar el contenido y la vigencia del derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (art. 12.6 CC), se puede establecer con carácter general la presunción «iuris tantum» de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años”.

Otra solución distinta a la presunción “iuris tantum” planteada por la Fiscalía, podría ser la determinación de un nuevo punto de conexión que no fuera la ley personal. Se podría plantear el criterio de la residencia al que hace referencia el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996²⁶² y por lo tanto entender que todos los menores de 18 años serán objeto de protección conforme a la ley española, y todo ello sin perjuicio de valorar su madurez para la realización de actos jurídicos concretos, de la misma manera que debe ser valorada para un menor español.

López Azcona (2008)²⁶³ intenta darnos una respuesta a la situación de desprotección que puede tener un menor de 18 años que conforme a su ley personal es mayor de edad y mantiene que “conviene averiguar si existen otras normas jurídicas que den cobertura al principio de igualdad en el tratamiento de los MENA en España, en relación con el límite de la edad. (...) el Derecho Comunitario ofrece una respuesta uniforme sobre esta materia y que permite afirmar, dada la primacía del mismo sobre el Derecho español, que el límite biológico de la mayoría de edad se encuentra, en todo caso, en los dieciocho años. (...) En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y en atención al tenor de las Directivas, parece poder afirmarse que éstas tienen efecto directo en nuestro Ordenamiento jurídico, con lo que cabe entender que todos los extranjeros que se encuentren en territorio español no acompañados y

²⁶² BOE núm 291 de 2 de diciembre de 2010 (arts. 2 y 5).

²⁶³ López Azcona, María Aurora. 2008. «El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en derecho español.» *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (17): 103 – 134.

tengan menos de dieciocho años deben gozar de los mismos derechos y obligaciones en el ámbito que nos ocupa, con independencia de su nacionalidad, y sin tener en cuenta otro criterio de fijación de la minoría de edad que el hecho de que no hayan cumplido los dieciocho años”²⁶⁴. Sin embargo esta autora que apela al derecho comunitario, no tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado reiteradamente sobre el significado del principio de no discriminación por razón de nacionalidad²⁶⁵ que significa que no existe discriminación cuando existe una regla de igual trato entre los iguales (entendiendo por iguales aquellos que tienen una misma nacionalidad) y que la discriminación se produciría por tanto cuando se actuara de forma diferente ante dos situaciones idénticas, salvo que existieran condiciones objetivas justificadas que lo permitieran²⁶⁶. Por tanto, no podemos recurrir a esta pretendida discriminación para fundamentar su posición.

De lo expuesto hasta ahora, podemos concluir, que nos encontramos ante una situación compleja y que no ha sido resuelta por nuestra legislación.

²⁶⁴ Otro de los argumentos que nos ofrece López Azcona (2008) para justificar que debe mantenerse siempre los 18 años para entender que estamos ante un menor de edad, sin vincularlo a su ley personal, es la aplicación de lo que dispone la regulación de la reagrupación familiar. En este sentido el art. 17.1 LOEX reconoce el derecho del extranjero residente a reagrupar con él en España a su hijos “siempre que sean menores de 18 años”.

²⁶⁵ Inicialmente en el Tratado de la Comunidad Europea se recogía en el art. 7, posteriormente el Tratado Constitutivo de la UE (DOCE C325/33 de 24.12.2002) lo estableció en el art. 12 y finalmente el Tratado de Funcionamiento de la UE (versión consolidada) (DOUE C 83/56 de 30.03.2010) mantiene el principio con la misma redacción en el art. 18 “*en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*”.

²⁶⁶ STJCE C-61/77 ECLI:EU:C:1978:29; STJCE C-152/73 ECLI:EU:C:1974:13; STJCE 370/88 ECLI:EU:C:1990:392; STJUE 182/15 ECLI:EU:C:2016:630; STJUE C-67/14 ECLI:EU:C:2015:210; STJCE 186/87 ECLI:EU:C:1989:47 (por todas) cuando dispone: “10. Al prohibir «toda discriminación en razón de la nacionalidad», el artículo 7 del Tratado exige la perfecta igualdad de trato de las personas que se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario, con los nacionales del Estado miembro. En la medida en que este principio se aplique, se opone por tanto a que un Estado miembro subordine la concesión de un derecho a dicha persona al requisito de residir en su territorio mientras que dicho requisito no se impone a los nacionales”.

2.3. NO ACOMPAÑADO.

Tanto las Directivas de la UE que definen el MENA como nuestra definición reglamentaria (art. 189 RD 577/2011) y la que nos ofrece el Protocolo de MENA, se refieren a la necesidad de que el menor no esté acompañado. Pero además la Observación General nº 6 introduce también el concepto de menor separado. Así el menor no acompañado es aquel que se encuentra solo, en el sentido de que no hay una persona adulta que por ley o costumbre le incumba la responsabilidad de cuidarlo. En tanto que el niño separado es aquel que no está acompañado de sus padres o tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.

Será en los siguientes epígrafes, donde explicaremos las importantes consecuencias jurídicas que genera este no acompañamiento en orden a la protección del menor extranjero. En este momento únicamente nos centraremos a estudiar qué significa estar no acompañado.

No nos ofrece ningún problema la determinación del adulto responsable legalmente que lo son el padre o la madre²⁶⁷, pero también el tutor. A estos efectos el art. 9.6 del CC establece que *“la ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996²⁶⁸.”* Sin embargo, mayores problemas surgen en torno al concepto de adultos responsables de los mismos de acuerdo a los usos y costumbres. No hay que olvidar lo que al respecto establece la CDN en el art. 5 que acoge el sentido amplio de familia: *“los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la*

²⁶⁷ Los padres son los titulares de la patria potestad, siendo esta una institución de carácter jurídico universal. No entraremos en los supuestos de privación de la patria potestad, pues si bien podría darse el caso, la realidad de los menores que migran junto a sus padres es otra.

²⁶⁸ *Op. Cit.* Si bien todos aquellos estados firmantes en materia de protección de menores deben aplicar el Convenio, hay que señalar que respecto al fenómeno de la migración de MENA en España, de poco servirá, pues salvo Marruecos y Túnez, los demás países del Magreb no lo tienen firmado ni tampoco los países del Sahel o del África noroccidental a excepción de Burkina Faso. Página web de la Conferencia de la Haya visitada el día 19 de enero de 2017: <https://www.hcch.net/es/home>

costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Surgen así una serie de preguntas como ¿quiénes podemos considerar adultos en ese sentido amplio de familia y que son los encargados del niño?, ¿son estrictamente los parientes o miembros de la familia?, ¿qué parientes o familiares pueden ser considerados como adultos responsables? Nuevamente deberemos acudir a la prueba del derecho y la costumbre extranjera para poder determinar si la persona que acompaña al menor, en el caso de que este no estuviera completamente solo, es una persona que puede darle la protección y el cuidado requerido y por lo tanto evitar su consideración de no acompañado.

Si queremos buscar alguna regulación positiva sobre qué se entiende por parentesco con efectos legales, hemos de acudir al CC, a la LOEX y por último a la normativa Europea.

El parentesco en nuestro ordenamiento jurídico viene regulado y definido como regla general en los arts. 915 y siguientes del CC²⁶⁹, en materia de sucesiones²⁷⁰.

La LOEX recoge expresamente la reagrupación familiar²⁷¹ como procedimiento que permite autorizar la residencia en España de determinados familiares o parientes. La reagrupación familiar, como ocurre con la protección de los menores, hunde sus fundamentos jurídicos constitucionales en el art. 39 CE. El art. 17 determina cuales son esos familiares que pueden ser

²⁶⁹ El CC recoge la línea recta y la línea colateral y sus correspondientes grados. Además de los padres, parientes en línea recta son los abuelos y bisabuelos e hijos; y en línea colateral, desde los más cercanos a los más lejanos: hermanos, tíos, primos.

²⁷⁰ Si bien el CC establece en el art. 9.1 que las cuestiones sucesorias se rigen por la ley personal (nacionalidad) de la persona, y por tanto se podría pensar que las normas sobre el parentesco no se aplican al extranjero, esta norma está superada por el Reglamento de la UE 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE núm 201 de 27 de julio), que sustituye el punto de conexión de la ley personal por el de la residencia como regla general (art. 4) cuando no ha tenido entrada el principio de la autonomía de la voluntad.

²⁷¹ Título I, Capítulo II (arts. 16 a 19). El RLOEX, también se dedica a ello en los arts. 52 a 61.

reagrupables²⁷². Si atendemos al objeto de nuestro estudio (menores), los parientes que justifican la reagrupación y por lo tanto a los que nuestro legislador atribuye un necesario vínculo no solo biológico sino cercano y afectivo son únicamente los ascendientes de primer grado. Pero teniendo en cuenta de que los ascendientes de primer grado son los padres y éstos ya vienen recogidos expresamente en la definición de MENA como personas que se entienden que si acompañan al menor, nos excluye a estos menores como MENA, podemos entender que las personas parientes que pueden acompañar también al menor son los abuelos. Podemos concluir, de esta forma que la LOEX, no nos da ninguna pista sobre cuáles son los parientes, que podremos entender que pueden acompañar al menor de acuerdo a la definición, pues cabría preguntarnos si hermanos mayores, o tíos pueden ser personas que de acompañar a un menor, podrían evitar su calificación como MENA, o éste debiera ser tenido por MENA en estos casos. Y esta última afirmación nos permite llegar a una segunda conclusión: los familiares de la agrupación familiar, son distintos a aquellas personas que perteneciendo al ámbito familiar pueden acompañar a un menor y por tanto no considerarlo MENA.

Más claro resulta ser el Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido)²⁷³. Este Reglamento define tanto lo que se entiende por miembros de

²⁷² “El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley (...); b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud (...); c) Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español (...); d) Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.”

²⁷³ DOUE núm 180 de 20.06.2013.

la familia y parientes. Respecto a los miembros de la familia estos coinciden con los que nuestra legislación establece para la reagrupación. Sí llama la atención que cuando se refiere a los menores de edad, se incluye como miembros de su familia a su padre o madre y “*otro adulto responsable de él según el Derecho o la práctica del Estado miembro en el que esté presente el adulto*”, que nos remite a nuestra figura del tutor, aunque bien podría ser otra figura distinta al tutor, pero existente en otro Estado y con responsabilidad parental. Por su parte define a los parientes como “*los tíos adultos o los abuelos.*” No obstante nos llama la atención que sean parientes los tíos adultos (parientes colaterales en segundo grado) y no lo sean los hermanos adultos (parientes colaterales en primer grado). La solución que nos parece acertada, es aquella que determine la existencia de una persona que asuma responsabilidad parental, ante la presencia de la misma, el menor no se encontrará solo y por tanto no será tenido como MENA.

Pero las definiciones también nos remiten a los usos y costumbres de los Estados o países de donde procedan los menores. Entendemos que si bien es cierto que hay otras culturas donde determinados adultos hacen las funciones de padres²⁷⁴, habrá que probar esa costumbre²⁷⁵.

La cuestión del adulto responsable del menor conforme a sus usos y costumbres, nos lleva directamente a la figura jurídica del guardador de hecho. El guardador de hecho es la persona que sin título jurídico habilitante se hace cargo de la protección de un menor. A pesar de ser una figura jurídica aceptada en nuestro ordenamiento jurídico²⁷⁶ como bien indica O'Callaghan (1997)²⁷⁷ “lo más importante a destacar de la regulación del guardador es que la misma es esencialmente a posteriori. Prevé que existe y regula lo que ha sucedido”²⁷⁸; la

²⁷⁴ Sin irnos más lejos podemos estudiar la figura del padrino o madrina de nuestra cultura occidental.

²⁷⁵ La prueba de la costumbre se recoge en el art. 281.2 LEC, siempre que la misma no vaya contra el orden público, extendiéndose al llamado orden público internacional que se recoge en el art. 12.3 del CC.

²⁷⁶ Arts. 303 a 306 del CC.

²⁷⁷ O'Callaghan, Xavier. 1997. *Compendio de Derecho Civil*. Vol. IV. Op. Cit. P. 338.

²⁷⁸ En este sentido dispone el art 303 CC. 1. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere*

misma debería de ser desterrada en el ámbito de los MENA por dos motivos. El primero, que si bien el guardador de hecho puede asistir al menor, lo hace desde una posición precaria como manifiesta De Palma del Teso (2006)²⁷⁹; y el segundo, la posibilidad real aunque no necesariamente debe ser así siempre y en todo caso, de que el guardador de hecho no sea más que un traficante de inmigrantes, o peor aún, un tratante de seres humanos, como manifiesta Armenteros León (2015)²⁸⁰ “la figura del guardador de hecho en relación los MENA debe ser tratada y valorada con cautela, ya que existen casos de personas que se hacen pasar por tal guardador siendo en realidad miembros de organizaciones dedicadas a la trata de personas”. En el mismo sentido se pronuncia Moreno - Torres Sánchez (2013)²⁸¹ cuando dispone que “en el momento en el que se detecta que un menor está bajo la guarda de hecho de personas que no son a las que legalmente corresponde la misma, puede ocurrir que paralelamente se desarrolle un proceso penal por existir indicadores de delito”.

En este sentido la FGE ha mantiene una actitud contradictoria respecto a la figura de la guarda de hecho. En la Circular de la FGE 3/2001 se acepta la

*oportunas. Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores. 2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis. En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor. A pesar de lo que manifiesta O’Callaghan, para De Couto Gálvez, Rosa María. 2016. «Las instituciones civiles de protección: patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho» en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, de Martínez García, Clara, 254 – 286. Pamplona: Aranzadi S.A. P.285 el legislador ha ampliado “desmesuradamente y sin clara justificación jurídica, la actuación de los guardadores de hecho. No es posible comprender la causa de esta concesión y aumento de funciones. Recordemos que la figura consolidada del “defensor judicial” ya ha sido establecida por ley para situaciones transitorias hasta la designación del cargo definitivo (...). Aparentemente, no hay ninguna necesidad legal para otorgar y ampliar la validez jurídica de las actuaciones del guardador de hecho”.*

²⁷⁹ De Palma del Teso, Angeles. 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados. Op. Cit.* Pp. 217 a 219.

²⁸⁰ Armenteros León, Miguel. 2015. *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España. Actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014.* Valencia: Tirant lo Blanch. Pp 45 – 46.

²⁸¹ Moreno - Torres Sánchez, Julieta. 2013. «Protección jurídica ante la guarda de hecho: ¿menores en el limbo jurídico?» *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico* (102): 13 – 18.

posibilidad del guardador de hecho: “es asimilable al supuesto de un menor acompañado por sus representantes legales el de un menor acompañado por un mero guardador de hecho, ya que ésta es una figura plenamente admitida en nuestro derecho como una forma posible del ejercicio de la facultad-deber de guarda sobre los menores (arts. 303 CC y 12.2 LOPJM) situación que por otra parte puede resultar relativamente frecuente en el ámbito de algunas culturas diferentes a la nuestra. A este respecto, hay que tener presente que tanto las relaciones paterno-filiales como la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se rigen en primer lugar por la ley nacional de éste (art. 9.4 CC)²⁸²”. Sin embargo, la más moderna Circular de la FGE 8/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores²⁸³ expone lo siguiente respecto de la guarda de hecho: “ha de partirse en primer lugar de que la guarda de hecho tiene desde un punto de vista axiológico una naturaleza neutra, de modo que bajo tal denominación pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo, asentadas firmemente en el superior interés del menor (piénsese en el supuesto prototípico de abuelos que con enorme esfuerzo asumen la crianza del nieto, ante el abandono de los progenitores) como situaciones que bordean o entran directamente en el ámbito penal (personas que con el fin de satisfacer sus deseos se hacen cargo de menores con los que no tienen vínculos, mediando o no retribución, haciendo tabula rasa de los procedimientos legalmente establecidos)”.

Si bien es cierto como recogen ambas Circulares que la figura plenamente admitida como forma posible de ejercicio de la facultad – deber de guarda sobre los menores, no es menos cierto como manifiesta De Palma del Teso (2006)²⁸⁴ que “el guardador de hecho no está legalmente obligado a asumir la guarda del menor, a brindarle asistencia y protección, por eso el CC dispone en el art. 229 que el guardador está obligado a promover la tutela civil del menor”. Si bien por

²⁸² Esta afirmación de la Circular ha quedado derogada por lo que dispone el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que como ya expusimos establece la residencia habitual como punto de conexión.

²⁸³ Disponible en el siguiente enlace de descarga https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular%20Proteccion%20Menores.pdf?idFile=3922de06-9a5f-45de-ac27-1f3a56af606d

²⁸⁴ De Palma del Teso, Angeles. 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Op. Cit. P.218.

regla general esta disposición no es aplicable a los MENA, pues como veremos a continuación el MENA es un menor en situación de desamparo y por lo tanto operará la llamada tutela automática o por ministerio de la ley, siendo asumida por la Entidad Pública, en la práctica pueden producirse supuestos en los que el MENA podría estar acompañado de una persona que sin tener responsabilidad parental sobre éste, sí pueda ser un familiar que sí estuviera entonces obligado a promover dicha tutela ordinaria.

3. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO COMO MENOR DESAMPARADO.

Característica y una de las consecuencias jurídicas más importantes que concurren en el menor extranjero no acompañado es su situación de desamparo, que origina la necesidad de arbitrar las medidas de protección necesarias y adecuadas. Estas medidas de protección deberán ser garantizadas como último recurso por la Administración Pública, pues como manifiesta Martínez García (2016)²⁸⁵ si bien todos los menores tienen derecho a la protección, esta debe ser inicialmente prestada por su familia, y subsidiariamente por los poderes públicos a través de su intervención, “supliendo o compensando a las familias cuando no alcancen a cumplir adecuadamente con su responsabilidad”. En el caso del MENA como consecuencia de ese no acompañamiento y ante la ausencia de adultos responsables, será la Administración Pública, la que deba otorgarle esa protección que deberá ser integral.

Desde nuestro punto de vista, como tendremos oportunidad de explicar en el presente epígrafe, podemos afirmar categóricamente que el MENA por no estar acompañado se encuentra en desamparo. Sin embargo, esta afirmación no se comparte de forma tan rotunda en el concepto que de MENA, nos ofrece exclusivamente la legislación española. Como ya hemos referido al tratar sobre

²⁸⁵ Martínez García, Clara. 2016. «El sistema de protección de menores en España» en *Tratado del Menor*, de Clara Martínez García (Coordinadora); 379 - 434. Pamplona: Aranzadi S.A. P.381.

el concepto de MENA, el RLOEX y el Protocolo de MENA, incluyen también la posibilidad de que el menor extranjero se encuentre en una situación de riesgo. Así pues se hace necesario llegados a este punto, hacer un breve estudio de ambas figuras: el riesgo y el desamparo, con el fin de poder justificar el porqué desde nuestro punto de vista, nunca se debió incluir dentro de la definición de MENA la situación de riesgo. Se estudiará también la llamada atención inmediata, pues esta institución, también se configura como una medida de protección que debe ser aplicada al presunto MENA en tanto se determina su edad.

No todo menor extranjero no comunitario que se encuentre en España sin sus padres, tutores o sin parientes integra el concepto de MENA. Como distingue Fernández Arevalo (2006)²⁸⁶ siguiendo la Circular 3/2001 “no se encuentran en la situación de menor extranjero no acompañado, no obstante concurrir en ellos los presupuestos materiales de este concepto: a) los menores extranjeros que, aun no encontrándose acompañados, se encuentren en España por razones de estudio, durante el periodo al que se contrae su estancia por este motivo, que deben disponer del correspondiente visado y b) los menores extranjeros desplazados a España en programas promovidos y financiados por las Administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones u otras entidades o personas ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela, para estancias temporales con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, supuestos comprendidos en el art. 93 RLOE, que contempla incluso que puedan estar acogidos por familias o personas individuales –art 95.4 RLOE”²⁸⁷. Fernández Arévalo, se refería a los supuestos de los desplazamientos temporales de menores, figura ésta que desde el Reglamento 1119/1986 ha sido regulada. Actualmente son los arts. 187 y 188 del RLOEX, los que recogen los supuestos de “desplazamientos temporales de menores extranjeros” por periodos inferiores a 90 días para la ejecución de programas humanitarios (tratamientos médicos o disfrute de vacaciones), y

²⁸⁶ Fernández Arevalo, Luis. 2006. «Menores extranjeros no acompañados: problemática legal.» *Estudios Jurídicos*. (Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos.) (2006) P.5.

²⁸⁷ El autor se refiere a los artículos recogidos en el RD 2393/2004 vigente en el momento de la elaboración del artículo.

“desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines de escolarización”. En estos supuestos ni se produce la situación de no acompañamiento ni existe ninguna situación de desamparo, por cuanto los menores estarán asistidos material y moralmente por una persona que jurídicamente ha aceptado esa función. Sus representantes legales (padres o tutores), habrán de haber acordado con una entidad o familia española de acuerdo al procedimiento legalmente establecido en el art. 187, lo que podríamos llamar la “cesión de la guarda” de los menores mientras se encuentran en España para los casos en los que se permita el desplazamiento del menor. La llegada del menor a España está totalmente regularizada y autorizada²⁸⁸.

3.1. EL DESAMPARO Y EL RIESGO.

No es el concepto jurídico que debemos de manejar, el que aparece en el DRAE, pero se puede considerar la definición que el diccionario nos ofrece como un punto de partida para el concepto jurídico que daremos posteriormente. Así el DRAE define el desamparo como efecto de desamparar que es “abandonar, dejar sin amparo ni favor a alguien o algo que lo pide o necesita”. Por su parte define amparar como “favorecer y proteger”. Es en esta última definición encuentra su fundamento la figura jurídica del desamparo y por eso se afirma que ante la situación de desamparo se deben de establecer medidas de protección. Es el art. 12.1 de la LOPJM el que establece cuales son las medidas de protección que los poderes públicos deberán acordar según los casos: la prevención, detección y reparación de las situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin; el ejercicio de la guarda y por último en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley.

El concepto jurídico actual de desamparo recogido en el art. 172 del CC es complejo *“se considera como situación de desamparo la que se produce de*

²⁸⁸ No debemos perder de vista que aún así el menor puede quedar en una situación de riesgo o de desamparo por causas sobrevenidas. En este caso, según la legislación europea y española, también ese menor sería considerado MENA.

hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". Desde nuestro punto de vista, esta complejidad viene establecida por las extraordinarias consecuencias jurídicas que produce la declaración del desamparo; así como las distintas situaciones de hecho que pueden suscitarse como elemento objetivo, que se elevan como necesarias en el concepto de desamparo. Como quiera que esas situaciones de hecho pueden ser de distinta índole y gravedad, es por lo que junto a la situación de desamparo hemos de distinguir la situación de riesgo.

El concepto del desamparo se introdujo en nuestra legislación por la Ley 21/1987²⁸⁹ que modificó determinados artículos del CC y la LEC en materia de adopción. La exposición de motivos establecía que *"como complemento del acogimiento familiar y de la adopción y como paso previo para la regulación más clara de ambas instituciones, la presente ley da normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados. Cambiando el criterio a que respondía el anterior artículo 239, se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad Pública a la que corresponda en el territorio la protección de los menores. La guarda de éstos siempre bajo la superior vigilancia del Fiscal, quien podrá proponer al Juez las medidas de protección que estime necesarias, se confía a la propia Entidad, que podrá actuar bien a través de los Directores de los establecimientos públicos o privados que de ella dependen, bien a las personas que formalicen el acogimiento familiar"*. Como manifiesta Carrió Sampedro (2004)²⁹⁰ *"de esta forma el art. 172 del CC vino a introducir el concepto de desamparo, con clara intención de posibilitar la rápida actuación de las entidades públicas a las que correspondía la protección de los menores, a la vez que permite, frente a lo que ocurría con el anterior concepto de "abandono", la inclusión de un mayor número de casos"*. Así el art. 172 procedió a definir el

²⁸⁹ BOE núm 275 de 26 de noviembre.

²⁹⁰ Carrió Sampedro, Alberto. 2004. «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003.» *Diario la Ley (LA LEY)* (6003). P.6.

desamparo tal y como continúa en la actualidad. Esta definición legal de desamparo, ha permanecido invariable desde que se introdujera en 1987, a pesar de las modificaciones que el art. 172 del CC ha sufrido por las LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor²⁹¹, Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional²⁹² y Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁹³.

Pero como ya advertimos más arriba, la legislación en materia de protección de menores, ha dado un paso más allá en la regulación de las instituciones que pueden dar lugar a la adopción de medidas de protección a los menores por parte de las instituciones públicas cuando éstos se encuentran en situación de desprotección y que nacen al amparo del derecho básico del interés superior del menor. Este interés, al que dedicaremos un epígrafe en el siguiente Capítulo, es una pieza clave de todo el sistema del “Derecho del Menor”, siendo una manifestación del mismo, que los menores permanezcan con sus padres o personas que tienen atribuida su representación y con quienes los menores han vivido habitualmente, conforme a la interpretación del art. 5 de la CDN y que ha sido acogida en el art. 12.2 de la LOPJM al mantener que *“los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores”*. Como ya avanzamos, junto al desamparo convive otra figura jurídica que se introduce por la LOPJM en 1996 que es el riesgo y frente a la que los poderes públicos también deberán actuar en aras a la protección del menor y que no supone adoptar medidas tan drásticas como las que se adoptan en los casos de desamparo. Al riesgo debemos también referirnos como adelantamos al principio de este epígrafe, para justificar nuestra postura de que el desamparo es la consecuencia de no estar acompañado.

²⁹¹ BOE núm 15 de 17 de enero.

²⁹² BOE núm 312 de 29 de diciembre.

²⁹³ No obstante, la Ley 9/1998 de 15 de julio que aprueba el Código de Familia de Catalunya (BOE núm 198 de 19 de agosto), hoy derogado, nos ofreció otra definición de desamparo en el art. 164 al disponer que es *“una situación de hecho en la que (el menor) carece de los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad”*.

La Exposición de Motivos de la LOPJM en su redacción original disponía: *“De innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras en las situaciones de riesgo caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquella se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria”*. El art. 17 de la LOPJM estableció que ante estas situaciones de riesgo se debía de actuar, pero no definió cuales eran esas situaciones ni que se entendía por riesgo²⁹⁴, dando lugar a que a falta de la correspondiente concreción de cuándo el menor estaba ante una situación de riesgo, no se interviniera ni de manera preventiva ni para reparar esa situación, como establece el actual art. 12.1 de la LOPJM, y que la intervención fuera cuando ya la situación de riesgo se había convertido en una situación objetiva de desamparo, quedando así vacío de contenido práctico aquella previsión de la situación de riesgo. Por el contrario, el art. 18 fijaba las actuaciones ante la situación de desamparo, manteniendo la definición de desamparo del art. 172 del CC como ya hemos apuntado. No obstante la inconcreción de la definición, y su consideración como concepto jurídico indeterminado dejaba su precisión y delimitación al albur de interpretaciones

²⁹⁴ Art. 17 LOPJM en su redacción originaria: *“En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia”*. Tampoco la CDN nos define que es el riesgo ni siquiera hace referencia al mismo, pero podemos encontrar el fundamento a lo que nuestra legislación ha acogido como situación de riesgo en el art. 27: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”*.

doctrinales y jurisprudenciales, que si bien solventaban cada caso concreto, generaban inseguridad jurídica. Y esta inseguridad jurídica se producía cuando la calificación de una situación como de riesgo o bien de desamparo tenía consecuencias jurídicas bien distintas para el menor y la familia. Así el riesgo no implicaba necesariamente la consecuencia drástica para la familia de ver cómo su hijo era separado de ésta para asumir la tutela automática la administración, sustrayendo al menor de la esfera familiar y del ambiente que le había sido habitual y además pernicioso; en tanto que si la situación era calificada de desamparo ocurriría todo lo contrario.

Como ya tuvimos la oportunidad de estudiar en el Capítulo I, los Estatutos de Autonomía han atribuido a las CCAA las competencias en la materia de protección de menores. En su virtud, todas las CCAA han dictado normas relativas a la protección de la infancia. Sin embargo, no todas las leyes autonómicas se enfrentan de igual forma al tratamiento jurídico de las situaciones de riesgo²⁹⁵. Si existen varias leyes autonómicas, que se adelantaron

²⁹⁵ De acuerdo a las distintas leyes autonómicas de protección del menor, podemos hacer la siguiente clasificación:

1. Autonomías con leyes que no hacen referencia a la situación de riesgo: Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (BOE núm 183 de 2 de agosto); Ley de la Comunidad Autónoma de Catalunya 8/1995 de 27 de julio de atención y protección de los niños y adolescentes (BOE núm. 207 de 30 de agosto. Derogada); Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores (BOE núm 309 de 27 diciembre); Ley de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia. (BOE núm 131 de 2 de junio); Ley de la Comunidad Autónoma de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor (BOE núm 94 de 20 de abril).

2 Comunidades que recogen la posibilidad de que exista una situación de riesgo distinta al desamparo: Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE núm 156 de 28 de junio) que reconoce en el art. 99 las competencias de la comunidad en materia de riesgo; Ley de la Comunidad Valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana (BOE núm 200 de 19 de agosto) que también asume las competencias en materia de riesgo (art. 83).

3. Comunidades Autónomas que definen de manera general la situación de riesgo (además de Canarias y Andalucía); la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (BOE núm 189 de 8 de agosto) que define el riesgo en el art. 56 *“Se consideran situaciones de riesgo aquéllas en las que, por circunstancias personales o sociofamiliares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requieren su separación del medio familiar.”*; Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia (BOE núm 274 de 14 de noviembre) que define en el art. 51 la situación de riesgo: *“Se consideran situaciones de riesgo aquellas que perjudiquen el desarrollo personal o social del niño, niña o adolescente, que no quepa calificar de desamparo y que, por lo tanto, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Aparece una situación de riesgo cuando el desarrollo y el bienestar de la persona menor de edad se ve limitado o perjudicado a*

a la legislación estatal y nos ofrecen un concepto de riesgo, e incluso nos presentan situaciones que son consideradas de riesgo²⁹⁶. A estos efectos, la

consecuencia de circunstancias de carácter personal, social o familiar y los padres y madres, tutores o guardadores no asumen o pueden no asumir completamente sus responsabilidades para asegurar el normal desarrollo del niño, niña o adolescente. Todo ello, sin que la situación alcance la suficiente gravedad como para derivar en desprotección y justificar una separación del núcleo familiar.”; Ley de la Comunidad Autónoma de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja (BOE núm 70 de 23 de marzo) que define la situación de riesgo en el art. 40: “Se considera situación de riesgo la que se produce de hecho cuando el menor, sin estar privado en su ámbito familiar de la necesaria asistencia moral o material, se vea afectado por cualquier circunstancia que perjudique su desarrollo personal familiar o social y que permita razonablemente temer que en el futuro pueda estar incurso en una situación de desamparo o de inadaptación.”; Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia (BOE núm 19 de 22 de enero de 2011) que define la situación de riesgo en el art. 50: “Se entiende por riesgo de desprotección aquella situación en que una persona menor vive o se desenvuelve en entornos familiares o sociales cuyas condiciones pueden provocar un daño significativo a medio o largo plazo en su bienestar y desarrollo.”

4. Comunidades que no definen el riesgo, pero nos ofrecen en sus leyes situaciones que consideran de riesgo: Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm 1 de 2 de enero de 2006) y Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (BOE núm 182 de 30 de julio). Las situaciones de riesgo que ambas leyes reconocen son las mismas (art. 45 Ley de Navarra y art. 49 Ley de Galicia): “a) La falta de atención física o psíquica del menor por parte de sus padres, tutores o guardadores que suponga perjuicio leve para su salud física o emocional, descuido no grave de sus necesidades principales u obstaculización para el ejercicio de sus derechos, cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos. b) La incapacidad de las personas referidas en el apartado anterior para dispensar adecuadamente al menor la referida atención física y psíquica, no obstante su voluntad de hacerlo. c) La utilización del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo. d) Las carencias de todo orden que, no pudiendo ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde éste para su tratamiento a través de los servicios y recursos normalizados, puedan propiciar la exclusión social, inadaptación o desamparo del menor. e) El conflicto abierto y permanente de los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o la niña. f) Cualesquiera otras de las contempladas en el artículo 34.3. que, de persistir, pudieran evolucionar y derivar en desamparo del menor.”

5. Por último aquellas CCAA que además de dar un concepto de riesgo, también incluyen situaciones que son consideradas de riesgo: Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (BOE núm 197 de 17 de agosto); Ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears (BOE núm 297 de 13 de diciembre) y la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha (BOE núm 42 de 18 de febrero).

²⁹⁶ Así se pronuncia Moreno – Torres Sánchez, Julieta 2009 en *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Pamplona: Thomsom Reuters. Aranzadi. P.194: “Es muy variado el tratamiento de la situación de riesgo que se realiza en las distintas Comunidades Autónomas desde un punto de vista legislativo, ya que algunas leyes dan un tratamiento muy amplio a esta cuestión, especialmente las más recientes (la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha o la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, dedican un Capítulo completo a esta cuestión), y otras, sobre todo las primeras en dictarse, ni siquiera la mencionan (la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de Extremadura no dedica ni un solo artículo a la situación de riesgo; la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia y la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la

primera norma autonómica que nos dio una definición de riesgo fue la Ley 1/1997 de Atención Integral de los Menores de la Comunidad Autónoma de Canarias²⁹⁷ que dispuso en el art. 41: *“se considera que el menor se encuentra en situación de riesgo cuando, a causa de sus circunstancias personales, familiares o por influencias de su entorno, se está perjudicando su desarrollo personal o social, sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar la declaración de desamparo y la separación del menor de su familia”*. La Comunidad Autónoma de Andalucía, nos ofreció también un concepto de riesgo en la Ley de 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor²⁹⁸ al disponer en el art. 22 que se consideran situaciones de riesgo: *“Se consideran situaciones de riesgo aquéllas en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar”*.

Sin embargo todas las leyes autonómicas sí se hacían eco del desamparo, acogiendo la definición dada por el CC, y en alguna ocasión como pasaba con el riesgo, de forma causística se establecían cuáles eran las situaciones que producían el desamparo²⁹⁹.

infancia de Valencia no mencionan la situación de riesgo)”. Si bien la materia sobre protección de menores es una materia asumida por las Comunidades Autónomas como ya hemos expuesto, el hecho de que haya normas autonómicas que a día de hoy no definan qué es el riesgo o no recojan cuáles son las situaciones de riesgo, no debe ser un impedimento para que los menores que se encuentran en esas Comunidades Autónomas no queden protegidos de esta situación y que los poderes públicos no tengan el deber de prevenir esas situaciones y ofrecer la correspondiente protección para eliminar la situación, puesto que hoy por hoy, la situación de riesgo no solo viene recogida en la LOPJM, sino que además establece cuáles son las actuaciones a realizar, y por lo dispuesto en el art. 149.3 CE *“el derecho estatal será en todo caso, supletorio del derecho de las CCAA”*.

²⁹⁷ BOC núm 23 de 17 de febrero.

²⁹⁸ BOE núm 150 de 24 de junio.

²⁹⁹ Así por ejemplo la Ley de Protección del Menor de la Comunidad Autónoma de Canarias dispone en el art. 46: *“De conformidad con el Código Civil, se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material. 2. Específicamente, se considerará que el menor se encuentra en situación de desamparo: a) Cuando sea objeto de malos tratos físicos o psíquicos, o de abusos sexuales, por parte de familiares o de terceros, producidos en el ambiente familiar del menor. b) Cuando no asista de forma reiterada y sin justificación al centro escolar donde se halla matriculado, debido a la conducta negligente de los padres, tutores o guardadores, o se aprecie la ausencia de escolarización del menor, estando en edad para ello. c) Cuando sea utilizado por las personas bajo cuyo cuidado se encuentra para la mendicidad, prostitución, trabajo infantil, esporádico o estable, o cualquier otra explotación económica de naturaleza análoga. d) Cuando las personas que integran la unidad de convivencia del menor, y, especialmente, sus padres, tutores o guardadores, se dediquen, habitualmente, al*

Una nueva e importante modificación legislativa vino a producirse con la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que cambió de forma importante y sustancial la LO 1/1996 para adaptarla no solo a las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño, fundamentalmente a la referida al interés superior del Menor (nº 14)³⁰⁰, sino a la legislación europea, y a la propia realidad social. Esta ley reconoce los defectos de la redacción original de la LO 1/1996 respecto del concepto de riesgo, así como que dicho vacío había sido corregido por las legislaciones autonómicas y en consecuencia dispone en su Exposición de Motivos: *“En relación con la situación de riesgo, y mediante la reforma del artículo 17, se desarrolla de forma integral esta figura y su procedimiento, cuestiones ambas que no estaban reguladas a nivel estatal. La intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se torna de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave, y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia”*. La figura del desamparo también es reconfigurada, ofreciéndonos una más elaborada definición que la que nos determina el CC, y así continúa la Exposición de Motivos: *“Son dos las principales novedades respecto de la regulación del desamparo. En el artículo 18 se completa la definición de la situación de desamparo regulada en el artículo 172 del código Civil, estableciendo, por primera vez en una norma de carácter estatal, las circunstancias que la determinan, con lo que se introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración”*.

consumo de alcohol o sustancias tóxicas o psicotrópicas, perjudicando con su conducta gravemente el desarrollo y bienestar del menor. e) Cuando falten las personas a las que por ley les corresponda el ejercicio de las funciones de guarda o cuando las mismas, por perturbaciones o trastornos mentales u otras circunstancias, se encuentren imposibilitadas para su ejercicio o las ejerzan con grave peligro para el menor. f) Cuando sus padres o tutores no soliciten la recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración. g) Cualesquiera otras en las que quede privado de la necesaria asistencia moral y material a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos”. Vemos como la cláusula final, no es más que una remisión a la definición que el CC da de desamparo (art. 172).

³⁰⁰ CRC/C/GC/14. Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en

De lo expuesto hasta ahora sobre la regulación del riesgo, comprobamos cómo la ley estatal que debía de haber servido de marco normativo a las legislaciones autonómicas, fue inmediatamente superada por determinadas legislaciones autonómicas que profundizaron en las distintas situaciones en las que se podía ver inmerso un menor y que requerían en virtud de la aplicación del interés superior del menor, así como su derecho a permanecer con su familia soluciones diversas.

De esta forma la ley estatal procede en el año 2015 a hacer una amplia y extensa regulación de la situación de riesgo. Comienza con su definición en el art. 17.1: *“Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.”* A continuación la norma establece cómo debe ser el procedimiento y la actuación de la administración ante esta situación³⁰¹.

³⁰¹ 2. En situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar. 3. La intervención en la situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras. 4. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les

Es el también muy extenso art. 18 el que nos ofrece la definición de desamparo, remitiéndose a la normativa básica del CC en el art. 172.1 párrafo

comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. 5. Los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido proyecto. La omisión de la colaboración prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor. 6. La situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. 7. Cuando la administración pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, la administración pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la administración pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención. 8. En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Cuando la Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros. 9. La administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección. 10. La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor.»

segundo y al igual que las leyes autonómicas recoge algunos supuestos en los que en particular se entiende que hay una situación de desamparo³⁰².

Pues bien, dadas las definiciones legales, veamos qué diferencias fundamentales existen entre las situaciones de riesgo y de desamparo.

³⁰² “2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos. Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla. b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años. c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo. e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental. f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad. g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria. h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.”

La temporalidad no es un elemento diferenciador de ambas situaciones, pues tanto la situación de riesgo como la de desamparo son temporales. Si bien la competencia para la determinación de ambas situaciones es atribuida a las CCAA y así lo disponen sus propias leyes de protección³⁰³, serán los Ayuntamientos, las entidades que conforme a la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local³⁰⁴ y la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local³⁰⁵ tendrán asumidas generalmente³⁰⁶ las competencias en materia de asistencia social y como tales podrán detectar las situaciones de desprotección a través de las labores que los asistentes sociales municipales realizan en colegios, centros de salud o en determinadas áreas geográficas más desfavorecidas. Son los Ayuntamientos, las administraciones que más cerca están de los ciudadanos. En la situación de riesgo, el menor continúa bajo la potestad o tutela de sus padres o guardadores de derecho y se establecerán actuaciones de protección tendentes a eliminar o disminuir los factores de riesgo, interactuando normalmente con los propios padres o tutores. Todas las actuaciones que se realicen por la administración competente, serán supervisadas por el Ministerio Fiscal, quien en la práctica abre el correspondiente expediente de riesgo.

Por el contrario la situación de desamparo es una figura de protección ante situaciones más graves cuya principal característica es la asunción de la tutela de forma automática³⁰⁷ por la administración autonómica³⁰⁸. También el

³⁰³ Así por ejemplo lo dispone expresamente la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 1/1997 de protección integral de los menores en el art. 12: *“La declaración de la situación de riesgo, adoptando las medidas necesarias para la protección de los menores”*.

³⁰⁴ BOE núm 80 de 3 de abril.

³⁰⁵ BOE núm 312 de 30 de diciembre.

³⁰⁶ Decimos generalmente, porque conforme a la Ley 27/2013 en su apartado 8, modifica la Ley 7/1985 atribuyendo a los Municipios en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social; modificando en el apartado 9 el art.26 atribuyendo siempre y en todo caso a los Municipios con una población superior a los 20.000 habitantes la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

³⁰⁷ La tutela automática solo requiere la correspondiente resolución de desamparo por parte de la Entidad Pública. Pero a diferencia de la tutela ordinaria no requiere el nombramiento del tutor por el juez. Es una tutela que se constituye por ministerio de la Ley. Art. 239 CC *“1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública.”*

³⁰⁸ Aunque pareciera que así debiera ser, por la situación de desprotección en el que se encuentra el menor, el desamparo no implica necesariamente la privación de la patria potestad

Ministerio Fiscal velará por las actuaciones que se realicen en este sentido y por el ejercicio de la tutela que las administraciones hacen sobre el menor a través de informes trimestrales (para niños muy pequeños “la primera infancia”) o semestrales (para los demás menores)³⁰⁹.

3.2. EL MENA: ¿EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO?

Llegados a este punto nos debemos hacer la pregunta con la que comenzamos el presente epígrafe: ¿es posible hablar de MENA ante una situación de riesgo? O si se prefiere, procederemos a explicar el porqué el desamparo es la única consecuencia que se produce por el “no acompañamiento”.

Según el concepto de riesgo, el menor debería de estar junto a sus padres, tutor o persona que conforme a la costumbre de su país se hiciera cargo de él. Por lo tanto debería de estar acompañado. Si ello es así, ya no podría integrar el concepto de MENA, tal y como lo definen los instrumentos internacionales tanto de las Naciones Unidas como del Derecho comunitario y que ya fueron expuestos. Sin embargo, nuestra legislación introduce la alocución “riesgo de desprotección” y así lo recoge tanto el RLOEX, como el Protocolo de MENA. Creemos que es un concepto muy extensivo, y que no responde al

de los padres, ésta se suspende y las funciones pasan a ser realizadas por la entidad pública que por Ministerio de la Ley se configura como tutor del menor. Esta discusión tal y como nos manifiesta Moreno - Torres Sánchez, Julieta (2013) en «Protección jurídica ante la guarda de hecho: ¿menores en el limbo jurídico?» *Op. Cit.* está presente en el ámbito judicial existiendo así resoluciones dispares, que bien permiten la declaración del desamparo y la asunción de la tutela por la entidad pública sin privación de la patria potestad (Autos de 17 de noviembre de 2010 y 25 de enero de 2011 de la Audiencia Provincial de Sevilla), y resoluciones que abogan por lo contrario como el Auto de la Audiencia Provincial de Alava de 15 de junio de 1992. En igual sentido se pronunciaba la misma autora (2005) en *El desamparo de menores*. Pamplona: Thomson Aranzadi: “Las consecuencias de que nuestro derecho no haya regulado un concepto subjetivo del desamparo son mayores de lo que en principio podría parecer. Son muchos los problemas que en la práctica acarrea el hecho de que no se suspenda la patria potestad (judicial o administrativamente) en situaciones de guarda de hecho, o una vez constituida la guarda judicial conforme al artículo 158 o bien formalizado el acogimiento, cuando se realiza judicialmente, sin la anuencia de los padres; dado que éstos siguen ostentando la patria potestad, sin suspensión ni privación alguna, los roles de los acogedores, cuando aquéllos les perturban en su ejercicio, o cuando toman decisiones sobre los menores, no están definidos”.

³⁰⁹ Art. 232 CC: “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado”.

concepto técnico jurídico de riesgo que hemos analizado en este epígrafe, pues lo que se pretende es incluir otras realidades distintas al menor no acompañado, como ya adelantamos al referirnos al concepto de MENA. Indudablemente, no podemos criticar que la finalidad de incluir esas otras realidades, no sea loable, pero no compartimos que menores en situación de riesgo sean menores no acompañados. Y ello es así, porque todo menor no acompañado no está en situación de riesgo, sino en una situación clara de desamparo. En este sentido lo expresa Arce Jiménez (2006)³¹⁰ “conjugando la dicción literal del artículo 172 del Código Civil con la interpretación jurisprudencial del precepto, no me ofrece duda alguna que el menor extranjero que se encuentra en territorio español sin compañía de un adulto que ejerza de manera efectiva las funciones de guarda³¹¹, está en situación de desamparo. Y lo está por concurrir en su situación los dos presupuestos: el subjetivo, esto es, las personas que deberían cuidar del menor no lo están haciendo, ya que el hecho de permitir, alentar, no saber o no poder impedir que el menor se esconda en los bajos de un camión o se ha embarque (*sic*) en una patera, es signo inequívoco de que han realizado una completa dejación de sus deberes de asistencia moral o material. Se constata en segundo lugar que los menores se encuentran carentes de asistencia moral o material, que no se encuentran correctamente atendidos por quienes debieran hacerlo en primer lugar: sus padres o sus guardadores legales; ese abandono o esa necesidad de asistencia moral o material se produce, con independencia de que el menor manifieste querer o no querer ser atendido o que abandone una o varias veces el centro de protección en el que haya podido ser ingresado”. Así expresaba la imposibilidad de estar ante una situación de riesgo: “Nuestro sistema de protección de menores, en consonancia con lo dispuesto en la Convención de derechos del Niño, parte de un principio básico: siempre que sea posible el menor habrá de vivir con su familia. Para hacer efectivo este principio nuestro ordenamiento despliega una batería de medidas preventivas que pretenden evitar que el menor haya de salir de su entorno familiar. Cuando la

³¹⁰ Arce Jiménez, Elena. 2006. «Menores extranjeros no acompañados.» En *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho. V Jornadas sobre Derecho de Menores*, de Lázaro González, Isabel E. y Culebras LLana, Irene, (coordinadoras); 123-142. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. Pp. 127 y 129.

³¹¹ Entendemos que no solo no cumplir con las funciones de guarda, sino la denominada responsabilidad parental en su conjunto.

situación de riesgo para el menor haga necesario que éste haya de ser separado de su familia, nuestra legislación prevé medidas para que la Administración pueda intervenir en orden a cambiar las circunstancias que hicieron retirar al menor de su familia. En el caso de los menores extranjeros, el sistema de protección de menores sufre una quiebra importante: la familia del menor se encuentra fuera del ámbito competencial de cualquiera de las Administraciones (local, autonómica, estatal) que podrían intervenir para transformar la realidad que hizo que el menor hubiera de abandonar su familia; por tanto no puede adoptar de manera directa medidas conducentes a transformar la realidad que produjo la situación de desamparo”.

En igual sentido se pronuncia Lázaro González (2014)³¹² cuando haciendo referencia a los supuestos contenidos en los apartados A, B y C del Apartado segundo del Capítulo I del Protocolo Marco de MENA dispone: “Por otra parte, la introducción de estos presuntos nuevos supuestos no está exenta de dificultades de interpretación. Por ejemplo, en el primero de los grupos se alude a la situación de riesgo (por haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional). La mencionada situación de riesgo –situación de desprotección que requiere de una intervención de la Entidad pública de protección de menores sin exigir la separación de los progenitores- en algunas Comunidades Autónomas requiere de una declaración a la que se vincula la determinación del mecanismo de protección que debe adoptarse. Pero el menor no se encuentra en situación de riesgo sino en situación de desamparo: de hecho, a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores de edad, el menor se encuentra privados (*sic*) de la necesaria asistencia moral o material. Esta es la situación que debe reconocerse en el caso de los menores extranjeros no acompañados, pues carecen de la necesaria asistencia moral o material, aquí y ahora, con independencia de que sus padres puedan quererles mucho y ocuparse de ellos cuando se encuentran en el país de origen”.

³¹² Lázaro González, Isabel E. 2014. «Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.» *Op cit.* Pp 266-267.

La ley nos muestra hoy un claro concepto de desamparo, y así dispone en el apartado a) del art. 18 de la LOPJM, que se considera situación de desamparo “el abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla”. Queda totalmente claro, por tanto, que la situación del MENA es la del desamparo porque no está acompañado.

Pero existen otros motivos además, para determinar que los supuestos de riesgo, a los que hace referencia el Protocolo Marco en los apartados A y B en principio no pueden considerarse como MENA, sin perjuicio de que se adopten medidas de protección respecto de los mismos, y sin perjuicio también, de que con posterioridad la situación del menor cambiara y se encontrara en la situación de no acompañado como así prevé la normativa española y de la UE. Como ya hemos dicho, la propia dicción de los preceptos se refiere al riesgo, por lo que implicará que necesariamente esté al amparo de un adulto responsable. En segundo lugar, porque la situación de riesgo normalmente no lleva aparejada el ingreso de un menor en un centro, salvo que medie una circunstancia excepcional y temporal que permita acudir a lo dispuesto en el art. 172 bis CC en la que solo se ceda la guarda a la administración. Por regla general, el menor que ingresa en un centro lo hace porque existe una situación de desamparo que determina la medida de protección que va a ser adoptada, esto es, el acogimiento que podrá ser residencial, o bien en una familia.

Así pues, solo entendiendo que estamos ante una situación de desamparo se podrá adoptar la medida de protección, como es la separación del menor de su progenitor o tutor. Si lo que se pretende es adoptar las máximas medidas de protección ante menores que realmente están sujetos a un riesgo de ser víctima de un delito de trata de seres humanos, lo que correspondería es su declaración inicial de desamparo, y por lo tanto entender que no están acompañados, o incluso mantener que sí están acompañados, pero concurriendo los supuestos de declaración de desamparo que actualmente se recogen en los apartados c), d) o sobretodo f) del art. 18 de la LOPJM. De lo contrario, las investigaciones necesarias para poder determinar que las personas que acompañan a los menores, no son sus progenitores o guardadores, según el apartado A, o incluso

acompañados de sus progenitores según la dicción del apartado B (pues este no distingue si van acompañados o no), se deberán realizar sin separar al menor de ese adulto con el que vienen acompañados, en atención al interés del menor y al derecho a la vida familiar. En cualquier caso, en nada diferenciará las actuaciones que deben realizar los poderes públicos según nos encontremos ante un menor nacional o extranjero. Todos los menores son titulares de los mismos derechos y por tanto también acreedores de protección independientemente de su condición administrativa (como extranjeros o nacionales).

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que el concepto de riesgo que es utilizado en el Protocolo de MENA en los apartados A y B que venimos referenciando, no es el concepto jurídico de riesgo y de ahí las dificultades interpretativas que nos pueden llevar a equívoco para entender que el MENA también puede encontrarse en situación de riesgo.

Ahora bien, si bien desde nuestra posición queda absolutamente claro que el MENA es un menor en situación de desamparo, hemos de hacer referencia a la consideración que la Fiscalía General del Estado, a la que la Ley le atribuye funciones específicas y claras en aras a la protección de menores, mantuvo al respecto. La Circular 3/2001 de 21 de diciembre, se cuestionó la posibilidad de que el menor no acompañado pudiera ser un menor emancipado y no un menor en situación de desamparo. Sin embargo desechó dicha posibilidad manteniendo que: *“la capacidad y el estado civil se rigen por la ley nacional del sujeto y que no cabe, por tanto, considerar sin más como emancipado - extrapolando las normas de nuestro CC- al menor extranjero que vive independientemente con el consentimiento paterno (art. 319 CC), emancipación que además -aparte de la dificultad que habría para probar tal consentimiento- resulta extremadamente precaria por la posibilidad que tienen los padres de revocar el consentimiento en cualquier momento. Por ello, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su ley personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos”*. Sin embargo la Instrucción 3/2003 de 23 de octubre “sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en

quienes no concurra la situación jurídica de desamparo” (hoy ya sin efecto tras la derogación que realizó la Instrucción 6/2004 de 26 de noviembre³¹³ sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados), vino a modificar el criterio de la Circular y entendió que el MENA no se encontraba en desamparo sino que se trataba de un menor emancipado.

La Instrucción 3/2003 identificó al MENA mayor de 16 años como menor emancipado, y por lo tanto no sujeto a ser declarado en desamparo, con las consecuencias jurídicas que conllevaban la repatriación, o su retorno al punto de origen a la mayor brevedad posible, llegando incluso a ser internado en un centro de menores para proceder a su repatriación (así dispone las conclusiones de dicha instrucción). La Instrucción obligaba así a todos los Fiscales, quienes por su Estatuto Orgánico tenían atribuidas las facultades de intervenir en los procesos en los que estuviera comprometido el interés de los menores a dictaminar a favor del retorno del menor a su lugar de origen a la mayor brevedad posible y a instar su internamiento en Centros de Menores al Juez de Menores. La Instrucción no fijaba en qué centros debía internarse el menor extranjero mayor de 16 años que entendía emancipado. El Juez de Menores pertenece a la jurisdicción estrictamente penal y por lo tanto los centros a los que debería ir el menor de 16 años que se entendía emancipado era el centro de cumplimiento de medidas de reforma. Desde luego no es la Instrucción de la Fiscalía el instrumento jurídico adecuado para fijar las competencias de los Juzgados de Menores que vienen recogidas en el art. 97 de la LOPJ³¹⁴, ni para sustraerse a las normas de Derecho Internacional Privado recogidas en los arts. 8 a 12 del CC.

³¹³ Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins062004.pdf?idFile=3b1af66d-93af-419d-a031-e49f29e30486

³¹⁴ Dispone el art. 97 de la LOPJ “Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes así como de la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.” De esta forma se pretendía internar a los menores para poder ser expulsados como a los mayores en los Centros de Internamiento para Extranjeros, sin hacer expresa referencia a ello, pero con la misma finalidad.

No cabe duda que la Instrucción dictada en el año 2003, vulneraba directamente todos los principios de la Convención de los Derechos del Niño, desde el artículo 1 que definía que se entendía por menor de edad, hasta el principio del interés superior del menor, el derecho a la audiencia, el derecho a la no discriminación, el derecho a la no devolución.

La Instrucción se apoya en dos conceptos que interpreta “*ad hoc*” al último fin de la misma³¹⁵ que no era otro que un interés de política migratoria y que se apartaba claramente del interés superior del menor en las acciones que debían integrar esa misma política tal y como de la Observación nº 14³¹⁶: “17. El objetivo del art. 3, párrafo 1, es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término “medida” incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas”.

En cualquier caso, además del indudable sesgo de oportunidad política de la Instrucción, la misma partía de un error jurídico y era aplicar la normativa de la emancipación regulada en el Código Civil español a menores de edad no nacionales españoles, en contra de lo que disponía el art. 9.1 CC, que remitía a la ley personal de las personas para determinar su capacidad y que ya había sido apuntada acertadamente por la Circular 3/2001. Para I. E. Lázaro González (2007)³¹⁷ “el razonamiento de la Fiscalía parte de un error. La emancipación – como la minoría de edad- se ajusta a la ley de la nacionalidad del sujeto, y por

³¹⁵ La Instrucción se dicta en el año 2003, cuando España estaba siendo objeto de la llegada masiva de inmigrantes, muchos de ellos menores de edad, en pateras y cayucos, en lo que se denominó coloquialmente “la crisis de los cayucos”. A ello contribuyó la alarma social creada con este fenómeno que lo situó directamente debajo de la primera preocupación de los ciudadanos en esa época que era el terrorismo, así como la falta de medios para hacer frente a esa crisis. A través de la Instrucción se pretendió dar justificación, que no cobertura legal, porque la Instrucción no vincula a los jueces, a repatriaciones o directamente expulsiones totalmente ilegales.

³¹⁶ Esta Observación nº 14 no había sido formulada en el año 2003, pero sin duda a todas luces no hacía falta una declaración del Comité para entender que la instrucción no era conforme al derecho y principio que inspiraba ya toda la legislación española referida a la protección de menores y así lo había confirmado el TC en el ATC 28/2001 de 1 de febrero.

³¹⁷ Lázaro González, Isabel E. 2007. «La aventura migratoria de los adolescentes.» *Op Cit.*

tanto no cabe aplicar sin más el Código Civil español, sino que es preciso examinar si el Derecho de la nacionalidad del extranjero contempla la emancipación y si en la situación concreta, el menor se encuentra emancipado”. También se ha pronunciado al respecto Carrió Sampedro (2004)³¹⁸ cuando reconoce que existe un sector doctrinal que se hace eco de la posibilidad de extender los beneficios derivados de la aplicación del art. 319 del CC “en aquellos casos en los que la falta de prueba o desconocimiento de del Derecho extranjero habilitara la consideración de dicho supuesto y la aplicación residual de la ley española. (...) En efecto, si de por sí resulta ya bastante sorprendente que la misma Fiscalía General del Estado pueda obviar de forma tan manifiesta que la institución de la emancipación, de existir como tal en el país del cual es nacional el menor, debe regirse por la ley personal de éste, lo que ya no parece de recibo es que pretenda extenderse, en claro perjuicio del menor inmigrante, un supuesto de dudosa interpretación en nuestro Derecho interno. Máxime si se repara en el hecho de que en el mismo apartado de la citada Instrucción se apela, de conformidad a lo dispuesto en el art. 9.1 CC, acertadamente a esta ley como única a tener en cuenta para determinar el estatuto personal de éste”.

La Instrucción partía del concepto jurídico de emancipación. La emancipación para O'Callaghan (1997)³¹⁹ “produce en el sujeto una capacidad de obrar restringida: actúa por sí mismo y realiza él actos jurídicos, pero para algunos, necesita un complemento de capacidad que la ley llama asentimiento, autorización o consentimiento para su plena validez”. Nuestro CC regula la emancipación en los arts. 314 a 324³²⁰. La emancipación es causa de extinción

³¹⁸ Carrió Sampedro, Alberto. 2004. «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003» *Op Cit.*

³¹⁹ O'Callaghan, Xavier. 1997. *Compendio de Derecho Civil*. Vol. 1. *Op Cit.* Pp. 276 – 277.

³²⁰ Especial referencia hay que realizar a la derogación de la emancipación de los menores de 14 años a los que se les permitía contraer matrimonio. Efectivamente nuestra legislación contemplaba la posibilidad del matrimonio de los menores de 14 años. Sin embargo, esta posibilidad fue eliminada de nuestro ordenamiento jurídico por el informe realizado por el Comité de Derechos del Niño CRC/C/ESP/CO/3-4 de fecha 3 de noviembre de 2010 que dispuso: “23. El Comité señala que la edad a la que se puede contraer matrimonio en el Estado parte está establecida en 18 años, pero reitera su inquietud por el hecho de que, en circunstancias excepcionales, un juez pueda autorizar el matrimonio a tan solo 14 años de edad (véase CRC/C/15/Add.185). 24. El Comité recomienda al Estado parte que revise su legislación para elevar a 16 años la edad mínima para contraer matrimonio en circunstancias excepcionales y con el permiso de un juez, y que se especifique de manera explícita que se trata de casos excepcionales”.

de la patria potestad (art. 169.2 CC) y de la tutela (art. 276.4º). La Instrucción partía de un solo supuesto de hecho, obviando que podemos estar ante cualquier otro supuesto de MENA. La instrucción parece pensar en todo momento en el caso de que el menor mayor de 16 años lleva con el consentimiento de sus padres a vivir una vida independiente, y que por eso, inicia su aventura migratoria. Así si tenemos en cuenta que según nuestra legislación la emancipación se puede adquirir por la concesión de aquellos que ejerzan la patria potestad (art. 314.2º CC), la consecuencia del planteamiento tenía que ser que efectivamente estaban emancipados y si se les aplicaba esta figura, podrían regir su persona y bienes como si fueran mayores y no necesitaban de protección. Sin duda una interpretación retorcida como bien manifiesta Lázaro González (2007)³²¹ que servía “como argumento para evitar dotar al menor de la protección que otorga el Derecho español a los menores cuya situación de desamparo ha sido declarada”.

Las feroces críticas, dadas con razón, a esta Instrucción, dieron lugar a que la misma a penas llegara a un año de vigencia, siendo finalmente derogada por la Instrucción 6/2004 que se pronunció de la siguiente manera “La Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo ha generado vacilaciones y dudas y, en ocasiones, interpretaciones que no se cohonestan con el principio general de prevalencia del interés superior del menor. Por lo demás, dicha Instrucción entraba en contradicción con anteriores pronunciamientos de la FGE sobre la materia, provocando disfunciones y problemas en cuanto a la definición del tratamiento jurídico aplicable a estos menores”. Y la nueva Instrucción fija directamente dos conclusiones que se alejaban de su predecesora acabando con las vulneraciones de derechos de los menores. Así dispone “1. Se puede establecer con carácter general la presunción “iuris tantum” de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los 18 años” (se acaba así con la presunción de las posibles situaciones de mayorías de edad fijadas en momentos diferentes a los 18 años, por lo que entonces habrá que probar el derecho extranjero y que esa

³²¹ Lázaro González, Isabel E. 2007. «La aventura migratoria de los adolescentes» *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*. 255 (1300): 101-116.

persona que lo invoca es además nacional de ese estado cuyo derecho invoca) y “2. En tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su ley personal, habrá que reputarlo menor a todos los efectos”.

3.3. LA ATENCIÓN INMEDIATA.

Hasta ahora hemos hecho referencia a las figuras jurídicas del riesgo y el desamparo a través de las cuales los poderes públicos deberán dar protección a los menores. Ambas situaciones requieren de una resolución administrativa para que queden constituidas formal y legalmente.

La LOPJM recogió la atención inmediata en el art. 14³²², pero no como una medida de protección propiamente dicha, pues estas se recogían en el art. 12³²³, sino como una figura que ampararía legalmente a la administración en aquellas situaciones en las que el menor debía de ser separado de sus padres o tutores legales de forma inmediata y en tanto se tramitaba el expediente de riesgo o desamparo y hasta que se obtuviera la correspondiente resolución administrativa³²⁴. Sin embargo, ni la redacción original del art. 14 de la LOPJM ni la redacción posterior dada tras la modificación por la Ley 26/2015, establecen

³²² Art. 14 de la LOPJM en su redacción original de 1996: “Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal”.

³²³ Que en la redacción originaria de la LOPJM en 1996 disponía: “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”.

³²⁴ En este sentido se pronuncia Moreno-Torres Sánchez, Julieta 2009. *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi. P. 217: “Debemos cuestionarnos si la atención inmediata puede ser calificada como medida de protección. El Capítulo I del título II de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se denomina Actuaciones en situación de desprotección social del menor. El artículo 12 enmarca dentro de las actuaciones de protección la situación de riesgo y la de desamparo. Seguidamente en los artículos 13 a 16, se desarrollan unos principios generales de obligación de los ciudadanos, deber de reserva, atención inmediata, colaboración y evaluación. Por tanto, por su ubicación sistemática, la atención inmediata debe ser entendida como un instrumento más a tener en cuenta en la protección de los menores, pero no como una medida de protección que requiera un procedimiento de declaración determinado”.

claramente la necesidad de que la administración fijen en una resolución esta situación. De esta forma el menor, ante la ausencia de resolución administrativa, permanecerá a cargo de la Entidad Pública en una situación de hecho, esto es, la Entidad Pública asumirá la guarda de hecho y no de derecho del menor mientras le presta esta atención, situación ésta que debe ser desterrada de cualquier sistema de derecho. Dicho lo anterior, no obstante, podemos también entender por atención inmediata como una situación puntual, que no requeriría de ningún tipo de resolución, pues la misma se agotaría con el cumplimiento del deber humano de dar auxilio a aquella persona que lo necesite en un momento determinado sin que se alargue en el tiempo, pues de lo contrario aparecería la “guarda de hecho”, que como hemos adelantado debe ser desterrada del sistema de protección administrativo. En este último caso, la dificultad sería la determinación de la duración de esa asistencia inmediata que no necesitaría de resolución administrativa.

Respecto al objeto de nuestro estudio, esto es, mientras se sustancia el procedimiento para la determinación de la edad, se origina una situación parecida a la que preveía el art. 14 de la LOPJM cuando la administración debía de asumir de forma inmediata la guarda de un menor; para Moreno-Torres Sánchez (2009)³²⁵ “el supuesto más frecuente de atención inmediata es el de menores inmigrantes no acompañados”. En efecto, la persona que es sometida a un procedimiento de determinación de la edad, debe siempre ser tratado como menor y por lo tanto es sujeto de protección hasta que se determine su edad. Ese periodo de tiempo debe estar bajo la guarda de la administración, quien deberá prestarle la denominada asistencia inmediata, aunque como veremos más adelante nada impediría que conforme a la ley se pudiera declarar su desamparo. Como quiera que es una situación en la que se encuentra el presunto menor, la misma deberá quedar debidamente documentada en la correspondiente resolución administrativa, que dará el título legal a la entidad pública para cumplir con sus funciones.

³²⁵ Moreno-Torres Sánchez, Julieta 2009. *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Op. Cit. P. 218.

El art. 35.3 de la LOEX desde la redacción dada por la LO 8/2000 estableció que cuando se localizara 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...” La LOEX hacía así una remisión a la atención inmediata del art. 14 de la LOPJM. Naturalmente esta asistencia implicaba satisfacer las necesidades básicas y primarias de cualquier persona: habitación, alimento, abrigo, servicios sanitarios urgentes. Pero como ya apuntamos al comienzo del presente epígrafe, mayores cuestiones surgían a la hora de delimitar el contenido jurídico de esta medida: cuánto debía durar, si es necesario que exista una resolución de esta índole antes de la resolución de desamparo, y sobre todo si esta asistencia inmediata permite efectivamente la existencia de un representante o tutor más allá del guardador del centro en el que se prestaba esa asistencia inmediata al presunto menor. No hay que olvidar que el Director del Centro en el que se encuentra el presunto menor es quien ejerce su guarda, pero no es su tutor y por tanto no tiene todas las facultades que se le atribuyen al tutor, incluyendo la importante función de representación del niño.

Así las cosas, es necesario referirnos en nuestro trabajo a la atención inmediata, pues si mantenemos que hay determinados derechos que el menor no puede ejercer por sí mismo y necesita de un representante legal para ello, ¿quién es el representante legal del MENA mientras se determina su edad y solo se le está prestando la atención inmediata que no es una medida de protección de las recogidas en el art. 12 de la LOPJM, y que además no exige, según la redacción legal resolución administrativa?, ¿es necesario que el menor cuente con un representante mientras se determina su edad?

El documento de conclusiones elaborado conjuntamente por las Fiscalías de Sala de Extranjería y de Menores de la FGE, tras el encuentro de Fiscales Especialistas en menores y extranjería, celebrado en Madrid el 20 de abril de 2010³²⁶, sin nombrarla, se refiere a la asistencia inmediata de los MENA y

³²⁶ Documento disponible en la siguiente página de descarga como documento de word: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/fiscal_especialista/extranjeria/documentos_norma

presuntos MENA en la primera de sus conclusiones, al disponer: “la guarda de hecho o tutela provisional por parte de los servicios de protección de menores no se puede prolongar sine die más allá del tiempo necesario para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar la situación real de desamparo. Se considera que a tales efectos, tres meses es un tiempo prudencial, pasado el cual debe procederse a constituir la tutela.” Varias son las críticas que podemos realizar a esta conclusión. En primer lugar, parece que se equipara la guarda de hecho, institución jurídica que sí se recoge en el ordenamiento jurídico, como ya hemos visto, con la tutela provisional, institución esta última que no contemplaba nuestro ordenamiento jurídico, pues lo que sí se recogía era la atención inmediata y la guarda provisional³²⁷. En segundo lugar, se estaba reconociendo de manera errónea y equivocada, por tanto, en la fecha en la que fueron dictadas las conclusiones, año 2010, que la situación de atención inmediata implicaba un supuesto de guarda de hecho, y que por tanto, la administración carecía de título habilitante para la protección jurídica del presunto menor. Respeto a esta última consideración Moreno-Torres Sánchez (2009)³²⁸ mantuvo que “la naturaleza jurídica de la situación en que se encuentran los menores inmigrantes en tanto no se dicta resolución de desamparo, sería posible considerar la misma como un supuesto especial de guarda de hecho, ya que el menor es atendido y está bajo la guarda de la Administración, pero no se ha producido resolución alguna, ni judicial ni administrativa, en este sentido (...) Si el menor permanece bajo la custodia de la administración, tras ordenar el Fiscal, conforme al mencionado art. 35.2 de la LO 8/2000, la puesta a disposición, siendo el director del centro el que ejerce la misma y sin haber declaración de desamparo, nos tenemos que preguntar bajo qué figura de protección está el menor. No existe tutela legal ni administrativa porque no se ha constituido y tampoco se ha dictado resolución de guarda. Puede que nos encontremos ante un nuevo tipo de guarda, asumida

tiva/!ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFszcDBzdPYOdTD08jE3czYEKIoEKDHAARwN8-oNdjaD68ShA0W8RZGxm4Ghh5Obk5OFjZGBhhI_RZAJce7HYwEe_f5-BOWHKSBgf7h-FD4IYB-AFeALYIQT_D18jYAmGPqGmli6GBu4G-K3AuTIgtxQIIgwyPRMVwQAMPe_EQ!!/d15/d5/L2dJQSEvUUt3QS80SmlFL1o2X0IBSEExSVMwSkdMOEYwQUdJU011SEgzS0c2/?numElementosPorPagina=20&paginaDestino=2

³²⁷ Como ya expusimos al referirnos al riesgo y al desamparo, ambas figuras son esencialmente temporales, por lo tanto carece de sentido hablar de tutela provisional como otra medida de protección.

³²⁸ Moreno-Torres Sánchez, Julieta 2009. *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Op. Cit. Pp. 221 – 222.

por orden del Ministerio Fiscal, sin que se pueda encuadrar en los supuestos tradicionales de guarda”. Como venimos manteniendo, no es posible que la administración asuma la guarda de hecho de un menor, pues iría en contra de la seguridad jurídica que debe impregnar sus actos (art. 9.3 CE), y menos aún podemos afirmar que el Ministerio Fiscal tiene competencias para acordar la medida de atención inmediata, y en consecuencia acordar la guarda de derecho del menor, pues esta competencia no encuentra ahora, ni encontraba en el año 2009 amparo en el art. 3 del EOMF.

En cualquier caso, nada impediría que desde el primer momento, el presunto menor fuera declarado en desamparo, puesto que incluso mientras se determina su edad, éste se encuentra solo y sin la correspondiente asistencia a la que hace referencia la Ley para la declaración del desamparo. Desde luego la duración del procedimiento para la determinación de la edad, no puede ser un obstáculo para que no pudiera ser declarado el presunto menor en desamparo a través de su correspondiente resolución y con todos los efectos jurídicos que ésta conlleva, como es la tutela automática por la Entidad Pública, que de inmediato asumiría la representación legal del presunto menor. Y no sería obstáculo porque la declaración de desamparo tiene vocación de temporalidad, y por tanto nada impediría que decretada su mayoría de edad, se revocara esa situación de desamparo y se archivara el expediente. Es más si la edad del MENA resultara indubitada desde el principio, lo lógico es que de manera inmediata se decretara su desamparo y no habláramos de atención inmediata. Si no obstante lo anterior, optamos por la posibilidad legalmente contemplada de la atención inmediata, que parece que conlleva unas notas de mayor provisionalidad, y pudiera encajar en este intervalo de tiempo en el que nos movemos (la determinación de la edad), la misma también deberá de constar en su correspondiente resolución, y garantizar un representante legal al presunto menor.

Pero además del problema de la falta de resolución administrativa que dé cobertura legal a la atención inmediata, siendo competente para ello la Administración, mayores problemas surgen en orden al contenido de la protección jurídica del presunto menor. Estos problemas y deficiencias fueron

puestos de manifiesto por Moreno - Torres Sánchez (2010)³²⁹ “este concepto (*por atención inmediata que precise*) engloba la cobertura de asistencia material referida a la comida, habitación, sanidad... Sin embargo se ha creado en algunos ámbitos la ficción de que estando el menor en atención inmediata goza de protección jurídica. Esto es un error desde el punto de vista jurídico, el menor está bajo la guarda de la Administración, sin constituir legalmente y sin que se haya dictado resolución de desamparo; no existe medida alguna de protección jurídica referida al mismo. Además el menor no está representado legalmente por nadie: no tiene padres, ni tutores que ejerzan esta representación”.

El art. 14 actual viene a responder a algunas de las preguntas anteriores: *“Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal. La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.”* Claramente vemos como la asistencia inmediata viene regular las situaciones urgentes y puntuales en las que una administración debe hacerse cargo de forma inmediata de un menor. Aunque no lo diga expresamente la disposición legal, será necesaria una resolución administrativa³³⁰ que sirva de título jurídico

³²⁹ Moreno - Torres Sánchez, Julieta. 2010. «Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional?» En *Los menores extranjeros no acompañados*. Op. Cit. Pp. 106 - 107.

³³⁰ Art. 172.4 CC: *En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias. Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública.*

bastante para poder asumir la guarda provisional, pues de lo contrario, la administración se comportaría con un guardador de hecho, que como ya hemos manifestado, no debe ser la solución y menos en el ámbito de la actuación pública. La resolución administrativa por tanto es de capital importancia pues da forma y existencia legal a una situación de hecho, es un reconocimiento oficial de que la administración está dando protección a un menor; además al ser una resolución administrativa, ésta deberá estar motivada y además podrá ser impugnada.

Esa resolución fijará de inmediato, una fecha a partir de la cual se podrá comenzar a contar los plazos para otros importantes procedimientos legales que afectan al MENA, como su residencia, o incluso la adquisición de la nacionalidad española. Si bien la ley así lo prevé la realidad es que a día de hoy la administración no está adoptando estas decisiones, inercia que debe cambiar y en definitiva proceder al cumplimiento estricto de la ley, pues también con esta actuación se redonda en el interés del menor.

Sin embargo a pesar de que debemos alabar esta regulación, consideramos que la figura no resuelve los problemas apuntados por Moreno - Torres Sánchez, puesto que en la asistencia inmediata, nadie tiene la representación legal o la tutela del menor o presunto menor, pues lo único que se regula es una guarda provisional del menor, como la que también recoge el art. 172 bis del CC³³¹.

³³¹ 1. Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo. La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades. La resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal. 2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo

A este respecto, hemos de decir que el problema de la figura que deba hacerse cargo del MENA no está tampoco resuelta de manera armónica en la UE, ni por las legislaciones de los Estados Miembros, y así lo pone de manifiesto la Agencia Europea de Derechos Humanos (FRA) en su informe de 2015 “Guardianship for children deprived of parental care”³³² y en su memoria anual de 2017³³³. Mantiene la Agencia, que el concepto de “guardian”³³⁴ no está claramente definido en la legislación de la UE. Así las Directivas usan términos diferentes como “guardian”, “representative”³³⁵, por lo que la Comisión Europea propuso en 2016 una revisión del término, en una nueva propuesta de la Directiva 2013/33/UE³³⁶ que sustituyera el término representante por “guardian”

acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente.

³³² Disponible en el siguiente enlace de descarga en inglés https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/guardianship_systems_for_children_deprived_of_parental_care_in_the_european_union_en.pdf Traducido al español en el siguiente enlace de descarga https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwixuvuwjlvVAhUFL1AKHVfcClgQFggtMAA&url=http%3A%2F%2Ffra.europa.eu%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ffra_uploads%2Ffra-2014-guardianship_es.pdf&usq=AFQjCNH20by34fZEXID5MAS8RP_2pNfl4g

³³³ Disponible en el siguiente enlace de descarga en inglés <http://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/publications/annual-reports/fundamental-rights-2017#child-rights>

³³⁴ Término en inglés que es definido por Diccionario de Oxford como “persona que legalmente es responsable del cuidado de otra que está incapacitada para manejarse por sí misma, especialmente niños cuyos padres han muerto”. Dicho término en español puede ser traducido como tutor (Collins Dictionary).

³³⁵ El término “guardian” es utilizado en el art. 14 de la versión inglesa de la Directiva 2011/36/UE (Directiva para prevenir y combatir el tráfico de seres humanos); en tanto que el término “representative” es utilizado en el art. 24 de la Directiva 2013/33/UE (por la que se aprueban las normas de acogida para los solicitantes de protección internacional), y en el art. 25 de la Directiva 2013/32/UE (sobre los procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional). Estos conceptos han sido traducidos a las versiones de las Directivas en español como “tutor o representante legal” en el primer caso y de “representante” en los otros dos casos.

³³⁶ COM(2016) 465 final; 2016/0222 (COD). Brussels 13.7.2016. Concretamente el art. 24 propuesto establecería lo siguiente al respecto del representante del menor: “Member States shall as soon as possible ⇒and no later than five working days from the moment when an unaccompanied minor makes an application for international⇐ protection take measures to ensure that a “guardian” ~~representative~~ represents and assists the unaccompanied minor to enable him or her to benefit from the rights and comply with the obligations provided for in this Directive. ⇒ The guardian appointed in accordance with Article [22] of Regulation (EU) No XXX/XXX [Procedures Regulation] may perform those tasks.⇐ The unaccompanied minor shall be informed immediately of the appointment of the “guardian” ~~representative~~. ⇒Where an organisation is appointed as guardian, it shall designate a person responsible for carrying out the duties of guardian in respect of the unaccompanied minor, in accordance with this Directive.⇐ The ⇒guardian⇐ ~~representative~~ shall perform his or her duties in accordance with the principle of the best interests of the child, as prescribed in Article 22 ~~23~~ (2), and shall have the necessary expertise to that end ⇒and shall not have a verified record of child-related crimes or offences⇐. In order to ensure the minor’s well-being and social development referred to in Article 22 ~~23~~ (2)(b), the person acting as ⇒guardian⇐ ~~representative~~ shall be changed only when necessary. Organisations or individuals whose interests conflict or could potentially conflict with those of the

cuya función estaría limitada a la representación legal del menor en este procedimiento³³⁷, y debería ser nombrado en el plazo de cinco días laborables contados a partir del momento en el que se solicite el asilo. Sin embargo, a pesar de ello, la Comisión Europea, en la revisión del Reglamento de Dublín para los procesos de concesión de asilo, no se refiere al “guardian” sino al “legal representative”.

De todo lo expuesto creemos que nada obstaría, como ya apuntamos más arriba, a declarar cuando estamos ante un presunto MENA desde el inicio, esto es desde la localización del mismo, la situación del desamparo, permitiendo así que la entidad pública pueda asumir la tutela desde el primer momento, pues de lo contrario el presunto MENA, carecería de cualquier representante legal que defendiera sus intereses, máxime cuando carece de asistencia letrada, y además en el caso de no existir resolución expresa, nada podría ser cuestionado, pues no habría resolución que recurrir. Si no se acogiera esta posibilidad, la misma podría también ser resuelta, superando la controversia nominal, mediante el nombramiento de un letrado de forma inmediata a la localización del mismo que asumiera a modo de la figura del “guardian” que propone la UE, en la reforma de la Directiva 2013/33/UE, o como “legal representative” tal y como propone en la revisión del Reglamento de Dublín, la representación legal del presunto MENA en este periodo de tiempo en el que se determina su edad, quien además por sus condiciones de madurez además ya podría intervenir ante las administraciones públicas.

unaccompanied minor shall not be ~~eligible to become~~ ⇒appointed as guardians←
representatives. Regular assessments shall be made by the appropriate authorities, including as
regards the availability of the necessary means for representing the unaccompanied minor.

³³⁷ Procedimiento que no recoge ningún precepto en orden a la determinación de la edad, como sí hace la Directiva 2013/32/UE.

CAPÍTULO III. LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD NO ACOMPAÑADO.

Definido el concepto de MENA, nos centraremos ahora en aquellos derechos que forman parte de su estatuto jurídico y que especialmente están relacionados con el objeto de esta investigación. No haremos aquí un exhaustivo estudio de todos los derechos del menor, pues no es este el objeto de nuestra investigación, sino solo aquellos derechos que deberán tener reflejo en cualquier procedimiento que se tenga por objeto la adopción de una decisión que afecte a la vida del menor.

Como ya hemos adelantado en el Capítulo anterior, la posición de los niños en la sociedad no siempre ha sido la misma, y solo tras la CDN, éstos han sido considerados como titulares de derechos, y no como únicamente objeto de protección. Será necesario antes de analizar aquellos derechos que cobran una especial relevancia y significación en nuestra investigación, acercarnos someramente a esta evolución, pues no hemos de olvidar que los derechos de los niños quedan dentro del ámbito de los Derechos Humanos de los que disfrutan por el hecho de ser seres humanos. Seguidamente y de acuerdo al objeto de nuestro estudio, nos detendremos en aquellos derechos que deberán ser tenidos en cuenta en el procedimiento para la determinación de la edad pues cualquier modelo existente o que se pueda proponer deberá cumplir necesariamente con los mismos. Y es en este sentido en el que afectarán a nuestra conclusión y propuesta final. Los derechos a los que nos referiremos son: el superior interés del menor, el derecho a ser oído, el derecho a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada.

1. EL NIÑO COMO TITULAR DE DERECHOS.

Los niños, como seres humanos, son titulares de todos los Derechos Humanos. Para Peces-Barba (1998)³³⁸ “los Derechos Humanos representan el contenido esencial de la ética pública de la modernidad, la moralidad central que se realiza en plenitud a través del Derecho, y que expresa también la legitimidad del poder político en las sociedades democráticas (...) El fundamento de los derechos es la idea de dignidad humana (...) Los grandes valores de la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, que derivan de la dignidad humana, y que son cauces para su realización práctica en el mayor número posible de personas, fundamentan directamente a los derechos, desde la raíz última que es la dignidad”.

A pesar de la importancia que los Derechos Humanos tienen actualmente en nuestras sociedades democráticas, fundamentados en la dignidad humana, éstos solo cristalizaron en textos jurídicos a partir de las grandes revoluciones liberales con las que dio comienzo la Edad Contemporánea, si bien son las ideas de la Ilustración y la aparición de la nueva clase burguesa, los detonantes de la reivindicación de los mismos³³⁹. A partir de ese momento se han sucedido las

³³⁸ Peces-Barba, Gregorio. 1998. «El fundamento de los Derechos Humanos.» *Temas para el Debate*. (45-46): 20-22.

³³⁹ Así lo ponen de manifiesto Truyol Serra, Antonio. 1984. *Los derechos humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*. 3ª edición. Madrid: Tecnos. Pp.12 - 17 “Al tratar de evocar la trayectoria histórica de los derechos humanos, no podemos prescindir de un dato inicial en el que demasiadas veces no se repara, a saber: que la conciencia clara y universal de tales derechos es propia de los tiempos modernos. (...) En la Europa de los siglos XVII y XVIII, el tema de la tolerancia y la libertad religiosa (que comenzó con la Reforma protestante a la que le siguió la contrarreforma) y de conciencia siguió en un primer plano de las controversias, si bien ahora, en medida creciente, desde una perspectiva más filosófica que teológica y en el marco ya de los derechos civiles y políticos en general. Es patente en esta fase la influencia del nuevo espíritu crítico de la Ilustración del deísmo. (...) A lo largo de los s XVII y XVIII el problema del derecho a la libertad religiosa y de conciencia fue asociándose al problema de los derechos civiles y políticos en general. La reivindicación de éstos se desarrolla, en efecto, con la ascensión de la burguesía, que reclama la supresión de los privilegios de la nobleza y la igualdad ante la ley. Su ideario es el liberalismo, de signo individualista; los derechos fundamentales que se subrayan son los derechos de libertad entre ellos el de propiedad”; y Peces-Barba, Gregorio. (Con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón). 1995. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III Madrid y Boletín Oficial del Estado. Pp. 138 -139 “En su origen, el consenso que construye la idea de los derechos fundamentales, parte de un diseño anterior sobre la situación de la Monarquía absoluta. El punto de partida será ese desacuerdo, y esa imposibilidad de desarrollar los planteamientos individualistas de la burguesía en el marco político cerrado. Primero, burguesía y monarquía fueron aliadas para acabar con el universo medieval, y porque el nuevo poder centralizado proporcionaba la seguridad que la burguesía reclamaba inicialmente. Cuando ésta

llamadas generaciones de Derechos Humanos, perteneciendo los derechos de los niños a la llamada cuarta generación de Derechos Humanos aparecida en el siglo XX³⁴⁰. Según Peces-Barba (1998) la cuarta generación de Derechos Humanos se “consolida con la aparición en este siglo de los derechos de las personas concretas, de aquellos pertenecientes a colectivos identificables y que no abarcan a todos los derechos, ni a todos los ciudadanos (...) Surgen para proteger a esos grupos que, por distintas razones están situados en inferioridad de condiciones en las relaciones de la vida social. Así los derechos de la mujer, los derechos de los niños y de los ancianos, que por una inferioridad derivada de la edad necesitaban una especial protección; los derechos de los consumidores y de los usuarios, los derechos de personas situadas en régimen de sujeción especial como los enfermos, presos o los soldados”.

consolidó su fuerza social, necesitó abrir los horizontes políticos e impulsó el disenso junto con los humanistas, los funcionarios, con los científicos y los pertenecientes a sectas o Iglesias no coincidentes con la religión del monarca. En ese segundo momento, burguesía y monarquía fueron adversarias. Se trataba de un disenso, punto de partida de la construcción de un consenso. Si se desconfiaba y se rechazaba un poder absoluto, arbitrario y por encima de la Ley, se debía construir una filosofía que limitase, regulase y racionalizase ese poder. En ese consenso que es el del incipiente constitucionalismo del Estado liberal, surgirá la filosofía y el Derecho positivo de los derechos fundamentales”. También Peces-Barba, Gregorio. 1998. «El fundamento de los Derechos Humanos.» *Op. Cit.* “Los derechos humanos son un concepto histórico del mundo moderno (...) que cristaliza en tres grandes revoluciones liberales (la inglesa del XVII y la americana y la francesa del siglo XVIII) y que se desarrollan y generalizan en los siglos XIX y XX”. No obstante como mantiene Ibarra, Esteban. 1998. «Derechos de solidaridad.» *Temas para el debate* (45-46): 30-33 “el deseo de atenerse a la justicia, de no dejar que triunfe el más fuerte, el más astuto o el más violento; el deseo de que el huérfano, la viuda, el enfermo, el anciano, el discapacitado, el extranjero... reciban un trato digno, simplemente porque son seres humanos, por solidaridad y justicia, ha sido una constante histórica, de antiguas raíces, plasmadas en innumerables declaraciones de diversas tradiciones religiosas, culturales y sociales, que son el precedente de la inmensa labor desarrollada durante milenios para implantar una vida más justa y más libre, y que se ha venido a denominar la generación cero de los Derechos Humanos”.

³⁴⁰ Ibarra, Esteban. 1998. «Derechos de solidaridad.» *Op. Cit.* “El concepto de generación, cuando se aplica a los derechos humanos, responde a dos criterios, uno histórico y otro temático, que se combinan de forma inextricable”. Siguiendo a Peces-Barba, Gregorio. 1998. «El fundamento de los Derechos Humanos.» *Op. Cit.* “La primera generación de los derechos está formada por los derechos individuales y civiles y las garantías procesales y por una proclamación genérica de los políticos, como derechos de participación en la formación de la voluntad del poder (...) La segunda generación se situará ya en el siglo XIX, con el impulso del liberalismo progresista y del socialismo democráticos, y comprenderá el derecho de asociación y el sufragio universal. Ambos favorecen la generalización de los derechos civiles y políticos, y la progresiva participación de la clase trabajadora en el Estado parlamentario representativo. Los derechos de la tercera generación, son ya unos derechos específicos de quienes no tienen posibilidad de disfrutar de esos bienes por sí mismos sino que necesitan del apoyo público para la educación, para la protección de la salud o para asegurarse ante la vejez y la enfermedad (...) Son derechos que pretenden una homogeneidad social mínima (...) Son los primeros derechos que no son de todos, hombres y ciudadanos, sino sólo de quienes necesitan una acción promocional positiva de los poderes públicos”.

Los niños como grupo de personas de especial protección, no siempre han tenido la misma consideración en la sociedad. Según Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso (2016)³⁴¹ el niño “en cuanto ser humano tenía cierta autonomía era considerado como una especie de adulto pequeño que no tenía un espacio propio en la sociedad (...) hasta el siglo XVIII las referencias a los niños que aparecen en las fuentes suelen ser bastantes marginales”. El Derecho Romano los consideró como un mero objeto de propiedad del paterfamilias³⁴². Siguiendo con Santa María Gómez-Mampaso (2016) “desde el siglo XVIII, durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX el niño va a ser considerado más como un objeto de protección que como titular de derechos. El interés que inicialmente se pretendía proteger y satisfacer era, en términos generales, el de la propia sociedad, no tanto el del menor (...) Será durante el siglo XX cuando el menor empiece a ser considerado como un individuo cuya opinión ha de tenerse en cuenta en la toma de decisiones que le afecten y que se erige como titular de unos derechos propios, de carácter tanto general –los que se conceden a cualquier persona por el hecho de serlo- como particular, es decir, aquellos que son exclusivos de los niños”.

En consonancia a lo manifestado por Peces Barba (1998) respecto a los derechos del niño como Derechos Humanos de la cuarta generación, Acebal Monfort (2010)³⁴³ mantiene que “es necesario hablar de sus derechos de forma específica porque necesitan una mayor protección dada su fragilidad e

³⁴¹ Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, Blanca. 2016. «En busca del concepto de "menor de edad" en la España contemporánea (Siglos XIX - XX).» En *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia.*, de Clara Martínez García, 45-70. Pamplona.: Thomson Reuters. Aranzadi. Pp. 45 – 46.

³⁴² García Garrido, Manuel J. 1988. *Derecho Privado Romano. Acciones, casos, instituciones.* 4ª edición. Madrid: Dykinson. Pp.692 – 696. “El paterfamilias tiene un poder pleno e ilimitado sobre todos los miembros de la familia (...) El poder del padre sobre los hijos es la *patria potestas*. El poder absoluto y pleno del padre comprende los siguientes derechos: *Ius vitae et necis*, derecho a la vida y muerte, si bien desde el principio tuvo importantes limitaciones desde sus orígenes. *Ius vendenti*, derecho de vender como esclavo al hijo de familia en territorio extranjero, y al igual que el anterior también tenía importantes limitaciones. *Ius noxae dandi*, derecho del padre de entregar el hijo de familia al perjudicado por un acto ilícito cometido por el hijo con la finalidad de liberarse de la responsabilidad contraída. *Ius exponendi*, derecho de exponer o abandonar al hijo recién nacido”.

Si bien, hoy en día esta concepción está totalmente desterrada fundamentada en la dignidad de todas las personas que impide que las mismas puedan ser cosificadas, aún quedan vestigios de esa concepción patrimonialista de los hijos en el argumentario y subconsciente actual, del que los juicios de familia son claros ejemplos. Por la experiencia propia, aún los niños son considerados como objetos con los que se transige en acuerdos judiciales.

³⁴³ Acebal Monfort, Luis. 2010. «Los derechos del niño.» *Temas para el debate* (191): Pp. 40-42.

inmadurez. Considerar el niño como sujeto de derechos es mucho más que contemplar solo los aspectos relativos a su bienestar económico, social y cultural ya que además es titular de derechos de libertad personal, civiles y políticos. En la historia de la humanidad los adultos se han aprovechado de la fragilidad de los niños y más aún de las niñas, al servicio de sus intereses más egoístas, disponiendo de la vida y la integridad infantil de las más variadas formas injustas”. Su protección no solo es competencia de sus padres y guardadores, sino de las instituciones públicas, administraciones y en suma de toda la sociedad que deberá velar por el bienestar de las generaciones futuras.

Ha sido a partir de la CDN³⁴⁴, cuando por fin en un texto jurídico internacional se cristalizan los derechos del niño, no como objeto de protección sino situándolo como titular de los mismos a la vez que se le reconocía el derecho de ser protagonista de su propia vida³⁴⁵.

La CDN se basa en cuatro principios que se configuran como derechos fundamentales: a) la no discriminación (art. 2); b) el interés superior del niño (art.3); c) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y d) el respeto por las opiniones del niño (art. 12).

Además de estos principios y derechos que constituyen los pilares de la Convención, ésta recoge todos los derechos que se reconocieron en la primera

³⁴⁴ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Texto íntegro disponible en la siguiente página web visitada el día 23 de enero de 2017: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> Actualmente forman parte del mismo todos los países del mundo excepto Estados Unidos y Sudán del Sur.

³⁴⁵ Quedaban así superados la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño auspiciada por la Sociedad de Naciones, y por la labor de Eglantyne Jebb, fundadora de Save the Children. Era un texto que reconocía los derechos específicos de los niños y niñas en cinco artículos de carácter estrictamente sociales y de asistencia. El segundo texto vendría redactado por la ONU tras los estragos de la Segunda Guerra Mundial: la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 (disponible en el siguiente enlace de descarga <http://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2013/09/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o1.pdf>) Para Cillero Bruñol, Miguel. 2016. «La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Introducción a su origen, estructura y contenido normativo.» En *Tratado del Menor*, de Clara Martínez García, 85 - 122. Pamplona.: Aranzadi S.A. P.89 “es un texto que ya desde su título, se inscribe como un instrumento de derechos humanos y no solo de bienestar. No contempla sólo deberes, sino que declara derechos y, particularmente insta en su preámbulo a que los Estados los reconozcan. (...) Desde el punto de vista de la concepción jurídica de la infancia se ha criticado que la Declaración no reconociera a los niños como personas competentes para ejercer sus derechos; que no estableciera derechos civiles y políticos; y que en general, fuera un documento en que primara la idea de protección por sobre la de titularidad de derechos de los niños”.

y en la segunda y en la tercera generación de derechos. Los menores de edad gozan por tanto, de los mismos derechos que los mayores de edad y que son recogidos no solo en la CDN sino también en las llamadas partes dogmáticas de las Constituciones de los Estados Democráticos y de Derecho y de los textos de organismos internacionales como el Consejo de Europa o la Unión Europea. En primer lugar, como ya hemos manifestado gozan del derecho a la dignidad como persona y por lo tanto a la no discriminación, o el derecho a la igualdad. Derivado de lo anterior los derechos de la personalidad: derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, intimidad e imagen, a la identidad personal, información, a la libertad ideológica, creencias y religión; también a derechos civiles: libertad de participación, asociación, reunión, expresión; derechos sociales: educación, sanidad, a la familia, a ser beneficiarios de la seguridad social, a disfrutar de un nivel de vida adecuado. Sin embargo, carecen de derechos netamente considerados “*strictu sensu*” como políticos, como el derecho al sufragio tanto pasivo como activo. Y decimos “*strictu sensu*”, puesto que cada vez más los menores pueden participar en las comunidades en las que ellos son protagonistas, como por ejemplo en las escuelas o centros educativos donde se les reconoce el derecho a votar a sus representantes escolares³⁴⁶.

Como menores extranjeros, al igual que ocurre con las personas mayores de edad, gozan del derecho a la no devolución (non-refoulement), principio y

³⁴⁶ Esta posibilidad ya se recoge en la Observación General nº 20 (CRC/C/GC/20) cuando dispone: “24. El Comité destaca la importancia de la participación como un instrumento de compromiso político y civil mediante el cual los adolescentes puedan negociar y promover que se hagan efectivos sus derechos, y hacer que los Estados rindan cuentas. Los Estados deben adoptar políticas encaminadas a aumentar las oportunidades de participación política, que es fundamental para el desarrollo de una ciudadanía activa. Los adolescentes pueden establecer contactos con sus pares, participar en procesos políticos y aumentar su sentido de capacidad de acción para tomar decisiones y opciones bien fundadas y, por tanto, deben recibir apoyo para formar organizaciones mediante las que puedan participar en diversos medios, como los medios de comunicación digitales. Si los Estados deciden fijar la edad mínima para votar por debajo de los 18 años, deben invertir en medidas que ayuden a los adolescentes a comprender, reconocer y cumplir su función como ciudadanos activos, entre otras formas, impartiendo formación cívica y sobre los derechos humanos, e identificando y abordando los obstáculos que dificultan su compromiso y participación. 25. El Comité observa que la comprensión y la toma de conciencia por parte de los adultos del derecho de los adolescentes a la participación es importante para que estos últimos disfruten de ese derecho, y alienta a los Estados a que inviertan en iniciativas de formación y sensibilización, en particular para los padres y otros cuidadores, los profesionales que trabajan con y para los adolescentes, los encargados de formular políticas y los responsables de tomar decisiones. Se necesita apoyo para que los adultos puedan convertirse en mentores y facilitadores a fin de que los adolescentes puedan asumir una mayor responsabilidad respecto de su propia vida y la vida de quienes los rodean”.

derecho básico en materia de asilo³⁴⁷. Este derecho, no puede ser confundido con el principio de no expulsión de los menores extranjeros, pues ningún menor podrá ser expulsado y solo si concurren los requisitos necesarios podrá ser repatriado a su país de origen para ser entregado bien a su familia, bien a los servicios sociales si éstos gozan de las garantías necesarias para la adecuada protección del menor.

Por último como menores de edad, además se les reconoce derechos específicos que deben ser también promovidos por los Estados. Así la CDN hace referencia al derecho al juego (art. 31); a ser respetados como minorías étnicas (art. 30); a la protección contra el trabajo nocivo para su salud (art. 32); a ser protegido del uso de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 33); a ser protegido de la explotación y abusos sexuales, incluyendo la prostitución y la pornografía (art. 34); a evitar la venta, tráfico y trata de niños; a evitar cualquier forma de explotación (art. 36).

Examinada la CDN podemos extraer tres consecuencias: a) que el niño es titular de derechos; b) que el Estado se configura como titular de la obligación de garantizarles su ejercicio y c) que la familia, educadores, entidades sociales, están sujetos a las responsabilidades sobre la tutela de sus derechos y su correcto ejercicio. Esta última conclusión nos lleva por lo tanto al concepto de la solidaridad de las responsabilidades respecto a los menores que si bien no se recoge expresamente, de la interpretación omnicomprendensiva de todos los artículos que conforman la primera parte de la Convención, queda totalmente patente que si bien son los padres y las familias los primeros que deben de velar por los derechos de sus hijo, el Estado como ente y complejo formado por varias administraciones y órganos también es responsable en última instancia de velar por los derechos de los menores, removiendo los obstáculos que impidan su

³⁴⁷ La prohibición de devolución viene contemplada en el art. 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (BOE núm 252 de 21 de octubre de 1978): *“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.”* Es el art. 22 de la CDN el que se dedica a la protección de los niños refugiados estableciendo las líneas básicas de actuación de los Estados en consonancia a los convenios internacionales.

completo ejercicio. Toda la sociedad por lo tanto está comprometida con la promoción, tutela y ejecución de los derechos de los menores.

¿Cómo ha influido esta labor normativa de las Naciones Unidas en nuestro ordenamiento jurídico? La CE comienza el Capítulo III del Título I, referido a los “Principios rectores de la política social y económica” con el art. 39 que reconoce la protección integral a la familia y a los hijos. El apartado 4 establece que *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Así pues la Constitución ya vinculaba nuestra legislación a todos los tratados internacionales en la materia, y especialmente a los emanados de las Naciones Unidas³⁴⁸. Otra de las observaciones importantes que hay que hacer, es que el artículo se refiere a todos los niños sin distinción de ningún tipo evitando así cualquier discriminación. Y así lo dispuso el TC al considerar que todos los menores de edad tienen los mismos derechos. Las personas menores de edad tienen un estatuto de derechos indisponible, que les corresponde por el hecho de serlo y que, por tanto, no admiten que se introduzcan diferencias o matices relacionadas con la nacionalidad o cualquier otro elemento. La STC 141/2000, de 29 de mayo³⁴⁹, en el Fundamento Jurídico 5º señala que *“la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, constituyen el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 de la CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”*.

El art 3 de la LOPJM se hace eco de esta interpretación y dispone: *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de*

³⁴⁸ En semejantes términos la CE se pronuncia en el art. 10.2 CE en referencia a la interpretación de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas que deberá de hacerse conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

³⁴⁹ BOE núm 156 de 30 de junio. ECLI:ES:TC:2000:141.

nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional”.

Ante el reconocimiento de estos derechos, nos debemos preguntar si existen mecanismos que velan por la exigencia en su cumplimiento y que por lo tanto no sean meras declaraciones de principios.

La protección de estos derechos se realiza a través de los tribunales nacionales, pero esta posibilidad implicará una importante dispersión de soluciones, que solo vinculará al Estado ante el que se haya invocado el derecho que se haya entendido vulnerado. Los derechos contenidos en la CDN, en tanto que han sido incorporados a las legislaciones internas de los Estados, podrán ser invocados ante los tribunales nacionales³⁵⁰. No obstante ello no ha sido óbice para que existan violaciones inexplicables de los derechos reconocidos en la CDN en países de los que podemos denominar de “amplia y extensa cultura y tradición democrática y social”. Es por ello por lo que no podemos dejar de hacer mención a las funciones del Comité de los Derechos del Niño³⁵¹, quien a través

³⁵⁰ A diferencia de lo que acontece con la propia “Declaración de Derechos del Hombre” de 10 de diciembre de 1948 que pese a su importante trascendencia según manifiesta Truyol Serra, Antonio. 1984. *Los derechos humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales. Op. Cit.* P.31 “la Declaración no concede a los individuos un derecho de acción o de petición ante los órganos de la ONU para asegurar la realización efectiva de los derechos en cuestión. En relación con la realización efectiva, constituye precisamente un problema cual sea la obligatoriedad jurídica internacional positiva de la Declaración toda vez que la Asamblea General de la ONU solo tiene en principio competencia para hacer recomendaciones de los organismos internacionales. Por de pronto nadie discute la obligatoriedad moral de la Declaración Universal de los derechos humanos. Jurídicamente su significación no es otra que la de una pauta superior de inspiración y criterio superior de interpretación para los órganos llamados a configurar, desarrollándolo convencional o consuetudinariamente y en todo caso aplicándolo por vía judicial o arbitral el derecho internacional positivo. (...) La Declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y como tal fuente de un derecho superior cuyos principios no pueden desconocer sus miembros”.

³⁵¹ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN por los Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de los

de sus observaciones generales, observaciones finales y recomendaciones a los Estados, realiza una importante labor de interpretación de la Convención y de control sobre la aplicación de ésta en los distintos Estados, observándose cómo existe un interés positivo de éstos en aceptar y cumplir con sus obligaciones.

En el marco del Consejo de Europa sí existe una herramienta judicial que puede unificar la doctrina referida a la aplicación de los Derechos Fundamentales y que están recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁵². Así lo expresa Senovilla Hernández (2006)³⁵³ “en contraste con esta falta de “contundencia” de que adolecen los mecanismos de control de la Convención de Derechos del Niño, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es un instrumento dotado de un sistema coercitivo propio que como bien lo indica Ortiz Pica, constituye su principal acierto. Su gran innovación es que los particulares pueden denunciar ante un Tribunal Internacional las supuestas violaciones de sus derechos que un determinado Estado haya podido cometer contra su persona. Este Tribunal, el de Estrasburgo, puede asimismo obligar a los Estados la restitución y compensación de las víctimas. Las sentencias del Tribunal son obligatorias. Por eso en la materia de derecho de menores y de MENA, también hay que tener en cuenta las decisiones de este Tribunal, pero sobre todo la posibilidad de denunciar casos de abusos y violaciones de los derechos fundamentales de este colectivo de menores extremadamente vulnerable ante esta instancia judicial”. En este sentido la sentencia examinada por Senovilla

dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de los niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". El Comité examina los informes adicionales que deben presentar los Estados que se han adherido a los dos protocolos facultativos de la Convención. El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas (Información obtenida de la página web visitada el día 23 de enero de 2017: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>)

³⁵² Este instrumento es el TEDH, un tribunal de carácter internacional, cuya importante característica es el permitir a los particulares que se encuentren en algún Estado Miembro del Convenio de Derechos Humanos y que por tanto forme parte del Consejo de Europa, acudir de forma individual al Tribunal en la defensa de los derechos que crean que han sido vulnerados por el Estado, una vez que se hayan agotado todas las vías judiciales internas.

³⁵³ Senovilla Hernández, Daniel. 2006. «Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica.» *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (13): 187-198.

Hernández (2006) referida a la menor congoleña de cinco años Mubilanzila Mayeka³⁵⁴ (conocida como Tabita), quien estuvo varios días sola en el aeropuerto de Bruselas y que fue repatriada también sola al Congo sin que nadie se hiciera cargo de ella, supuso un duro revés para Bélgica por la cantidad de derechos fundamentales que le fueron vulnerados a una menor de tan solo 5 años y que pusieron en evidencia los intereses de la política migratoria del país frente a los derechos ya no del niño, sino de la propia dignidad de un ser humano totalmente vulnerable; que hizo que se procediera al cambio legislativo del tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en ese país.

En lo que a España se refiere, además de poder acudir, directamente el interesado al TEDH, la protección y garantías de los Derechos Fundamentales, puede ser realizado a través de los tribunales ordinarios y del recurso de amparo ante el TC, lo dispuesto en el art. 53.2 CE, así como a través de las funciones del Defensor del Pueblo (art. 54 CE).

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El interés superior del menor es un derecho específico y sustantivo del menor, al tiempo que es también un principio general y básico del derecho³⁵⁵ que debe inspirar la totalidad de las acciones que tengan algún tipo de implicación sobre la vida del niño y sean adoptadas por los poderes públicos, administraciones, autoridades, agencias y particulares. Como norma de procedimiento implica la existencia de garantías procesales a la hora de tomar una decisión que afecte a un menor. Si bien como ya adelantamos en el apartado anterior son cuatro los cimientos sobre los que pivota la CDN y que fundamentan el llamado “Derecho del Menor”, son el interés superior del menor y el derecho a ser oído, los derechos que son exclusivos y característicos del mismo, puesto

³⁵⁴ ECLI:CE:ECHR:2006:1012JUD001317803 disponible en el siguiente enlace de descarga <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77447>

³⁵⁵ Con el valor de fuente del derecho tal y como reconoce el art. 1.4 CC.

que el derecho a la vida, al desarrollo y a la supervivencia son predicables también de cualquier otro grupo humano, al igual que la no discriminación. Concretamente a través del interés superior del niño se pretende canalizar el desarrollo holístico del niño. Que se haya calificado un interés de “superior” no es gratuito, así para Acebal Monfort (2010)³⁵⁶ “no es mera afirmación retórica de la importancia del interés del niño. Es un comparativo: relacionado, pues, con intereses de otros. Se trata de que tal interés prevalece sobre el de los demás, sus padres o sus educadores para empezar. Así, cuando estos antemponen sus propios intereses a los del niño –lo que es un hecho asombrosamente frecuente– están violándose sus derechos”. Pero no solo se trata de no hacer prevalecer el interés de los padres o educadores, sino también de todos los poderes públicos y del propio Estado. Así pues frente a cualquier interés legítimo del Estado, que se plasme en cualquier criterio político, plan de actuación o normativa, el interés superior del menor estará por encima de éste y deberá ser tenido en cuenta de forma prioritaria.

Así se pronuncia el TC en la STC 141/2000 de 29 de mayo³⁵⁷ en el Fundamento Jurídico 5º, al respecto: *“Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño. En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo*

³⁵⁶ Acebal Monfort, Luis. 2010. «Los derechos del niño.» *Op. Cit.* P.41.

³⁵⁷ BOE núm 156 de 30 de junio. ECLI:ES:TC:2000:141

siempre presente el "interés superior" de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)".

La CDN se refiere al mismo en el art. 3.1 "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"³⁵⁸.

En España, la doctrina ha sido unánime en entender que nos encontramos ante un "concepto jurídico indeterminado"³⁵⁹. La concreción de lo que debe entenderse por tal puede ser realizado como manifiesta Otaegui Aizpurua (2017)³⁶⁰ bien "a través de cláusulas generales en los ordenamientos jurídicos latinos y germánicos o bien a través de una lista de criterios explícitos, a tener en cuenta por el intérprete a la hora de adoptar su decisión y unas situaciones en las que se incluye el concepto indeterminado y que servirán al intérprete como guía para adoptar la misma".

Así lo manifiesta Guilarte Martín-Calero (2014)³⁶¹: "se apunta también, con

³⁵⁸ No obstante en otros artículos de la CDN también se hace referencia al interés superior del menor: arts. 9, 18, 20, 21, 37, 40.

³⁵⁹ Como explican García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. 2015. *Curso de Derecho Administrativo I*. 17ª edición. Pamplona: Civitas. Thomson Reuters. (Capítulo VII de la versión electrónica sin paginar) no podemos confundir el ámbito de libertad estimativa que comporta la actividad discrecional de la administración pública, con el supuesto de aplicación de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados". Para estos autores "con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto (...) La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La Ley utiliza conceptos de experiencia o de valor porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto (...) Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de actuación justa en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto y no de volición".

³⁶⁰ Otaegui Aizpurua, Idoia. 2017. *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi. Pp. 71-72.

³⁶¹ Guilarte Martín-Calero, Cristina. 2014. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch. También se manifiesta en este sentido Rivero Hernández, Francisco. 2007 en *El interés del menor*. 2ª edición. Madrid: Dykinson. Pp. 70-71: "El

carácter general, que la naturaleza de este principio responde a la de los conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto requiere una valoración y una ponderación de las circunstancias concretas que, en cada caso, deberá realizar el juez, utilizando distintos criterios de integración de ese principio general que le permitan adoptar la decisión que mejor protege el concreto interés de ese menor en particular. Las situaciones de conflicto en las que el interés del menor debe ser protegido frente a cualesquiera otros son diversas y no siempre resulta fácil decidir qué solución es la más adecuada y beneficiosa; en algunos supuestos, la decisión a adoptar es clara y meridiana, pero, con carácter general, puede afirmarse que no existen certezas absolutas y, por ello, se revela necesaria la articulación de criterios de integración de este principio general en cada una de sus manifestaciones legales. Necesidad que ha sido perfectamente detectada por nuestro Tribunal Supremo que, en los últimos años, ha perfilado distintos criterios de interpretación del interés del menor en situaciones de conflicto y ha contribuido, sin duda, con su revisión conceptual en casación, a clarificar y uniformar la aplicación de este principio. (...) Sin duda, el reconocimiento del menor como titular de derechos, con su consiguiente capacidad para ejercerlos, de forma gradual en función de su madurez y de su desarrollo y el especial protagonismo que se le atribuye en el ámbito de las decisiones que le afectan, por una parte; y, por otra, el incremento de las situaciones en que puede generarse un conflicto, como consecuencia de la intervención de lo público en la esfera interna de la familia, ha determinado la eclosión del interés del menor como principio rector de todas las actuaciones familiares, administrativas y judiciales. Esta creciente importancia de los asuntos en los que se ven implicados los menores, consecuencia de las crisis y conflictos familiares y de la obligación de los poderes públicos de protegerlos cuando sus padres incumplen los deberes de guarda y protección, exige el reconocimiento de la figura del menor, para el que se reclama una especial consideración, habida

interés del menor constituye, en efecto, en nuestro sistema jurídico y en otros, un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación". Citando al anterior comparte esta posición Otaegui Aizpurua, Idoia. 2017 en *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi. P.71 para quien: "el interés superior del menor es –según la doctrina más autorizada- un estándar jurídico que se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado; legalmente, por medio de cláusulas generales".

cuenta de que éste no tiene capacidad decisoria y son otros quienes ejercen sus derechos por él, deciden por él, en virtud del deber de representación que les incumbe. Así las cosas, se aprecia una notable (y positiva) evolución en la interpretación del interés del menor que abandona la concepción clásica del interés del menor como sinónimo de estabilidad emocional e integración social (lo que es mejor para él), para centrarse en la defensa de sus derechos, tratando de conciliarlos con otros si se encuentran en conflicto y, si ello no es posible, hacerlos prevalecer sobre cualesquiera otros derechos o intereses en liza. (...) Solo podrá limitarse o excluirse si las circunstancias del caso concreto lo exigen, atendido el interés del menor; la defensa del interés del menor exige la toma de decisiones encaminadas a garantizar el ejercicio del derecho de que se trate y solo cuando ello se revele imposible o contrario al interés del menor en concreto, se limitará o suspenderá aquel ejercicio.”

Por su parte, para autores como De Palma del Teso (2006)³⁶² y Ravetllat Ballesté (2011)³⁶³ el concepto jurídico indeterminado debe integrarse a través de la conjunción de la llamada zona de certeza positiva, esto es, aquellas situaciones en las que no cabe duda de que se respeta el interés del menor cuando se protege el pleno desarrollo de su personalidad; de la zona de certeza negativa que es aquella en la que se también es seguro que se origina una zona de riesgo, desamparo o dificultad social; y la zona de incertidumbre, que es donde el aplicador de la norma debe buscar la decisión más adecuada al caso concreto en consideración a las circunstancias concurrentes.

En cualquier caso, la dificultad que representa la determinación del interés superior del menor, ha dado lugar a que el Comité de los Derechos del Niño, elaborara la Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial³⁶⁴ a la que ya nos hemos referido, ofreciéndonos, una interpretación auténtica de lo que dispone el art. 3.1 del CDN. El Comité nos va mostrando así, la interpretación que hemos de darle

³⁶² De Palma del Teso, Angeles. 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados. Op. Cit.* Pp. 116 – 117.

³⁶³ Ravetllat Ballesté, Isaac. 2011. *Derecho de la Persona*. Barcelona: Bosch. Pp. 37 – 40.

³⁶⁴ CRC/C/GC/14.

a cada una de las palabras o alocuciones que son usadas en el art. 3.1 de la CDN³⁶⁵ y además lo vincula a otros derechos fundamentales del menor.

Ha sido el Comité quien dio la interpretación con la que comenzábamos el presente epígrafe del interés superior del niño, en el sentido de entenderlo como un concepto triple: es un derecho sustantivo; es un principio jurídico interpretativo fundamental y es una norma de procedimiento. De esta forma se podrá adaptar un concepto a distintas situaciones pues éste está en constante evolución.

El Comité al definir el interés superior del niño manifiesta lo siguiente: “el concepto de interés superior del niño es complejo, flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador) se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. Los Estados tienen la obligación de aclarar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos los que se encuentren en situación de vulnerabilidad.”

El Comité no es ajeno a la dificultad de definir el contenido del derecho, y por ello la Observación General nº 14 establece una serie de circunstancias que deben tenerse en cuenta para poder integrar el contenido de éste para cada caso concreto y dispone: “48 (...) Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural

³⁶⁵ Si analizamos la Observación, vemos como la parte IV, se dedica precisamente al análisis jurídico y relación con los principios generales de la Convención. Es a través del análisis jurídico del art. 3.1 donde nos va explicando que se debe entender por “en todas las medidas”; “concernientes a”; “los niños”, “instituciones públicas o privadas de bienestar social”; “los tribunales”; “autoridades administrativas”; “órganos legislativos”; “interés superior del niño”; “consideración primordial a que se atenderá”.

del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores”. Así mismo manifiesta la conveniencia de que los Estados de una “lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto”³⁶⁶.

A pesar de estar ante un concepto jurídico indeterminado, la ley como instrumento que garantiza la igualdad y la seguridad jurídica debe hacerse eco de éste y fijar aquellas zonas de certeza positivas y negativas a las que se referían los autores a los que hemos hecho referencia, o bien optar por la fijación de aquellos criterios explícitos a tener en cuenta por el intérprete, como realizan los ordenamientos anglosajones³⁶⁷.

³⁶⁶ El Reino Unido en su Ley de Menores “Children Act (1989) ya reconocía una serie de circunstancias que debían tenerse en cuenta para integrar el concepto del interés del menor que la ley denomina “welfare of the child” y que según la misma busca lo “mejor para el niño” (traducción literal). Children Act disponible en la siguiente página web visitada el 8 de julio de 2017: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>

³⁶⁷ Moreno – Torres Sánchez, Julieta 2009 en *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. *Op cit.* realiza un estudio sobre la incidencia de la seguridad jurídica en los conceptos jurídicos indeterminados en materia de protección de menores y concretamente respecto del interés superior del menor. Así (Pp 37-48) pone en relación la actividad discrecional de la administración en relación a la protección de menores, de la que manifiesta que en esta materia es ciertamente amplia, poniendo así de manifiesto que, para evitar la inseguridad jurídica que lleva la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y la posible desviación de poder o interdicción de la arbitrariedad que se produce cuando el poder público se separe de la idea de previsibilidad, es necesario la motivación de todas y cada una de las resoluciones administrativas que se dicten en relación a cada caso en el que se vea involucrado un menor, sino que además debe garantizarse siempre la posibilidad de revisión judicial de aquella resolución. Así para esta autora (Pp 88-89), a fin de que la decisión adoptada en base al principio del interés superior del menor pueda cumplir con el principio de seguridad jurídica se deberán tener en cuenta los siguientes criterios: 1. No separarse de la idea de previsibilidad de la actuación (en el caso de la administración del precedente administrativo y en el de los Tribunales de los criterios jurisprudenciales); 2. Cumplir con el principio de confianza legítima; 3. Cumplir con el principio de igualdad ante la ley; 4. Motivar razonadamente la decisión.

2.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Aceptado que el interés superior del menor no solo es uno de los pilares del Derecho del Menor, reconocido en la CDN, sino que además es un concepto jurídico indeterminado, debemos ahora detenernos en cómo se ha positivado el mismo en nuestra legislación interna.

Como indica Lázaro González (2016)³⁶⁸ “ya en 1987, la reforma del Código Civil en materia de adopción introdujo el interés del menor como principio rector de las decisiones relativas a la adopción y acogimiento de menores. En su Preámbulo, la Ley señalaba, en relación con la normativa anterior a ella que “aquel sistema no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción (...) el beneficio del adoptado que se sobrepone con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. (...) La primacía del interés del menor, a que antes se ha hecho referencia, tiene su reflejo, por ejemplo, en la necesidad de contar con su consentimiento, para la adopción o para el acogimiento, a partir de los doce años, lo que implicará también, indudablemente la especial valoración de su negativa cuando, aún siendo menor de dicha edad, tenga suficiente juicio”.

Constitucionalmente el interés superior del menor encuentra su encaje en el art. 39 que dispone: *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*, así como en el art. 10 CE que remite directamente a la CDN. Por su parte el TC en el ATC de 28/2001 de 1 de febrero³⁶⁹, analizando el principio mantuvo que: *“se ha elevado en último término, en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el ordenamiento jurídico español”*.

³⁶⁸ Lázaro González, Isabel E. 2016. «El interés superior del niño en la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la a Adolescencia.» *Op. Cit.*

³⁶⁹ ECLI:ES:TC:2001:28A

Fue la LOPJM en su redacción original, la que introdujo expresamente el interés superior de los menores en su articulado (art. 2), pero únicamente como principio, olvidando así las otras dos vertientes del concepto (como derecho y como norma de procedimiento) y lejos de concretarlo simplemente se limitaba a su enunciado: *“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. De esta forma el art. 11 de la LOPJM que determina los principios rectores de la acción administrativa concretaba que la supremacía del interés superior del menor es uno de esos principios. Por ese motivo la Instrucción 6/2004 de la Fiscalía General del Estado establece que “este principio se configura pues como un verdadero principio general del Derecho, operando como canon hermenéutico y como elemento integrador para suplir eventuales lagunas”.

Ante la indefinición que la legislación mantenía del concepto, fue la jurisprudencia del TS, la que fuera delimitando el contenido del mismo tal y como lo expone De Castro Martín³⁷⁰: “ante la dificultad de concreción del concepto, la doctrina científica y las resoluciones judiciales de nuestro Tribunal Supremo, tratan de elaborar criterios, medios o procedimientos para averiguar racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados, para luego aplicarlo al supuesto concreto y al caso correspondiente y así podemos encontrar los siguientes:

1º Los deseos y sentimientos del niño, considerados a la luz de su edad y discernimiento, siempre que no se halle mediatizado o presionado, oyendo directamente a este o obtenido por medio de expertos.

2º Sus necesidades físicas (alojamiento, alimentación y vestido), educativas y emocionales.

3º El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor (cambio de residencia, estudios, amigos y personas con las que se relaciona).

4º Su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica relevante.

5º Daños sufridos o riesgo de sufrirlos (maltrato, abusos sexuales, peligros para la salud o el desarrollo).

³⁷⁰ De Castro Martín, Rosa María. El Interés superior del Menor. Dponible en el siguiente enlace de descarga visitado el 20 de octubre de 2016: <http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3395&tipo=documento>

6º Capacidad de los progenitores o cuidadores para satisfacer sus necesidades”³⁷¹.

Así pues, si bien el interés superior del menor había sido recogido como principio, la legislación era insuficiente en cuanto a la regulación del mismo como derecho y como norma de procedimiento siendo los tribunales quienes suplían las lagunas legales. Esta situación fue puesta de relieve por el Comité de los Derechos del Niño en dos Observaciones Finales a España. La primera de 13 de junio de 2002³⁷² mantuvo su preocupación por “...que los principios de la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño y el respeto por las opiniones del niño no estén plenamente reflejados en la legislación y en las decisiones administrativas y judiciales del Estado Parte, ni en las políticas y los programas relativos a los niños tanto a nivel nacional como local.” La Observación determinó que debería “integrarse dichos principios en todas las leyes pertinentes a los niños; que los aplique en todas las decisiones políticas, judiciales y administrativas, así como en los proyectos, programas y servicios que les afecten; y que aplicara esos principios en la planificación y la formulación de políticas en todos los niveles, en las medidas que adopten las instituciones educativas, de bienestar social y de salud, los tribunales y las autoridades administrativas.” Años después la

³⁷¹ Estos criterios son extraídos por la autora de la STS 565/2009 [ROJ: STS 5817/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5817](#) y concretamente del informe emitido por el Ministerio Fiscal para el recurso que tuvo en cuenta los criterios que ya la ley inglesa (Children Act de 1989) fijaba para poder integrar el interés superior del menor en cada resolución. Así el Ministerio Fiscal en dicha sentencia antes de enumerar los criterios que son resumidos en el artículo citado disponía: “Es cierto que al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es la alternativa metodológica más razonable al sistema o técnica jurídica de tipo inevitablemente casuista de nuestros tribunales por culpa y a consecuencia de las cláusulas generales y su necesaria determinación en cada caso concreto”. Finalizaba su informe el Ministerio Fiscal instando a la Sala de lo Civil del TS que “para facilitar la aplicación de la norma, fije unos criterios mínimos orientativos que los tribunales deban tener en cuenta en la concreción del interés del menor, sin perjuicio de que puedan utilizar otros al ponderar el interés del menor”. Así pues a través de esta sentencia, parece que los tribunales optaban por seguir el sistema de concreción del concepto jurídico indeterminado propio de los sistemas anglosajones.

³⁷² CRC/C/15/Add.185 Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F15%2FAdd.185&Lang=es

segunda Observación Final de 3 de noviembre de 2010³⁷³ mantuvo que el Comité "...acoge complacido la inclusión en la legislación del principio del interés superior del niño, así como su uso por jueces y magistrados en decisiones que afectan a los niños, pero sigue mostrando su inquietud por la falta de un proceso uniforme para determinar lo que constituye el interés superior del niño" recomendando que se "adopte todas las medidas adecuadas para asegurarse de que el principio del interés superior del niño oriente todas las medidas y decisiones que adopten los gobiernos central y autónomos en relación con las disposiciones jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas, que repercutan en los niños; evalúe las consecuencias que tengan las medidas y decisiones adoptadas por los gobiernos en el interés superior del niño, a fin de mejorar su propia idea al respecto y su orientación sobre lo que constituye el "interés superior", e imparta capacitación a todos los responsables de la adopción de decisiones (entre otros, jueces, funcionarios públicos y órganos legislativos)".

La Observación General nº 14³⁷⁴, que como ya hemos puesto de manifiesto, vino a realizar una interpretación muy pormenorizada del derecho, poniéndolo además en relación a otros principios generales de la Convención, concretamente a la no discriminación, al derecho a la vida, a la supervivencia y su desarrollo y al derecho a ser escuchado, dio lugar a que nuestro legislador reformulara la hasta ese entonces parca regulación española³⁷⁵. Así se procedió a reformar por la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia el art. 2 de la LOPJM³⁷⁶. Aún así la

³⁷³ CRC /C/ESP/CO/3-4 Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/ESP/CO/3-4&Lang=Sp

³⁷⁴ CRC/C/GC/14.

³⁷⁵ Si bien no influyó en la reforma posterior, debemos mencionar el informe del Defensor del Pueblo de 2014 "Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia", que fue elaborado como consecuencia de las quejas que dicho organismo recibía sobre la materia. Este informe tuvo en cuenta las Observaciones del Comité en la materia.

³⁷⁶ BOE núm 175 de 23 de julio. Art. 2: "1. *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.* 2. *A efectos de la interpretación y aplicación*

extensa disposición legal que mantiene la naturaleza del concepto como “concepto jurídico indeterminado” aportó unos criterios generales a valorar para

en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.”

fijar el interés superior del menor acogiendo los que habían sido enunciados en la STS 565/2009³⁷⁷ a través del informe del Ministerio Fiscal, y que ahora sí posibilitan la delimitación de las zonas de certezas negativas y positivas que permitan integrar el derecho caso por caso. Como indica Lázaro González (2016)³⁷⁸ “el actual art. 2 regula el interés superior del menor con la triple dimensión que tiene, según el Comité de Derechos del Niño: El interés superior del niño es un derecho exigible como tal; el interés superior del niño es un principio que ilumina todas las normas del ordenamiento; el interés superior del niño es una norma de procedimiento que obliga a tomarlo en consideración en el proceso de adopción de acciones y toma de decisiones que afectan a los niños”.

2.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENA EN ESPAÑA.

Como ya hemos manifestado uno de los pilares de la CDN es la no discriminación (art. 2), de forma que todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna. Como consecuencia, el interés superior del menor (art. 3), que es otro de los pilares en los que se fundamenta el Derecho del Menor, deberá ser reconocido a todos los menores sin distinción alguna, debiendo los Estados tomar las medidas necesarias para evitar que ello no sea así, evitando en consecuencia la discriminación. Los MENA por tanto en cuanto son menores son acreedores de todos los derechos de la CDN y el Estado del lugar donde se encuentren tiene que velar por que las decisiones que les afecten cumplan con la triple dimensión que configura el interés superior del niño. La Observación General nº 14³⁷⁹ se hace eco de lo anterior cuando dispone: “41. El derecho a la no discriminación no es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados que se adelanten a tomar

³⁷⁷ [ROJ: STS 5817/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5817](#) mencionada anteriormente.

³⁷⁸ Lázaro González, Isabel E. 2016. «El interés superior del niño en la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la a Adolescencia.» *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*. (114): 18-26.

³⁷⁹ CRC/C/GC/14.

medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención. Ello puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real”.

Partiendo de lo anterior, en el presente apartado analizaremos en qué medida el interés superior del niño, en su triple conceptualización y dimensión, es reconocido y aplicado al MENA en España en el proceso de determinación de la edad que es el objeto de nuestro estudio³⁸⁰.

En el ámbito de los MENA, la Observación del Comité nº 6³⁸¹, da unas pautas para determinar el interés superior de éste. Así dispone que el interés superior del niño “exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género. Decisiones subsiguientes, como el nombramiento de un tutor competente lo antes posible, constituyen una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Así pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor se le nombrará un representante legal”³⁸².

³⁸⁰ El objeto del presente epígrafe es solo analizar el interés superior del menor en cuanto a su triple dimensión en el procedimiento para la determinación de la edad. Será en el Capítulo IV de la presente investigación, donde a través del estudio del actual procedimiento pero sobre todo en nuestra propuesta final, se irá realizando un estudio mucho más pormenorizado de la concreción del mismo.

³⁸¹ CRC/GC/2005/6.

³⁸² Interpretando el art. 3 de la CDN el informe UNHCR (The UN Refugee Agency) y UNICEF. 2014. «Safe & Sound. What states can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe.» Brussels / New York, distingue respecto a los MENA dos conceptos en los que se concreta el interés superior del menor (P.19): “best interests assessment (BIA)” y que podemos traducir como la “evaluación del mejor interés” y

Por su parte y en referencia a los MENA, es relevante lo que la Observación n° 14³⁸³ establece respecto a la identidad del niño y su interés superior: “55. Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño. 56. En cuanto a la identidad religiosa y cultural, por ejemplo, al considerar la colocación en hogares de guarda o de acogida, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (art. 20, párr. 3), y el responsable de la toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño. Lo mismo se aplica en los casos de adopción, separación con respecto a sus padres o divorcio de los padres. La debida consideración del interés superior del niño entraña que los niños tengan acceso a la cultura (y el idioma, si es posible) de su país y su familia de origen, y la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica, de conformidad con la normativa jurídica y profesional del país de que se trate (véase el artículo 9, párrafo 4). 57. Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosos y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas

“best interests determination” (BID) que traducimos como “determinación del mejor interés”. Ambos conceptos se entienden como parte de un mismo proceso que comienza tan pronto como el MENA es localizado y termina cuando el menor obtiene una solución duradera a su situación. Así el BIA describirá el procedimiento para tomar decisiones sobre qué acciones inmediatas constituirán el mejor interés del niño como sujeto individual. La característica de este procedimiento es que tendrá que ser un procedimiento holístico y debe ser realizado por expertos profesionales en este tipo de migraciones. Por su parte el BID describe un procedimiento más formal, pues el interés del menor se plasmará en decisiones que tendrán un importante y fundamental impacto en el desarrollo futuro del menor, también será necesaria la evaluación del menor directa por profesionales, pero debido a la magnitud de la decisión a adoptar, será necesario que estas decisiones sean tomadas por expertos independientes y con un mayor grado de independencia y conocimientos (P.20).

³⁸³ CRC/C/GC/14.

con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención”. Así las cosas, en la regulación que de la protección de los MENA se realice por el Estado, se deberán tener en cuenta aspectos culturales, religiosos y étnicos a fin de que el MENA preserve su propia identidad como derecho básico recogido en la CDN (art. 8). Entendemos que esta identidad debe ser conjugada con los valores de la sociedad en la que se podría integrar, por lo que sin duda la asistencia y protección de los mismos debe estar a cargo de personas capacitadas para comprender los fenómenos de integración, y respeto a otras culturas, tal y como se mantenido por el Comité en varias ocasiones.

El derecho al interés superior del menor, tiene que ser determinado y aplicado a cualquier decisión que afecte al menor, caso por caso. El MENA puede estar sometido a procedimientos judiciales y a procedimientos administrativos y por tanto las resoluciones administrativas y judiciales que adopten cualquier decisión que les afecte deberán haber tenido en cuenta el interés del menor como derecho, interpretando las normas aplicables como más le favorezcan y además, éstas deberán haber sido tomadas conforme a las normas de procedimiento que implica el cumplimiento del interés superior del menor y que hoy vienen recogidas en el art. 2.5 de la LOPJM. Las decisiones que pueden afectar al MENA, no solo afectan al ámbito estricto de su protección e integración, sino sobre todo a procedimientos específicos como lo son los de la determinación de la edad, repatriación³⁸⁴ y aquellos que tienen por objeto obtener las correspondientes autorizaciones de residencia en España³⁸⁵.

³⁸⁴ Como ya hemos hecho referencia en el Capítulo I, la modificación del art. 35 realizada por la LO 2/2009 introdujo expresamente en la repatriación que se debía actuar siempre conforme al principio de interés superior del menor.

³⁸⁵ No nos referiremos a las decisiones judiciales como las de carácter penal que se rigen por la LORPM o cualquier otra decisión de carácter judicial como pudiera ser aquella que pueda resolver sobre una petición de asilo que haya sido denegada previamente por la administración. En cualquier caso, siempre en todas ellas el interés superior del menor deberá presidir todo proceso de decisión y la decisión misma.

1. El interés superior del menor como derecho.

Desde el punto de vista del derecho, cualquiera de estos procedimientos tiene que cumplir estrictamente con su contenido. Nuestro ordenamiento jurídico tiene los instrumentos y previsiones para que ello sea así, pero debe ser el órgano decisor en cada momento, el que deba individualizar caso por caso ese interés que es único. Esto nos lleva a ser extremadamente rigurosos en la fundamentación de las decisiones de forma que en cada resolución, debe quedar debidamente motivado el porqué se actúa de una determinada manera en el caso concreto, cuáles fueron los criterios que llevaron a quien toma la decisión a adoptar una determinada resolución³⁸⁶. Como quiera que el derecho es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales³⁸⁷, debe facilitarse y garantizarse en la legislación la posibilidad de recurrir ante los tribunales esa decisión inicial. En el procedimiento de la determinación de la edad, serán los Decretos del Fiscal, órgano que según el art. 35.3 de la LOEX es el competente para tomar esa decisión, quien deberá fundamentar de acuerdo a las circunstancias de cada caso el porqué de su decisión. Sin embargo, nuestra legislación, como tendremos oportunidad de analizar en el Capítulo IV de esta investigación, no permite el recurso directo a los tribunales de la decisión del Fiscal, pues los Decretos del Fiscal no son recurribles³⁸⁸. Se produce aquí una primera quiebra del interés superior del menor como derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

2. El interés superior del menor como principio.

Pasemos ahora al interés superior del menor como principio. La Observación General nº 14 establece que el interés superior del menor es un

³⁸⁶ El Protocolo de MENA en el Capítulo IV, apartado 6 punto 1 se refiere expresamente a la necesidad de fundamentación del Decreto tanto en sus fundamentos de hecho como de derecho.

³⁸⁷ Así lo dispone la Observación General nº 14: “6.a) (...) El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”.

³⁸⁸ Si bien el Protocolo de MENA en el Capítulo IV apartado sexto punto 2, establece la posibilidad de revisión del Decreto de determinación de la edad. No es esta revisión por el mismo órgano que dicta la resolución, el derecho al recurso que integra el contenido del derecho, puesto que la Observación General nº 14 es clara cuando establece que es invocable el derecho ante los tribunales.

principio interpretativo y ante una norma que pueda ser interpretada de varias maneras, se elegirá siempre la interpretación que satisfaga de manera efectiva el interés superior del menor. Se consagra así el principio “*favor minoris*”. Por su parte nuestra legislación también lo concibe como principio rector de su actuación (art. 11 LOPJM). Pues bien, en el ámbito del procedimiento para la determinación de la edad, cuando estamos ante una persona de la que se duda si es mayor o menor, la aplicación del principio del interés superior del menor implica que esa persona debe ser tratada siempre como menor, y que por tanto se le deberá prestar atención inmediata (art. 14 LOPJM y 35.3 LOEX), quedando prohibido su internamiento en el CIE³⁸⁹. A diferencia de la dimensión del concepto como derecho, no se observa que nuestro ordenamiento jurídico infrinja el interés superior del menor como principio en el procedimiento que estudiamos.

3. El interés superior del menor como norma de procedimiento.

Por último hemos de hacer referencia al interés superior del menor como norma de procedimiento. Como manifiesta la Observación General nº 14, la toma de decisión debe estar revestida de garantías procesales. Así el art. 2.5 de la LOPJM se refiere a las mismas que podemos resumir en las siguientes: el derecho del menor a ser informado, oído, escuchado y a participar en la toma de la decisión; la intervención en el proceso de personas expertas y cualificadas; la participación del representante legal del menor y un defensor judicial en el caso de que existan conflictos de intereses; motivación en la decisión; existencia de recursos que permitan revisar la decisión primeramente adoptada.

Vemos como dos de estas garantías procesales, la motivación y la existencia de recursos, coinciden además con la dimensión del concepto como derecho, pues además de garantías forman parte del núcleo del derecho. Otra de las garantías, como el derecho a ser oído y escuchado, se configura además como un derecho autónomo que conforme a la CDN es otro de los 4 pilares de la misma. Este derecho será estudiado en el siguiente apartado de manera

³⁸⁹ Esta interdicción viene recogida en el art. 62.4 de la LOEX.

autónoma, por ahora solo determinaremos si éste entendido como garantía del proceso de la toma de decisión se cumple o no dentro del procedimiento para la determinación de la edad. Por otra parte, y aunque no lo mencione expresamente el art. 2.5 de la LOPJM, pero podamos interpretarlo del sentido de la necesidad de intervención de personas expertas, entendemos que otra de las garantías procesales, en la toma de la decisión es la participación de letrados especializados que aconsejen jurídicamente al presunto menor no solo en el procedimiento de determinación de la edad sino en todos los procesos posteriores derivados de su situación administrativa.

Atendiendo a lo anterior, y como veremos en profundidad en el siguiente Capítulo, el derecho a ser escuchado en el proceso de determinación de la edad, por la autoridad que debe decidir, esto es, por el Ministerio Fiscal, si bien no se prohíbe expresamente, lo cierto es que no se garantiza, pues se deja al arbitrio del Fiscal escucharlo o no. El presunto menor solo es escuchado por la Policía que es quien lo localiza y de quien tiene que partir la duda sobre la edad para una vez puesto en conocimiento del Fiscal se incoe el correspondiente procedimiento. La audiencia del presunto menor por el Fiscal solo es preceptiva cuando éste se niega a prestar su consentimiento para que se le realicen las pruebas médicas en orden a la determinación de su edad³⁹⁰. Por tanto, el actual procedimiento para la determinación de la edad, no garantiza el cumplimiento de esta garantía procesal del interés superior del menor.

Respecto a la garantía consistente a la participación de letrados especialistas en derecho de menores y de extranjería, tampoco la ley lo garantiza como tendremos oportunidad de analizar cuando nos refiramos al derecho a la tutela judicial efectiva y la asistencia letrada gratuita del MENA.

3. EL DERECHO A SER ESCUCHADO.

³⁹⁰ Así lo dispone el Protocolo MENA en el Capítulo IV, apartado 5, punto 2.C).

El derecho del menor a ser escuchado y oído forma parte del núcleo fundamental de lo que hemos denominado “Derecho del Menor” y para el Comité es uno de los cuatro principios de la CDN junto al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y el interés superior del menor.

Íntimamente ligado a la dignidad de la persona, se encuentra el derecho de la misma a la participación activa en las decisiones que afecten a su vida, pues de otro modo caeríamos en la cosificación de ésta. Y como ya hemos explicado, los niños no pueden ser considerados como objetos sino como sujetos de derechos por lo que el derecho de éstos a participar y ser protagonistas de su vida no puede ser cercenado, debiendo darse la posibilidad de ser oídos y escuchados por quienes deban tomar una decisión que les afecte, independientemente de que sean sus padres, tutores o cualquier autoridad o institución pública o privada e independientemente de la naturaleza del procedimiento (administrativo o judicial) en el que se vean implicados.

Oír a una persona desde el punto de vista jurídico, no solo implica obtener una información a través de su voz. El concepto de oír, y escuchar una opinión, también puede ser realizado a través de lenguaje no verbal, incluyendo así cualquier forma de expresión, como cualquier tipo de gesto o expresión artística (generalmente pinturas o dibujos). En el ámbito jurídico y de los tribunales de justicia, en particular, la importancia de la audiencia se complementa además con el principio de inmediación, puesto que los lenguajes no verbales, también expresan opiniones³⁹¹. Por eso, oír y escuchar a una persona, no solo debe cumplirse como un mero trámite formal, sino que tiene que ser ante la persona que deba tomar una decisión, pues será ésta, la persona que deba de ponderar la opinión dada junto a otros elementos importantes para ello. Los medios técnicos de hoy en día permiten que, en casos complejos, la audiencia sea ante un profesional cualificado para poder entender a la persona con dificultades de

³⁹¹ Así lo expresa la Observación General nº 12 (CRC/C/GC/12), cuando dispone que “hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarla verbalmente. Por consiguiente la plena aplicación del art. 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”.

expresión³⁹², grabándose dicho acto, para ser consultado posteriormente por el órgano decisor o persona que deba decidir. Así pues si bien la norma general determina que quien vaya a adoptar la decisión sea la persona que escuche al menor, será posible que en interés del mismo, se justifique y motive el porqué la audiencia puede ser ante cualquier otra persona (educador, psicólogo o persona cualificada) distinta³⁹³.

En el presente epígrafe, analizaremos en primer lugar el derecho a ser oído del menor tal y como lo ha realizado las Naciones Unidas a través de la interpretación que del mismo ha realizado el Comité de los Derechos del Niño; en segundo lugar haremos referencia a la regulación del derecho en la normativa del Consejo de Europa y de la UE, y finalmente nos detendremos en la regulación que nuestro ordenamiento jurídico ha realizado de este derecho para finalmente concretarlo en la aplicación de los MENA.

El art. 12 de la CDN dispone: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”* Este derecho ha sido interpretado en la Observación nº 12 referida al “derecho del niño a ser escuchado”³⁹⁴. En ella el Comité estudia jurídicamente todos los conceptos que

³⁹² Así la Observación General nº 12 dispone que “los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones”.

³⁹³ Como manifiesta Moreno-Torres Sánchez, Julieta 2009. *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi. P.97: “en los procedimientos administrativos de protección de menores, no implica necesariamente citarlo ante los técnicos que instruyen el caso, ni una audiencia formal. Normalmente éstos se harán partícipes de la opinión del menor a través de los educadores, o trabajadores sociales de zona del domicilio del menor, los cuales pueden auxiliar transmitiendo la información a la Entidad Pública”.

³⁹⁴ CRC/C/GC/12 Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en

integran el derecho, pero también establece cuáles son las medidas que van a garantizar la ejecución y observancia del derecho, cómo se interrelacionan este derecho con otras disposiciones de la convención, cómo se debe integrar el derecho en distintos ámbitos y situaciones y por último las condiciones básicas para la observancia del derecho. Pues bien, al objeto de nuestro estudio debemos detenernos en el análisis jurídico del concepto y cómo éste ha de ser recogido en determinados procedimientos, como los relativos a los migratorios y de asilo.

La Observación en la interpretación que hace del derecho, parte de dos premisas iniciales: una, que los menores tienen el derecho a expresar libremente su opinión, esto es, sin presión y pudiendo escoger si quieren ser oídos o no para expresar sus opiniones; y dos que el estado debe garantizar a través de mecanismos que tendrá que establecer en sus legislaciones internas que los niños expresen su opinión y además ésta sea tenida en cuenta.

Podemos afirmar que el ejercicio del derecho queda íntimamente ligado a los conceptos de madurez y de capacidad del menor³⁹⁵. Así lo expresa la Observación cuando explica la alocución “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. Dispone que “los Estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas, no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad. (...). No se impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión.” Así mismo mantiene que “los términos “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”, hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. (...) Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera

³⁹⁵ Como ya hemos analizado en el Capítulo II del presente trabajo al estudiar la capacidad del menor. Así lo pone de manifiesto Moreno-Torres Sánchez, Julieta 2009. *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi. P. 97. “el derecho a ser oído e informado de cómo puede influirle cualquier procedimiento en su vida cotidiana, se hará de forma progresiva y adecuada a la edad y el grado de madurez del menor”.

uniforme a su edad biológica. (...) La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.” También se detiene específicamente la Observación en el término madurez y al respecto dispone: “Madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir, en el contexto del art. 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”.

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que en todo momento late la consideración del niño como sujeto de derecho y por tanto con capacidad para ejercerlos. Debemos pues en este aspecto recordar lo ya explicado sobre la teoría de la capacidad progresiva a la que hemos referencia al estudiar las consecuencias jurídicas de la edad. Según Cillero Bruñol (2016)³⁹⁶ este derecho está unido al concepto de autonomía progresiva, que no es lo mismo que capacidad progresiva. La autonomía progresiva que se deriva de madurez de la persona es un presupuesto de la capacidad. De esta forma para este autor “la noción de autonomía progresiva sólo cobra relevancia práctica si, junto con reconocerla, se establece una capacidad de ejercer los derechos y la obligación de respetar esa voluntad de ejercicio. Esta segunda dimensión es la que habilita el art. 12 al establecer como garantía el derecho a ser oído y el deber de atender la opinión expresada”.

Como ya adelantamos al inicio de este epígrafe, el derecho que analizamos está en íntima relación con el derecho al interés superior del menor. Como manifiesta Cillero Bruñol (2016) “el vínculo sistemático entre los arts. 3.1 y 12 queda de manifiesto si se considera que en los trabajos preparatorios del

³⁹⁶ Cillero Bruñol, Miguel. 2016. «La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Introducción a su origen, estructura y contenido normativo.» *Op. Cit.* Pp. 117 – 119.

texto de la CDN se hizo la discusión tratando ambas materias en un mismo artículo, que luego se separó en dos”. Más allá de esta circunstancia, la Observación nº 12 manifiesta que “no existe tensión entre los arts. 3 y 12 sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad no es posible una aplicación correcta del art. 3 si no se respetan los componentes del art. 12. Del mismo modo, el art. 3 refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”. En este mismo sentido se pronunció la Observación General nº 14 que hemos analizado en el epígrafe anterior y que dio la interpretación al derecho del superior interés del niño y así dispuso: “ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del art. 12. Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art. 5). El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión”.

Especial atención mantiene la Observación General nº 20, respecto a este derecho para con los adolescentes, pues ya no solo circunscribe el derecho a

ser oído a cuestiones particulares, sino que lo amplía al derecho de participación en las cuestiones públicas que les afecte y así dispone que “23. (...) Los Estados deben asegurarse de que los adolescentes participen en la elaboración, aplicación y supervisión de todas las leyes, políticas, servicios y programas pertinentes que afecten su vida, en la escuela y en los ámbitos comunitario, local, nacional e internacional (...)”

El Consejo de Europa ha desarrollado también este derecho a través de un Convenio que tiene por objeto regular el Ejercicio del Derecho de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 y ratificado por España el 5 de diciembre de 1997, con entrada en vigor el 1 de abril de 2015³⁹⁷. El art. 3 bajo la rúbrica de *“derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos”*, dispone *“cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento se le reconocerán, en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, los siguientes derechos cuyo ejercicio podrá exigir por sí mismo: a. recibir toda la información pertinente; b. ser consultado y expresar su opinión; c. Ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución”*³⁹⁸.

La Unión Europea, no es ajena a los derechos del niño, y en varios textos legales se hace referencia al derecho a ser oído. Así en el apartado 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño³⁹⁹, se establece que: *“5. Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las*

³⁹⁷ BOE nº 45 de 21 de febrero.

³⁹⁸ Al igual que las Naciones Unidas, también el Consejo de Europa, ha realizado observaciones y recomendaciones a la participación de los menores de 18 años, sin restringirlas a los procesos administrativos o judiciales, sino a cualquier procedimiento en el que el menor de 18 años pueda participar bien como persona individual o como grupo. Recommendation CM/Rec (2012)2 of the Committee of Ministers to members States on the participation of children and young people under age of 18 Adopted by the Committee of Ministers on 28 March 2012 at the 1138th meeting of the Ministers' Deputies.

³⁹⁹ DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño". Y el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales⁴⁰⁰, reproducido íntegramente en el art. 2 de la LO 1/2008 de 30 de julio⁴⁰¹ por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, se dispone que *"los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y su madurez"*.

Pasemos a analizar por último cómo se regula este derecho en nuestra legislación. Es el art. 9 de la LOPJM el que recoge expresamente este derecho. En su redacción originaria por la LO 1/1996⁴⁰², si bien se reconoció el derecho conforme a lo que disponía el art. 12 de la CDN, éste contemplaba una extraordinaria limitación pues se disponía la posibilidad de denegar motivadamente el ejercicio del derecho al menor aun cuando éste lo solicitara expresamente debiéndose comunicar esta circunstancia al Ministerio Fiscal⁴⁰³. Sin embargo la Observación final formulada por el Comité de los Derechos del Niño de 13 de junio de 2002⁴⁰⁴ que manifestó su preocupación "por que los principios de la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño y el respeto por las opiniones del niño no estén plenamente reflejados en la legislación y en las decisiones administrativas y judiciales del Estado Parte, ni en las políticas y los programas

⁴⁰⁰ DOUE C 83/389 de 30.03.2010.

⁴⁰¹ BOE núm 184 de 31 de julio.

⁴⁰² BOE núm 15 de 17 de enero.

⁴⁰³ Art. 9.3 LOPJM en su redacción originaria: "Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos."

⁴⁰⁴ CRC/C/15/Add.185

relativos a los niños tanto a nivel nacional como local”, y recomendó que “Integre adecuadamente los principios generales de la Convención, en particular los artículos 2, 3, 6 y 12, en todas las leyes pertinentes a los niños”, así como la interpretación que del derecho fue realizado por la Observación General nº 12, hizo que la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁰⁵ modificara la disposición, acogiendo las disposiciones de la Observación General nº 12. Dispone el actual art 9: *“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*

⁴⁰⁵ BOE núm 175 de 23 de julio.

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. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”⁴⁰⁶.

No obstante el derecho a la audiencia del menor, puede ser modulado por las legislaciones internas y determinar una edad a partir de la cual, según la materia habrá de oírse al niño, como así ocurre en España en materia de separaciones y divorcios contenciosos⁴⁰⁷. Ahora bien, esto no quiere decir que se le niegue sistemáticamente a un menor con una edad inferior a la que establece la legislación que éste sea oído directamente por la autoridad que deba de tomar una decisión que le afecte, pues no debemos de olvidar que la audiencia del menor forma parte del interés superior del menor como garantía

⁴⁰⁶ En este sentido, Lázaro González, Isabel E., en *La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, (2015) manifiesta que “El derecho del menor a ser oído (en el Proyecto de Ley Orgánica se añade “y escuchado”) ha mejorado sustancialmente su regulación. Además de prohibirse cualquier discriminación por razón de discapacidad o cualquier otra circunstancia, se vincula a este derecho el de recibir la información que le permita su ejercicio, en un lenguaje comprensible, accesible y adaptado a sus circunstancias. Se otorga carácter preferente a las comparecencias o audiencias del menor en los procedimientos judiciales o administrativos, y deben realizarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Si es necesario, le asistirán profesionales cualificados o expertos; se debe cuidar su intimidad, utilizar un lenguaje comprensible para el niño e informarle tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión. El Proyecto hace prevalecer el ejercicio del derecho por el niño siempre que tenga suficiente madurez sobre la de un tercero, aunque sean sus padres y pese sobre ellos un deber de velar por el hijo. Oír al niño, escucharle, no obliga a decidir lo que el niño quiere, pero obliga al órgano decisor a tomarlo en cuenta y justificar su decisión cuando sea contraria a la opinión del niño. Exige el Proyecto que en las resoluciones sobre el fondo debe hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia a los menores directamente o por medio de persona que les represente, la resolución será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos que cabe utilizar contra esa decisión. Junto a esta reforma del art. 9 de la Ley Orgánica, los dos Proyectos han incorporado el derecho a ser oído en los procedimientos que conducen a distintas decisiones que afectan a la vida del niño”.

⁴⁰⁷ El art. 770.4º LEC obliga a la audiencia de los menores de 12 años en estos procedimientos. Respecto a los niños de menos edad, se deberá valorar caso por caso si fuera necesario y tuvieran suficiente juicio.

del procedimiento y por tanto exige del órgano decisor que se fundamente el porqué el menor no va a ser oído⁴⁰⁸.

En otro orden de cosas, nuestro ordenamiento jurídico ha introducido junto al concepto “oír al menor”, la llamada “exploración al menor”. No podemos confundir ambos conceptos pues, aunque parecidos no significan lo mismo. Examinado el CC⁴⁰⁹, así como las LECRIM y LEC, podemos concluir que el derecho sustantivo es la audiencia del menor, que implica una acción activa del menor de comunicar su opinión y que ésta se tenga en cuenta. Por el contrario, la exploración del menor, según se desprende del art. 770 de la LEC, es el cauce procesal en el que tiene lugar el ejercicio del derecho del menor. Siguiendo también a la Observación nº 12 que mantiene la necesidad de que el menor pueda ejercitar su derecho, pero a la vez no se produzca una desprotección del

⁴⁰⁸ Debemos remitirnos aquí a lo dispone la STEDH de 11 de octubre de 2016 (asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España). Esta sentencia analiza si el derecho a la audiencia de dos menores en el marco de un proceso de divorcio fue vulnerado, como parte al derecho a un proceso justo y con todas las garantías recogido en el art. 6 del Convenio de Roma. Por tanto hay que dejar claro que no es una sentencia que analice el derecho de audiencia del menor como un derecho sustantivo y autónomo, sino que lo hace en cuanto que se configura como una garantía procesal que integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en este caso de una madre (mayor de edad). El TEDH reconoce que el derecho a la audiencia de los menores ante los tribunales, puede ser modulado por la legislación interna de cada Estado según las circunstancias que estime por conveniente: “36. *En lo que respecta particularmente al trámite de audiencia de las niñas por parte de un Tribunal, el TEDH ha estimado que sería ir demasiado lejos decir que los Tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado (Sahin c. Alemania [GC], no 30943/96, § 73, CEDH 2003-VIII)*”. Así en materia de crisis matrimoniales España mantiene la obligación de oír a los menores siempre que estos tengan más de 12 años. Entiende el TEDH que cualquier excepción a este derecho debe ser motivado y justificado sobre todo si se entendió que dicha audiencia fue realizada por los equipos psicosociales: “42. (...) *No aprecia ninguna razón que justifique que la opinión de la hija mayor de la demandante, una menor con una edad entonces de más de 12 años, no fuera recogida directamente por el Juzgado de Primera Instancia en el marco del procedimiento de divorcio, como lo exigía la Ley interna (apartado 18 anterior). El TEDH no ve tampoco ninguna razón que justifique que el Juzgado de Primera Instancia no se pronunciara, en el marco de este mismo procedimiento, de manera motivada sobre la solicitud de la hija menor de ser oída por aquel, tal como se lo exigía la Ley. La denegación de oír por lo menos a la hija mayor, así como la ausencia de cualquier motivación para rechazar las pretensiones de las menores de ser oídas directamente por el Juez que debía resolver sobre el régimen de visitas de su padre (apartado 13 anterior), conduce al TEDH a concluir que se ha privado indebidamente a la Sra. Iglesias Casarrubios del derecho de que sus hijas sean oídas personalmente por el Juez, no obstante las disposiciones legales aplicables*”. (Sentencia disponible en el siguiente enlace de la base de datos del TEDH <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116017;ECLI:CE:ECHR:2016:1011JUD002329812> y traducida al español por el Ministerio de Justicia (traducción no oficial del TEDH), disponible en el siguiente enlace: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168471>

⁴⁰⁹ En especial todos aquellos referidos al derecho de familia donde los menores deben ser oídos (arts. 90 y siguientes) de acuerdo a lo que dispone la Observación nº 12.

mismo, nuestro ordenamiento jurídico también se ha adaptado a lo dispuesto por el Comité. Ejemplo de ello es lo que disponen los arts. 433 de la LECRIM: *“En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales”* y 770.4^a LEC: *“En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”*⁴¹⁰.

3.1. EL DERECHO DE AUDIENCIA DEL MENA EN ESPAÑA.

El MENA como menor goza del derecho a ser oído. Este derecho no solo comprende la acción consistente en escuchar al menor, sino que también lo integra el derecho del menor a ser informado de forma comprensible de acuerdo a su edad de todo lo que le pueda afectar en la decisión que se vaya a tomar y que le afecte. La Observación General nº 6, en el punto 25 dispone que: *“De acuerdo con el artículo 12 de la Convención, al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recabarán y tendrán debidamente en cuenta los deseos y las opiniones del menor (art. 12.1). De cara a la expresión informada de tales deseos y opiniones, es imperativo que los menores dispongan de toda la información pertinente*

⁴¹⁰ Nuevamente observamos como la legislación acoge la dimensión procedimental del interés superior del menor, al introducir la posibilidad de que personas expertas estén presentes cuando sea necesario tomar una decisión respecto del menor (art. 2.5.b LOPJM).

acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación en el país de origen (arts. 13, 17 y 22.2). En lo que concierne a la tutela, custodia y alojamiento y representación legal del menor, deben tenerse también en cuenta las opiniones de éste. La información antedicha se proporcionará en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor. Dado que la participación está en función de una comunicación fiable, se proveerá en su caso interpretación en todas las fases del procedimiento”.

El MENA puede encontrarse sometido ante procedimientos judiciales o ante procedimientos administrativos de distinta índole⁴¹¹. Nuevamente, nos detendremos únicamente en el procedimiento de determinación de la edad, como objeto de nuestro trabajo. La pregunta que nos debemos formular es: ¿tiene derecho el MENA a ser oído en este importante procedimiento que le afecta directamente a su vida jurídica?

Para contestar a esta pregunta, lo primero que nos deberíamos de cuestionar es qué naturaleza tiene en España el procedimiento para la determinación de la edad de un presunto MENA. Como tendremos oportunidad de estudiar en el siguiente Capítulo, el procedimiento para la determinación de la edad en España del MENA no sometido a ningún procedimiento judicial, es competencia del Ministerio Fiscal. Este procedimiento se sustancia a través de un expediente denominado “diligencias preprocesales”. Estas diligencias son reconocidas únicamente en la Circular 4/2013⁴¹² y no tienen naturaleza ni judicial ni administrativa. Son expedientes propios elaborados por el Ministerio Fiscal, que es un órgano constitucional que conforme al art. 2 del EOMF: “se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial y ejerce su misión por medio de

⁴¹¹ Así procedimientos judiciales penales, civiles, contencioso – administrativos o sociales; pero también a procedimientos administrativos como el de repatriación, escolares, de determinación de la edad.

⁴¹² Así se puede comprobar de la Circular 4/2013 de la FGE sobre Diligencias de Investigación. Apartado XX. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%204-2013%20DILIGENCIAS%20DE%20INVESTIGACION.pdf?idFile=9efb97e5-abb9-4b29-895c-18a258d80fd3

órganos propios”⁴¹³. La Circular 4/2013 dispone que “en este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que la separan del régimen común de las diligencias de investigación. Coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extrapenal relajarse los principios de contradicción y de defensa”.

El principio de contradicción lleva directamente a la posibilidad de alegar lo que se estime conveniente, y por lo tanto a dar audiencia a quien se encuentre sometido al expediente. Sin embargo, vemos como la Circular habilita a la “relajación del principio de contradicción”, por lo que se podría justificar incluso la no necesidad del mismo salvo en determinadas circunstancias. De acuerdo a lo que hasta aquí hemos referido del derecho a ser oído del menor, parece que no es posible que la contradicción sea relajada hasta el punto de que el menor no sea oído, o informado del procedimiento al que va a ser sometido, pues no nos parece adecuado que uno de los principios en los que se fundamenta el Derecho de los Menores, pueda ser “relajado”⁴¹⁴. Así pues, ¿qué es lo que establece nuestra legislación?

A diferencia de lo que el art. 35.5 de la LOEX establece para el procedimiento de repatriación, que sí recoge expresamente la necesidad de oír al menor con suficiente juicio; la misma disposición legal no dice nada respecto al mismo derecho para el procedimiento para la determinación de la edad. Si acudimos al RLOEX, se vuelve a reproducir el mismo esquema. Así los artículos referidos al procedimiento de repatriación recogen no solo la audiencia del menor en el trámite de alegaciones (art. 193), sino también en el específico trámite de audiencia (art. 194). El art. 190 que es el que regula el procedimiento de la

⁴¹³ Sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de los expedientes del Ministerio Fiscal, volveremos en el Capítulo IV cuando nos pronunciemos sobre la posibilidad de recurrir los Decretos del Fiscal.

⁴¹⁴ La STS 1229/2017 de la Sala Tercera [ROJ: STS 2773/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2773](#) se pronuncia sobre la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda realizar diligencias en el marco formal de las diligencias preprocesales sin la debida contradicción, pues ésta forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y concretamente al derecho a la defensa. Volveremos a referirnos a esta sentencia y a la “relajación” del derecho a la contradicción en el Capítulo IV cuando se trate el marco procedimental actual del procedimiento para la determinación de la edad.

determinación de la edad, no se refiere en ningún momento la necesidad de oír al menor. En cualquier caso, si aplicamos el interés superior del menor en cuanto a su dimensión de principio interpretativo, deberíamos interpretar la norma del art. 35.3 en consonancia a lo que dispone el apartado 5 y por tanto entender que el MENA en el procedimiento para la determinación de la edad debe ser oído.

Veamos ahora que es lo que dispone el Protocolo de MENA, sin perder nunca de vista que éste no es fuente del derecho y lo único que podría hacer es concretar la ejecución del derecho conforme a lo que dispone la LOPJM y el art. 12 de la CDN, pues por su naturaleza es solo un texto que concreta una guía de actuación. Este texto regula desde los apartados segundo a sexto del Capítulo V cómo se debe actuar en el procedimiento de la determinación de la edad desde la incoación hasta su resolución. Podemos adelantar que no se establece la obligación de audiencia al menor, pero tampoco la misma queda vetada. En consonancia a lo que expusimos más arriba sobre la relajación del principio de contradicción en las diligencias preprocesales, parece que la posibilidad de ejercicio de este derecho también se relaja, pues se establece que *“el menor será trasladado a presencia del Ministerio Fiscal antes de proceder a ordenar la práctica de las pruebas médicas cuando así lo disponga el Fiscal tras valorar la información recibida por las fuerzas policiales”*. Por lo tanto, será el Fiscal quien decida si *“trae al menor a su presencia”*⁴¹⁵. Además tal y como queda redactado el Protocolo MENA, si bien nada excluye que éste sea oído, pareciera que la presencia del menor ante el Fiscal está más encaminada a la comprobación de su desarrollo físico que a oírlo. Pero es que además el Protocolo parece condicionar el traslado del presunto menor ante el Fiscal a la información que reciba de la policía, que sí oye al menor, cuando no es la policía quien debe de oír al menor para tomar la decisión, salvo que el interés superior del menor justifique otra cosa y así quede reflejado. Por otro lado, hemos de tener en cuenta

⁴¹⁵ A esta misma conclusión llega el informe de Lázaro González, Isabel Eugenia; Castaño Reyero, María José; Claro Quintáns, Irene; Dubin, Adam; De Gasperis, Teresa; Maravall Buckwalter, Isabel; Pérez Adroher, Ana y dos Santos Soares, Alfredo. 2016. «Acogida en España de los niños refugiados. Estado de aplicación de la política y programa de acogida en España desde la perspectiva de los Derechos de la Infancia.» UNICEF. P.41 cuando dispone: “No se impone al fiscal la obligación de que se entreviste con el presunto menor de edad y se deja a su consideración discrecional ordenar que sea trasladado a su presencia antes de proceder a ordenar la práctica de las pruebas médicas tras valorar la información recibida de las fuerzas policiales.”

que el Decreto del Fiscal, puede ser revisado pues inicialmente es una decisión provisionalísima que podrá ser modificada. Tampoco para este supuesto el Protocolo de MENA nos refiere absolutamente nada sobre la posibilidad de dar audiencia al menor. Como consecuencia de lo anterior, solo en cuatro lugares de España (Madrid, Barcelona, Álava y Ceuta) el presunto menor es llevado a presencia del Fiscal antes de acordar en su caso la práctica de las pruebas óseas. Pero en ese trámite solo se le informa del procedimiento al que va a ser sometido, en Barcelona además de la posibilidad de solicitar asilo, y se obtiene el consentimiento informado para la práctica de las pruebas médicas. El derecho a ser oído, implica no solo informar, sino también la posibilidad del menor de manifestar su opinión y expresar sus circunstancias. Este segundo pilar, no es realizado por esas Fiscalías y en consecuencia en los Decretos de Determinación de la Edad, nada aparece al respecto⁴¹⁶.

De lo manifestado hasta ahora, podemos concluir que el derecho de audiencia del presunto menor, en este procedimiento, a tenor de lo que dispone el Protocolo de MENA, queda cercenado y dependiente de la voluntad de la policía o del Ministerio Fiscal. Sin embargo, no es esto lo que dispone ni la CDN (art. 12), ni la interpretación que de este artículo hace el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 12, ni el art. 9 de la LOPJM. Se deberá garantizar siempre y en todo caso que el menor sea informado y oído, siendo así decisión del propio menor de forma libre si quiere o no quiere ser escuchado.

En otro orden de cosas, el derecho a ser oído, no sólo queda circunscrito a la toma de decisión inicial. También se ha de considerar la posibilidad de recurrir la decisión, así como la posibilidad de recurrir las situaciones en las que no han sido escuchados. Así lo dispone la Observación General nº 12 cuando establece como medida para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado las “quejas vías de recurso y desagravio”. Y así se pronuncia la

⁴¹⁶ Esta información se ha obtenido del examen que se realiza desde la Fiscalía de Sala de Extranjería de los Decretos de Determinación de la Edad, que deben ser enviados por los Fiscales Delegados encargados de la materia en cada provincia a la Fiscalía de Sala. No existe por tanto ningún documento interno o bien publicación al respecto y ha sido obtenida directamente por la autora de esta investigación del Fiscal Adjunto de Extranjería, encargado de ello.

Observación: *“Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado. Si el derecho del niño a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos (art. 12, párr. 2), el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos.”*

Si atendemos a la configuración actual del procedimiento de determinación de la edad, vemos como esta previsión tampoco se cumple, puesto que la decisión del Fiscal, no puede ser recurrida de manera directa, pero tampoco se recoge ningún mecanismo para poder elevar una queja o advertir en el procedimiento de que el presunto menor no ha sido escuchado. Consideramos que esta posibilidad debería de existir y que además está en íntima conexión con otro de los derechos que pasamos a estudiar a continuación: el derecho a la asistencia letrada.

4. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA ASISTENCIA LETRADA DE LOS MENA.

El presente epígrafe tiene por objeto estudiar cómo se articula el derecho a la tutela judicial efectiva en los MENA y presuntos MENA. Comenzaremos haciendo referencia, sin pretensión de un estudio exhaustivo, pues no es objeto de esta investigación y solo a modo de marco conceptual y normativo, al concepto de derecho de tutela judicial efectiva y a su regulación en textos internacionales, para después detenernos en el derecho de asistencia letrada. Seguidamente analizaremos cuál es su regulación en el ordenamiento jurídico español con especial atención en la legislación de extranjería. Por último, nos centraremos en la regulación de estos derechos respecto al colectivo MENA.

El derecho a la tutela judicial efectiva es definido por López Guerra, y otros

(1991)⁴¹⁷ “como el derecho que tienen todas las personas a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Es el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales para la defensa de los propios derechos e intereses”. Ha sido el TC, quien a través de su jurisprudencia⁴¹⁸ ha ido perfilando el contenido del mismo, sin olvidar tampoco la labor del TEDH⁴¹⁹.

La importancia de este derecho como derecho fundamental predicable a toda persona, es reconocida en los textos internacionales a los que hemos ido haciendo referencia a lo largo de este trabajo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere a éste en el art. 10⁴²⁰, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 lo recoge en el art. 14.1⁴²¹, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el art. 6⁴²², la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁴²³ en el art. 47⁴²⁴.

⁴¹⁷ López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps, Pablo y Satrustegui, Miguel. 1991. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos. Op. Cit.* P.277.

⁴¹⁸ Por poner solo algunos ejemplos de la abundante jurisprudencia constitucional, SSTC 13/1981 (BOE núm 121 de 21 de mayo), 46/1982 (BOE núm 185 de 4 de agosto), 59/1983 (BOE 189 de 9 de agosto); 4/1984 (BOE núm 42 de 18 de febrero), 102/1984 (BOE núm 285 de 28 de noviembre), 99/1985 (BOE núm 265 de 5 de noviembre), 103/1986 (BOE núm 175 de 23 de julio), 23/1987 (BOE núm 54 de 4 de marzo), 324/1994 (BOE núm 310 de 28 de diciembre).

⁴¹⁹ Algunos ejemplos como Golder (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496> ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170); Zimmermann (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57609> ECLI:CE:ECHR:1983:0713JUD000873779) Artico (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424> ECLI:CE:ECHR:1980:0513JUD000669474

⁴²⁰ “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁴²¹ “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

⁴²² “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

⁴²³ DOUE C 83/389 de 30.03.2010.

⁴²⁴ “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende otros derechos que en tanto que derivan y forman parte de su contenido también se consideran como derechos fundamentales. Nos referimos al derecho al juez predeterminado por la ley, al juez imparcial, a un proceso público y sin dilaciones indebidas, a la fundamentación de la resolución, al derecho de recurso en materia penal o a la asistencia letrada. Al objeto de estudio de nuestra investigación, solo nos detendremos en la asistencia letrada al que haremos referencia en un primer momento de forma general, para posteriormente aplicar su estudio a la asistencia letrada de los MENA.

El derecho a la asistencia letrada, tiene por objeto la eficaz defensa de las personas que actúan ante un juez o tribunal. El proceso es una relación jurídica compleja, sometida a una serie de actos y plazos que requieren de un conocimiento experto y técnico adecuado. Este conocimiento es proporcionado por los abogados a través de los cuales se ejercita el derecho a la asistencia letrada. El letrado deberá asesorar a la persona sometida al proceso para conseguir el objetivo de su pretensión y dirigirá técnicamente el procedimiento a tal fin. Con este derecho se permitirá, además, que las partes en un proceso puedan actuar en igualdad de condiciones evitando así cualquier vulneración al derecho de igualdad.

Ahora bien, el derecho de contar con un experto para dirigir las pretensiones de la persona que accede a los tribunales, para poder obtener una resolución en defensa de sus intereses, está sujeto a unos costes económicos. Si la ley no arbitrara la posibilidad de que aquellas personas que no cuenten con medios suficientes para hacer frente a los costes del proceso, pudieran ser asistidos jurídicamente, la consecuencia lógica sería la desigualdad en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y por lo tanto su vulneración. Por ese motivo el derecho a la asistencia jurídica gratuita también es reconocido en los textos internacionales mencionados anteriormente⁴²⁵, si bien, cuando se

públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley”.

⁴²⁵ Así en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se dispone en el art. 14.3.d): “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser

refieren a los procesos de naturaleza penal.

4.1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA ASISTENCIA LETRADA DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA.

Como ya expusimos al inicio del presente epígrafe, nuestra CE regula el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24 CE. Es un derecho que pertenece a toda persona y por tanto sin discriminación alguna por su condición de nacional o extranjero (como se pronunció el TC en la sentencia 99/1985⁴²⁶); además como derecho fundamental tampoco podría operar ninguna discriminación por la situación administrativa del extranjero en España, por lo que el derecho puede ser ejercido tanto por los extranjeros que se encuentran en situación irregular como regular en España.

Por su parte, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se recoge en el art. 119 de la CE, y si bien por su situación sistemática en la Carta Magna, éste no forma parte del bloque de derechos con especial protección jurídica (art. 53 CE), el TC nos pone de manifiesto la relación entre ambos derechos en la STC 95/2003⁴²⁷ cuando dispone: *“La relación existente entre el derecho a la*

asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”; en el Convenio Europeo de Derechos Humanos el art. 6.3.c): “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan”; y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE art. 47.3: *“Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.*

⁴²⁶ BOE núm 265 de 5 de noviembre ECLI:ES:TC:1985:99.

⁴²⁷ BOE núm 138 de 10 de junio ECLI:ES:TC:2003:95. Esta sentencia es de suma importancia en la materia, puesto que declaró inconstitucional el inciso “legalmente” del art. 2 a) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que originariamente disponía *“En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.”* Igualmente la Sentencia realiza una interpretación del término “residencia” que debe ser considerado a una situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español según la interpretación que hay que darle por el Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia. Como consecuencia de esta sentencia, en la actualidad el derecho a la asistencia letrada gratuita se extensible a todos los extranjeros que residan en España, independientemente de que se encuentren en situación regular o no. Sin embargo, la sentencia no fue pacífica a estos efectos

asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha sido puesta de manifiesto por este Tribunal en no pocas ocasiones. Así, en la reciente STC 183/2001, de 17 de septiembre, recordando la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio, afirmábamos que: "el art. 119 CE, al establecer que 'la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar', consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues 'su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna "persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar' (STC 138/1988)" (STC 16/1994, FJ 3). Ahora bien, del propio tenor del inciso primero del art. 119 CE, según el cual la justicia será gratuita 'cuando así lo disponga la ley', se desprende que no nos hallamos ante un derecho absoluto e ilimitado. Por el contrario se trata de 'un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias' (STC 16/1994, FJ 3). En consecuencia, 'el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -penal, laboral, civil, etc.-, o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento' (STC 16/1994, FJ 3)".

Vistas las normas generales, la LOEX recoge como un derecho de los extranjeros el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 22). Este derecho se ha ido desarrollando desde que fuera introducido de forma muy limitada en la LO 4/2000, hasta incorporar finalmente en su integridad la jurisprudencia constitucional a la que hemos hecho referencia (STC 95/2003) tras su reforma

y contó con tres votos particulares, que negaban la posibilidad de que los extranjeros gozaran de este derecho para todas las jurisdicciones.

por la LO 2/2009. Pero es que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no solo se extiende a la tutela judicial como ya ha sido definida y referida a los órganos judiciales y por ende a procedimientos judiciales, sino que también se extiende a otro tipo de procedimientos de naturaleza administrativa tal y como dispone el art. 22.2: *“los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita”*.

Al objeto de nuestro estudio debemos de poner de relieve no solo la importante la previsión de que cualquier extranjero goce del derecho a la asistencia letrada gratuita en todos los procedimientos judiciales, independientemente de la jurisdicción en las que se encuentre, sino el derecho de los extranjeros a presentar recursos administrativos, y que en determinados procedimientos administrativos tanto de naturaleza sancionadora como no sancionadora pero que afectan a situaciones jurídicas con graves consecuencias en las que se puede encontrar un extranjero en situación irregular, reconozcan el derecho a la asistencia letrada gratuita. Hemos de recordar que como establece la STC 18/1981⁴²⁸, en el derecho administrativo sancionador, por sus características especiales y semejanzas con el derecho penal, se reconocen derechos propios de la tutela judicial efectiva. En materia de extranjería los procedimientos de expulsión, son procedimientos sancionadores, pues la expulsión es considerada como sanción. Sin embargo, como ya hemos advertido, otros procedimientos que no son sancionadores, también permiten esta asistencia letrada como es el de devolución, retorno o de protección internacional, pues son procedimientos que implican decisiones de iguales consecuencias que la expulsión. Es aquí donde, como veremos más adelante, podremos plantearnos si no es posible que en otro tipo de procedimientos

⁴²⁸ BOE núm 143 de 16 de junio ECLI:ES:TC:1981:18.

administrativos en atención al sujeto que se ve implicados en ello, como un menor, así como por el carácter de la decisión, podrían contar también con esta previsión legal.

4.2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA ASISTENCIA LETRADA EN LOS MENORES. ESPECIAL REFERENCIA AL COLECTIVO DE MENA.

Como ya expusimos al comienzo de este epígrafe, y sin perder de vista el objeto de nuestra investigación, debemos de centrarnos ahora en la aplicación de los derechos estudiados en el colectivo de MENA desde una visión general.

En primer lugar y respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, les será de aplicación en toda su extensión como a toda persona por el hecho de serlo. No nos cansamos de decir, por muy obvio que resulte, que los derechos fundamentales derivan de la dignidad de la persona, cualidad predicable a todas las personas, sin distinción alguna, y menos por la edad. Por tanto, todos los niños al igual que los adultos tienen derecho a acudir a los tribunales de justicia para defender sus intereses y derechos.

En el campo de los menores, e íntimamente ligado al derecho de la tutela judicial efectiva, debe ser especialmente considerado el derecho a la audiencia del menor, que si bien no es un derecho fundamental con sustantividad propia integrado en la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), sí cobra una especial trascendencia cuando nos referimos al niño. No debemos de olvidar que el derecho a la audiencia del menor es uno de los pilares en los que se sustenta la CDN y además se configura como una norma de procedimiento del interés superior del menor que deberá impregnar cualquier actuación y decisión que afecte a un menor. El TC se ha pronunciado así al respecto entendiendo en la STC nº 221/2002 de 25 de noviembre⁴²⁹ en el Fundamento Jurídico 5º: “(...) al

⁴²⁹ BOE núm 304 de 20 de diciembre ECLI:ES:TC:2002:221. Es esta la primera sentencia que se refiere a este derecho como integrante de la tutela judicial efectiva en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9 de la LOPJM y el art. 12 de la CDN. Otras SSTC en el mismo sentido son:

encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (...), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE (...)”.

La CDN no hace referencia a la tutela judicial efectiva de forma general, y solo se detiene en las garantías del mismo en el ámbito sancionador en el art. 40. Sí se ha pronunciado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva la Observación General nº 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁴³⁰ que dispone: “4. Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han

71/2004 de 19 de abril (BOE núm 120 de 18 de mayo ECLI:ES:TC:2004:71), 152/2005 de 6 de junio (BOE núm 162 de 8 de julio ECLI:ES:TC:2005:152), 17/2006 de 30 de enero (BOE núm 51 de 1 de marzo ECLI:ES:TC:2006:17); 22/2008 de 31 de enero (BOE núm 52 de 29 de febrero ECLI:ES:TC:2008:22); 163/2009 de 29 de junio (BOE núm 181 de 28 de julio ECLI:ES:TC:2009:163).

⁴³⁰ CRC/GC/2003/5 Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2003%2f5&Lang=en

violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39” añadiendo más adelante: “25. (...), el Comité subraya que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos, deben poder invocarse ante los tribunales. Es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos”.

La expresa mención a la asistencia letrada viene reconocido en la CDN en el art. 40 que como expusimos, es el que recoge las garantías y derechos del proceso sancionador. Sin embargo, no se menciona la gratuidad de la asistencia letrada, a diferencia de la previsión gratuita del intérprete que deba intervenir en el proceso⁴³¹. No obstante, aunque no lo diga expresamente la CDN, entendemos que la disposición expresada en modo imperativo obliga en todo caso a la asistencia letrada y por tanto si faltaran medios económicos deberá ser proveída por el propio Estado. En cualquier caso, entendemos también que esta omisión debe ser integrada con los que refiere el texto principal de las Naciones Unidas en esta materia, que es el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁴³². Pero como veremos a continuación, ha sido la labor del Comité a través de las Observaciones Generales, quien ha reconocido este derecho (la asistencia letrada) en otros ámbitos distintos al estrictamente sancionador.

⁴³¹ Dispone el art. 40.2.b): “ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.” Y respecto al derecho al intérprete gratuito dispone: “vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado”.

⁴³² BOE núm 103 de 30 de abril de 1977. Art. 14.3.d) “A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

La omisión de la CDN a este derecho, sin embargo es integrado a través de las interpretaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño en varias Observaciones Generales. La Observación General n° 10 (Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes)⁴³³ se refiere al derecho de la asistencia letrada gratuita: “49 Debe garantizarse al niño asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa. En la Convención se dispone que se proporcionará al niño asistencia, que no tendrá por qué ser siempre jurídica, pero sí apropiada. Queda a la discreción de los Estados Partes determinar cómo se facilitará esa asistencia, la cual deberá ser gratuita. El Comité recomienda que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos. Es posible otra asistencia apropiada (por ejemplo, de asistentes sociales), si bien esas personas deberán tener un conocimiento y una comprensión suficientes de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de niños, niñas y adolescentes y haber recibido formación para trabajar con niños que tengan conflictos con la justicia. 50. Conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, el niño y la persona que le preste asistencia debe disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Las comunicaciones entre el niño y la persona que le asiste, bien sea por escrito u oralmente, deberán realizarse en condiciones que garanticen que se respetará plenamente su confidencialidad, de conformidad con lo previsto en el inciso vii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención, y el derecho del niño a no ser objeto de injerencias en su vida privada y su correspondencia (artículo 16 de la Convención)”.

La Observación General n° 14⁴³⁴ relativa al interés superior del menor, también se refiere a este derecho como una de las garantías procedimentales para hacer valer este derecho y que por lo tanto no solo se circunscriben al ámbito sancionador: “96. El niño necesitará representación letrada adecuada

⁴³³ CRC/C/GC/10 Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f10&Lang=en

⁴³⁴ CRC/C/GC/14

cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión”.

Por último la Observación General nº 20⁴³⁵ sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, recoge la necesidad de brindarle a los adolescentes asistencia jurídica gratuita, como medida adicional al derecho a ser escuchado y a su participación: “23... Como complemento de las medidas, es necesario introducir mecanismos de denuncia y reparación seguros y accesibles con competencia para examinar las denuncias formuladas por los adolescentes y brindarles acceso a servicios jurídicos gratuitos o subvencionados y otros tipos de asistencia apropiada.”

Como ya hicimos alusión en el apartado anterior, el derecho a la asistencia letrada, si bien es un derecho íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva, también puede ser predicable de cualquier otro procedimiento en el que se encuentre el menor. Tanto las Observaciones nº 5 como la nº 10 solo citan a los procedimientos judiciales. Sin embargo, si acudimos a la Observación nº 14, comprobamos que se incluyen “procedimientos administrativos” en los que deba de determinarse el interés superior del menor. Así pues esta interpretación que el Comité nos ofrece del interés superior del menor (en la Observación más moderna y que interpreta un principio fundamental del derecho de los menores), permitirá fundamentar la presencia de asistencia letrada en procedimientos administrativos en los que deba decidirse sobre el menor, pues no cabe duda que cualquier decisión sobre éste, tendrá que estar fundamentada de acuerdo al interés superior del mismo.

Otra cuestión que nos debemos de plantear es la relativa a cómo debe

⁴³⁵ CRC/C/GC/20

ser esa asistencia letrada. Según las Observaciones del Comité, la misma tendrá que ser especializada y apropiada. Las personas que deban asistir jurídicamente a los menores deberán contar con formación específica en materia de menores. Así lo disponen tanto la Observación nº 10 en materia de justicia sancionadora, pero también la Observación nº 14 al considerarla para la aplicación del derecho del superior interés del menor en todos los procedimientos judiciales o administrativos. Entendemos que la necesidad de una asistencia letrada de calidad, deriva precisamente de la vulnerabilidad del menor. La asistencia de calidad la podemos entender como aquella asistencia especializada, y la especialización implica formación adecuada. Esta formación deberá por consiguiente estar acreditada a través de los correspondientes cursos de capacitación que deberán ser impartidos por organismos públicos como Universidades o Colegios Profesionales, o bien organismos privados pero debidamente homologados y con control público. Será pues el Estado quien deba imponer qué condiciones son necesarias para poder asistir a los menores.

Una vez vistas las consideraciones generales, pasemos ahora a la aplicación de las mismas al colectivo MENA.

En primer lugar, hemos de señalar que todo lo dispuesto hasta ahora es de aplicación a los MENA. Así pues los mismos gozarán del derecho a la tutela judicial efectiva en el país en el que se encuentren, y así mismo tendrán derecho a la asistencia letrada no solo cuando estén sujetos a procedimientos sancionadores, sino también en todos aquellos tanto judiciales como administrativos, en los que se deba tomar una decisión respecto a los mismos en los que se deba tener en cuenta el superior interés del mismo.

La Observación General nº 6, recoge una especial previsión respecto a la asistencia letrada de los MENA solicitantes de asilo: *“69. El menor no acompañado o separado tendrá en todo caso acceso gratuito a un representante jurídico competente, incluso si la solicitud de asilo se tramita con arreglo al procedimiento normalmente aplicable a los adultos.”* Reafirmando las ideas anteriormente expuestas, se comprueba cómo el derecho a la asistencia letrada gratuita se debe de extender a un procedimiento administrativo como lo es el

derecho de asilo, así como la necesidad de “representante jurídico competente”. Es nuevamente la Observación nº 6 la que nos manifiesta la necesidad de esta cualificación para poder valorar el superior interés del MENA, y así dispone: “95. La evaluación de las consecuencias de las distintas soluciones debe basarse en los conocimientos generales (es decir, en las esferas del derecho, la sociología, la educación, el trabajo social, la psicología, la salud, etc.) de las posibles consecuencias de cada posible solución para el niño, dadas sus características individuales y las experiencias anteriores”.

La calidad de la asistencia letrada en la esfera de los MENA cobra aún más sentido. Pues si bien el derecho de menores tiene sus especificidades, en los menores extranjeros hay que combinar dos ramas jurídicas distintas: el “Derecho de Extranjería” y lo que hemos denominado “Derecho del Menor”, por este motivo la especialización deberá ser mayor. Más allá de la previsión que el Comité ha realizado respecto a la necesidad de una asistencia jurídica adecuada, éste no ha determinado cuáles son los ítems que deben ser incluidos en la capacitación de los abogados o personas que puedan asistir jurídicamente a los menores.

Por su parte la UE en materia de MENA reconoce en el Plan de Acción que si bien los distintos instrumentos jurídicos en materia de extranjería, ya contienen previsiones de protección jurídica reforzada cuando nos encontramos ante solicitantes de asilo o refugio, víctimas de trata de seres humanos, no se contemplan iguales previsiones en cuanto a la acogida y asistencia. En este punto nos movemos entre dos instituciones que si bien tienen dos funciones diferentes, podrían, por motivos de eficiencia y efectividad, ser asumidas por una misma persona, al menos solo en el momento en el que el presunto menor está sujeto a la atención inmediata: el representante legal del presunto mena, y el representante que asuma su defensa jurídica⁴³⁶. Así el Plan de Acción se hace

⁴³⁶ La asistencia letrada no es lo mismo que el representante del MENA que debe ser nombrado. Ya nos hemos referido a la ausencia de representante del presunto menor en el tiempo de atención inmediata y por tanto durante el tiempo en el que el sujeto está sometido al procedimiento para la determinación de la edad. Como mantenemos a lo largo de este trabajo, podría ser asumido por el letrado que asista al presunto MENA, sin perjuicio de que nada impide que desde el primer momento el sujeto pueda ser declarado en desamparo en tanto se determina su edad y si resultara mayor de edad se revocara el desamparo y se archivara el expediente,

eco expresamente de la ausencia de representante en el momento de la detección o localización del menor y dispone: “La representación sólo está prevista expresamente para los solicitantes de asilo. Aunque la Directiva sobre el retorno, la Directiva sobre la protección temporal, la Directiva sobre las víctimas de la trata de seres humanos y los instrumentos internacionales pertinentes contienen garantías importantes para los menores no acompañados, los Estados miembros disponen de un margen de interpretación. Por otra parte, no se ha llegado a ningún entendimiento sobre las facultades, la cualificación y la función de los representantes. Los menores no acompañados deberían ser informados de sus derechos y tener acceso a los mecanismos de reclamación y supervisión vigentes”.

El Plan de Acción manifiesta su preocupación por la capacitación de aquellas personas que deban de asistir a los MENA adelantando de que no existe acuerdo al respecto entre los Estados Miembros. En este sentido también se ha manifestado la Comisión Europea a través de un informe elaborado por la Comisión Europea el Consejo Europeo para los Refugiados y Exiliados (ECRE)⁴³⁷. Como refiere el informe de la Comisión Europea, es necesario que la

pues de esta forma el presunto menor durante ese periodo tendría representante legal, pues esta representación es asumida por la Entidad Pública. Ahora bien ello no sería óbice para que al presunto menor se le nombrara un letrado que le asistiera jurídicamente durante el procedimiento y por tanto con unas funciones delimitadas. El representante del menor es el tutor o asesor de éste quien según la Observación nº 6 también debe estar debidamente capacitado. “33. Los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del niño o niña no acompañado o separado de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición de niño no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el niño llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales. Se consultará e informará al tutor de todas las medidas adoptadas en relación con el niño. El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del niño y buscar una solución duradera. El tutor o asesor tendrá los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del niño estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el niño necesita. No podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del niño”.

⁴³⁷ European Council on Refugees and Exiles. 2014. «Guiding principles for quality legal assistance for unaccompanied children. Right to Justice: Quality legal assistance for unaccompanied children project.» Justice Department. Fundamental Rights. Rights of the Children, European Commission, Brussels. “Secondly, unaccompanied children are often subject to not just one distinct procedure but several, such as age assessment procedures as well as migration or asylum procedures, during their time in the host Member State. These multiple

asistencia jurídica a los MENA sea de calidad. Se requieren específicas capacidades y conocimientos tanto en derecho de inmigración y extranjería, como en derechos del niño. De cualquier forma, la UE reconoce que no es una tarea fácil determinar qué se entiende por asistencia de calidad. No existen listas o ítems establecidos que puedan fijar el concepto, pero sin duda a nadie se le escapa que al menos sí debe existir una formación adecuada. Además, no en todos los países de la UE, se regula específicamente esta asistencia, y en muchas ocasiones se deja en manos de ONG que tienen objetos muy diversos, y que a la postre podría ser cualquier abogado, quien al amparo de la actuación de la ONG podría asumir la representación del menor, sin que por lo tanto se haya avanzado en absoluto en la recomendación. Pero aún así no podemos obviar que las ONG especializadas pueden ser las que mayores representantes jurídicos con las capacidades adecuadas posean para esta labor. El informe elaborado por la ECRE y al que venimos haciendo referencia pone como ejemplos el Colegio Francófono de Abogados de Bruselas, en el que existe una sección especializada en abogados que trabajan con MENA. Estos abogados deben de trabajar en el año con al menos 10 casos y estar sujetos a formación continuada. También en el Reino Unido la Immigration Law Practitioners Association (ILPA), facilita abogados formados y además está comprometida con programas de formación continua.

4.3. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ASISTENCIA LETRADA DE LOS MENA EN ESPAÑA.

De acuerdo a todo lo expuesto hasta ahora, no nos debería caber duda de que los MENA en España, tienen derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto podrán acudir a los tribunales para defender sus intereses y derechos, y que en aplicación de lo dispuesto por las Observaciones Generales estudiadas, también tendrán derecho a la asistencia letrada, no solo en materia

procedures present multifaceted challenges which are all the more difficult to follow for unaccompanied children given their inherent vulnerability as persons in need of special protection and assistance (...). Legal assistance is crucial to help them understand the procedures, enable them to assert their rights in the process and present their case with a view to finding a durable solution in the child's best interest".

sancionadora, sino también ante cualquier procedimiento en el que se deba de decidir sobre alguna cuestión que incida directamente sobre su vida y que por lo tanto deba de aplicarse el derecho al superior interés del menor. Sin embargo podemos adelantar que ello no es así.

Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva cabría pensar que como derecho fundamental debe estar garantizado e implica que el menor no solo puede acudir a los tribunales directamente para defender sus intereses, sino que también puede acudir a los tribunales para que éstos revisen un determinado acto o procedimiento administrativo. Como tendremos oportunidad de estudiar en el Capítulo IV, en el procedimiento de determinación de la edad, la decisión del Fiscal, no está sujeta a recurso alguno de forma directa, si bien sí puede acudirse a los tribunales de manera indirecta. Ciertamente es que podríamos entender que en este sentido no se impide el ejercicio a la tutela judicial efectiva, pero creemos, como será explicado en el Capítulo siguiente, que se debería de exigir legalmente la posibilidad del recurso directo a la jurisdicción, y que sea el objeto principal del procedimiento el debate sobre la determinación de la edad, y que por tanto, no sea una cuestión incidental precisamente por ese acceso indirecto a los tribunales.

Nos centraremos ahora fundamentalmente en el análisis del derecho a la asistencia letrada del menor extranjero no acompañado.

El art. 22 de la LOEX, será de aplicación a todos los extranjeros que se encuentren en España. Nos detendremos en lo que se dispone en el apartado 2 que como ya analizamos se refiere a la asistencia letrada en procedimientos administrativos que impliquen expulsión, devolución, denegación de entrada en territorio nacional, así como los procedimientos administrativos de protección internacional. Claramente todos estos procedimientos excepto el relativo a la protección internacional solo serán de aplicación a los mayores de edad. La LOEX prevé otros procedimientos para los menores de edad, como son el procedimiento para la determinación de la edad, la repatriación, los procedimientos que permitan la integración del menor (obtención de permisos de residencia o incluso la nacionalidad), o los procedimientos de protección.

Creemos que la omisión es significativa, pues la LOEX olvida por completo el colectivo MENA, cuando de acuerdo a las Observaciones del Comité, debería de haber recogido esta posibilidad, so pena de permitir la vulneración de derechos de los MENA. En este sentido cobra especial relevancia el Informe del Defensor del Pueblo sobre “Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España” de 2005⁴³⁸, que va analizando el derecho a la asistencia letrada de los menores extranjeros tanto acompañados como no acompañados a través de las distintas situaciones jurídicas en las que éste se encuentra. Este informe concluye que, para poder ejercer adecuadamente el derecho a ser oído del menor, es necesario que éste cuente con una asistencia jurídica independiente y orientada al superior interés del menor.

El art. 35 de la LOEX recoge las líneas básicas de los procedimientos de repatriación y determinación de la edad, pero no hace referencia a la necesidad de la asistencia letrada. En el procedimiento de repatriación sí se recoge la figura del representante del menor, como aquél que puede intervenir por el menor en el procedimiento⁴³⁹. Pero la ley no nos explica qué cualidades debe tener este representante, si debe ser un letrado o no, y si puede ser proporcionado gratuitamente por el Estado o no. Tampoco el RLOEX (arts. 191 a 195), hace ningún tipo de mención al derecho de asistencia letrada en los procedimientos de determinación de la edad o de repatriación del menor.

Estamos de acuerdo con lo que manifiesta Fernández Arevalo (2006)⁴⁴⁰: “aunque la LOE y el RLOE nada contemplan explícitamente al respecto, y en la práctica no se designa abogado, a mi juicio una correcta interpretación del

⁴³⁸ Disponible en el siguiente enlace de descarga: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2005-05-Informe-sobre-asistencia-jur%C3%ADdica-a-los-extranjeros-en-Espa%C3%B1a.pdf>

⁴³⁹ Art. 35.6 LOEX: “A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.”

⁴⁴⁰ Fernández Arevalo, Luis. 2006. «Menores extranjeros no acompañados: problemática legal.» *Op. Cit.*

derecho de asistencia letrada contemplado en el art. 22.1 LOE (...) reconduce al reconocimiento de este derecho de asistencia letrada, so pena de incurrir en una discriminación por razón de edad, con independencia de que el art. 35.3 LOE y 92.4 RLOE no lo reconozcan explícitamente. A ello debe agregarse la previsión contemplada en el art. 20.2 LOE, que dispone que “los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley”, y dada la minoría de edad del menor, situación de vulnerabilidad, y posible contradicción de intereses con los de las Comunidades Autónomas y el Estado, la contradicción solo puede asegurarse con dicha asistencia letrada”.

El derecho a la asistencia letrada del menor en cualquier procedimiento administrativo al que se encuentre sometido tiene que estar garantizado por la ley, independientemente del grado de madurez del menor. En este sentido y aplicado al caso del procedimiento de repatriación, Sánchez Covisa - Villa (2007)⁴⁴¹ manifiesta: “la cuestión relativa a la asistencia letrada de los menores extranjeros no acompañados en los expedientes administrativos de repatriación, dependerá directamente de cuál sea la capacidad de actuar ante las Administraciones Públicas de los menores que se le reconozca. (...) En los procedimientos administrativos el asesoramiento es voluntario o no preceptivo; pero encontrándose directamente vinculado al derecho de defensa implica que, cuando el interesado carece de medios económicos y solicita la asistencia jurídica gratuita, esta debe serle facilitada como presupuesto necesario para la validez de la resolución que se adopte (...) Que es trasladable a éste ámbito toda la doctrina reiteradamente asentada por el TC sobre el derecho de asistencia letrada en los procesos en que no es preceptiva la intervención de letrado, significadamente que el carácter no preceptivo o necesario de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos, no obliga a las partes a actuar

⁴⁴¹ Sánchez Covisa - Villa, Joaquín. 2007. «Sobre determinados aspectos del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros no acompañados: audiencia del menor y asistencia jurídica.» *Estudios Jurídicos*. (Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos).

personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, de tal manera que desde la perspectiva constitucional, no es aceptable denegar la tramitación de la solicitud de nombramiento de Abogado de oficio al demandado que alega insuficiencia económica con el solo argumento de que el proceso al que es llamado no requiere intervención preceptiva de Abogado (STC 22/4/1987 nº 47/1987). Y ello es así porque el derecho a la defensa y a la asistencia letrada consagrado en el art. 24.1 CE tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios procesales de igualdad y contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios ante las respectivas posiciones de las partes en el proceso o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión constitucionalmente prohibido por el art. 24.1 (STC 222/2002 entre otras)". Continúa este autor con el supuesto de que no se aceptara la capacidad de actuación de los menores maduros en el procedimiento de repatriación. En este sentido argumenta "la asistencia jurídica obligatoria de los menores en el procedimiento repatriativo es una exigencia derivada de la necesidad de garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva que debe ser facilitada por todas las Administraciones públicas dado que es una obligación derivada del art. 11.1 de la LOPJM".

Como ya adelantamos creemos más acertada la postura del Defensor del Pueblo quien en materia de repatriación advierte que: "con independencia de la presencia del Ministerio Fiscal en un procedimiento administrativo en el que se decida sobre la repatriación de un menor extranjero no acompañado, el menor tiene derecho a ser asistido por un abogado y recibir el asesoramiento jurídico que le permita completar sus condiciones de inmadurez. Este reforzamiento en la asistencia jurídica del menor, que desde esta Institución se pide, en el sentido de contar siempre con la intervención de un letrado, además de la intervención del Fiscal que por imperativo legal está obligado a intervenir, tiene su razón de ser en los argumentos jurídicos que se han indicado y también en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 1/1996, ya que tal precepto hace recaer sobre las administraciones públicas el deber de facilitar a los menores la asistencia

adecuada para el ejercicio de sus derechos”⁴⁴².

Es cierto que el art. 22.2 de la LOEX, reconoce solo el derecho a los extranjeros adultos de hacer uso de la asistencia letrada en determinados procedimientos administrativos; sin embargo, los menores son un colectivo vulnerable que debe ser protegido, y por ese motivo entendemos que no puede quedar al albur de la decisión de un menor extranjero la posibilidad de contar o no con un asistente jurídico en el procedimiento de repatriación.

Hasta aquí sólo nos hemos referido al procedimiento de repatriación. Sin embargo, nuestro objeto de estudio es el procedimiento de determinación de la edad; así pues debemos preguntarnos si existe alguna previsión normativa en esta materia en nuestra legislación. Nuevamente la primera dificultad a la que tenemos que hacer frente es determinar la naturaleza del procedimiento. Como estudiaremos en el Capítulo IV, entendemos que estamos ante procedimiento administrativo⁴⁴³, aunque la competencia sea del Ministerio Fiscal⁴⁴⁴. En cualquier caso, creemos que no podemos justificar la falta de consenso respecto a la naturaleza del expediente de determinación de la edad, basada en la propia

⁴⁴² Informe del Defensor del Pueblo “Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España”. P. 330. Así mismo conclusión número 8.3 “El menor extranjero no acompañado debiera tener reconocido el derecho a ser asistido y asesorado por un letrado, con independencia de la presencia del Ministerio Fiscal, en el procedimiento administrativo en el que se decida sobre su repatriación y también en el expediente administrativo para declararle en desamparo. Resultaría conveniente que el abogado fuese el mismo en ambos procedimientos”.

⁴⁴³ En este sentido se pronuncia la STS de la Sala Tercera 2194/2016 de 11 de octubre ([ROJ: STS 4464/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4464](#)) en el Fundamento Jurídico 3º al valorar la determinación de la edad que se había realizado por el Ministerio Fiscal de una persona extranjera: “La Sala ha valorado adecuadamente la actuación administrativa llevada a cabo para verificar la edad del recurrente, que se practicó con todas las garantías, con intervención de la Fiscalía de Menores y la realización de pruebas para determinar la edad”.

⁴⁴⁴ El Ministerio Fiscal tiene la consideración de autoridad. Pero no es autoridad judicial aunque según la Declaración realizada por España en el Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 (BOE núm 223 de 17 de septiembre) se considere al Ministerio Fiscal como autoridad judicial (Declaración al art. 24). Sin embargo incluso en materia de cooperación internacional también parece superada esta calificación de autoridad judicial, puesto que la Directiva sobre la Orden Europea de Investigación 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 130/1 de 1.5.2014), se refiere al Ministerio Fiscal como “autoridad de emisión” eliminando así cualquier confusión sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal. Así las cosas, como autoridad que es, existen autores como De Ramón Fors, Ignacio. 2010. «La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal.» *Diario La Ley* (7433) que mantienen que sus actos pueden estar sujetos cuando no se disponga a otra cosa al régimen de recursos del procedimiento administrativo, si bien el Ministerio Fiscal, no es un órgano que forme parte de la Administración General del Estado pues es un órgano constitucional autónomo.

naturaleza del Ministerio Fiscal para obviar el ejercicio del derecho de asistencia letrada en este procedimiento. Como ya manifestamos al principio de este apartado, ni la LOEX ni el RLOEX recogen la posibilidad de asistencia letrada en la determinación de la edad⁴⁴⁵.

La determinación de la edad, es un procedimiento que, si bien debe cumplir con todas las exigencias de protección del menor, ya que en aras del derecho al superior interés del menor, la duda sobre si nos encontramos ante un mayor o menor de edad, debe resolverse a favor de la minoría de edad; lo cierto es que las consecuencias jurídicas de la decisión, pueden tener efectos directos sobre la posible expulsión o devolución de quien resulte finalmente mayor de edad. Pero también el hecho de que finalmente se determine la minoría de edad, también generará una serie de consecuencias jurídicas que afectarán al menor de edad. Así pues, los intereses que han de ser protegidos a través del procedimiento son complejos, atendiendo al sentido de la decisión que adopte el órgano competente. La presencia de la correspondiente asistencia letrada permitirá velar por ellos, pues el letrado podrá actuar en el procedimiento presentando pruebas o alegando técnicamente razones que permitan defender los intereses del extranjero. En este mismo sentido se pronuncia Sánchez Jiménez (2010)⁴⁴⁶: “señalados los diversos aspectos a considerar por los Fiscales en relación a la determinación de la edad del presunto menor no acompañado, entendemos que, si bien es cierto que se trata de medidas que garantizan su protección para que este objetivo quedara totalmente cubierto sería precisa la asistencia letrada del menor. Sería esencial al proceder al control sobre los distintos aspectos que han de ser considerados por el Fiscal para valorar la necesidad de la prueba de determinación de la edad; fundamental también en lo que respecta a la información que, consecuencia de la celeridad, precisa ser suministrada al menor de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, relativa a las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos; esencial también en orden al consentimiento del menor o, en

⁴⁴⁵ El Protocolo de MENA tampoco establece la posibilidad de la asistencia letrada gratuita, pues ello sería regular un aspecto del procedimiento que no se recoge en la Ley.

⁴⁴⁶ Sánchez Jiménez, María Angeles. 2010. «Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados.» *Revista jurídica de la Región de Murcia*. (44): 119-143.

particular, al caso en que no otorgara su consentimiento para la práctica de la prueba de la edad en tanto que podría asesorar al menor sobre su actuación, y fundamental sería la asistencia letrada para el control de la existencia de una resolución expresa sobre la edad del menor de acuerdo con las pautas del FGE. La asistencia letrada del menor desde el momento de su localización supondría que el control de los diversos aspectos que garantizan la protección del menor se realizarían en este momento y no habrían de esperar necesariamente a la fase de recursos, en la cual se procede a la revisión, precisamente, de las posibles vulneraciones de las medidas de protección del menor en la fase administrativa previa”.

La conclusión 8.4 del informe del Defensor del Pueblo al que venimos refiriéndonos en el presente epígrafe se pronuncia en el siguiente sentido: “En los supuestos en los que exista controversia sobre la edad del menor, una vez realizadas las pruebas periciales pertinentes, el Ministerio Fiscal deberá pronunciarse sobre la misma. La resolución de ese órgano debería establecer con valor de presunción la edad del menor. En cualquier caso los letrados ejercerán las acciones oportunas cuando la fijación de la edad no sea correcta, bien se haya determinado por una decisión del Ministerio Fiscal, o bien se haya determinado por la vía de hecho”.

Sin embargo, a pesar de lo anterior y de que la LOEX, y especialmente el art. 35, fue modificada en el año 2009 las enmiendas que propusieron la introducción de la asistencia letrada gratuita de los menores extranjeros no acompañados en los procedimientos de repatriación y determinación de la edad, no prosperaron⁴⁴⁷. No obstante la Comunidad Autónoma del País Vasco, ha

⁴⁴⁷ En el Proyecto de Ley que dio lugar a la modificación de la LO 4/2000 a través de la LO 2/2009, se incluyeron dos enmiendas en el trámite parlamentario ante el Congreso de los Diputados, por el Grupo Parlamentario Mixto, que pretendían recoger en la ley el reconocimiento a la asistencia letrada gratuita en el art. 35 de la LOEX. Así la enmienda nº 35 que pretendía añadir en el art. 35.4 el siguiente texto: “Desde el inicio del procedimiento de repatriación, el menor contará con la asistencia letrada oportuna, que será garantizada por la Administración General del Estado”; y la enmienda (nº 107) en la que se interesaba que el apartado 10 del art. 35 tuviera la siguiente redacción: “El menor tendrá derecho a la asistencia letrada y a solicitar el beneficio de justicia gratuita desde el momento en que sea detectado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. A tal efecto se solicitará al Colegio de Abogados la asistencia del abogado del turno de oficio especial de extranjería, quien le asistirá si no es nombrado abogado particular. Este abogado designado de oficio le asistirá a lo largo de todo el procedimiento de

introducido en su norma de Asistencia Jurídica Gratuita⁴⁴⁸ una previsión respecto a los menores extranjeros no acompañados y así dispone en el art. 15.2 *“En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa o civil, cuando se trate de recurrir las órdenes forales relativas a la edad del o la menor extranjera, podrá iniciar el procedimiento de reconocimiento del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita el letrado o letrada que represente los intereses de la persona extranjera cuya minoría de edad sea discutida, conforme al procedimiento establecido en el párrafo 1 de este artículo”*. La ley hace referencia al ámbito contencioso – administrativo, esto es, al ámbito judicial y no a los procedimientos administrativos, sin embargo, de la dicción de este artículo podríamos entender e interpretar que también podría integrarse el supuesto de que el presunto menor ya pudiera contar con un letrado que lo represente en el expediente de determinación de la edad.

También la Comunidad Autónoma de Cataluña se ha hecho eco de la necesidad de contar con abogados pertenecientes al turno de oficio para asistir y asesorar a menores extranjeros no acompañados. Así la Circular 1/2013 de 13 de mayo de la Subdirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia sobre criterios para proveer la intervención de abogados del turno de oficio del Colegio de Abogados de Barcelona designados para la defensa de los menores extranjeros no acompañados, establece unas normas para el nombramiento de dichos profesionales. De lo establecido en el punto 7º de dicha Circular, se deduce que todos los presuntos menores que estén sometidos a un procedimiento de determinación de la edad deberán contar con la asistencia letrada en el expediente⁴⁴⁹. Así pues la diferencia con la norma prevista en el País Vasco, es que en Cataluña, el derecho a la asistencia letrada se establece y adelanta al procedimiento de determinación de la edad⁴⁵⁰.

determinación de la edad, de declaración de desamparo, de asunción de la tutela, así como en la posible incoación del expediente de repatriación.” (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A núm 31-8 de 9 de octubre de 2009).

⁴⁴⁸ Decreto 110/2012 de 6 de julio de 2012. BOPV núm. 132 de 06 de Julio de 2012.

⁴⁴⁹ Concretamente se dispone lo siguiente: “Si el Decreto de la Fiscalía establece la minoría de edad, el adolescente podrá solicitar mediante comparecencia que el letrado designado por el turno de oficio siga siendo su representante legal en el procedimiento administrativo de protección, y que le sean notificadas en virtud de ello las resoluciones administrativas posteriores”.

⁴⁵⁰ De acuerdo a los expedientes de determinación de la edad examinados, también en los procedimientos que se llevan a cabo por el Fiscal en Ceuta, cuando el menor es informado en

La importancia de este derecho también ha sido reconocido por el Consejo General de la Abogacía Española en las conclusiones del XXIV Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo celebrado en Bilbao en 2014. Así recomienda: “la inclusión en el Protocolo de Menores Extranjeros la asistencia letrada obligatoria para el menor extranjero no acompañado en cualquier procedimiento administrativo relativo a la determinación de la edad, dadas las graves consecuencias que ello puede tener para su estatuto jurídico. Sería deseable en cualquier caso que, dada la previsible existencia de un conflicto de intereses con la Administración que lo debe tutelar (y que es la misma que trata de determinar que es mayor de edad para eludir sus responsabilidades) se nombre un letrado en la figura del Defensor Judicial, para el menor desde el mismo momento de la detección de su caso y sin esperar a la existencia de un procedimiento de determinación de la edad o de repatriación (de forma similar a la asistencia letrada en procedimientos de expulsión o devolución donde el extranjero tiene garantizada dicha asistencia desde que se detecta su situación de irregularidad documental). No tiene justificación alguna que se garantice la asistencia letrada a extranjeros mayores de edad para cualquier procedimiento que pueda acarrear su expulsión del territorio nacional y no se garantice así para los menores de edad, respecto a los cuales la propia Administración ostenta un deber especial de protección conforme a la legislación nacional e internacional vigente en nuestro sistema”⁴⁵¹.

presencia del Fiscal de las pruebas médicas a realizar y se le solicita su consentimiento, también está acompañado de un letrado de oficio en ese momento.

⁴⁵¹ Se introduce aquí la figura del Defensor Judicial (arts. 299 a 302 del CC) identificándolo con “asistente jurídico o representante jurídico”. El nombramiento del defensor judicial, se recoge en los arts. 27 a 32 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio (BOE nº 158 de 3 de julio). Pues bien, este defensor judicial está previsto para integrar la capacidad procesal, pero en la regulación jurídica de los MENA, y concretamente en el expediente de repatriación se recoge la necesidad de nombrar a un defensor judicial cuando los intereses del menor extranjero no coincida con los intereses de su tutor (administración), ni los del Ministerio Fiscal. La Ley 15/2015, establece desde el art. 1 que la misma se aplicará a los expedientes de jurisdicción voluntaria para la tutela de los derechos e intereses en materia de Derecho civil y Mercantil. Así pues, el primero de los problemas con el que nos podríamos tropezar es la propia naturaleza de los procedimientos en los que debe de estar asistido el menor extranjero, que son de naturaleza administrativa. Si admitimos no obstante la existencia de la figura del Defensor Judicial en materia de MENA, creemos oportuno que por criterios de eficiencia y eficacia la designación sea directamente al letrado que sea nombrado como asistente y defensor jurídico, evitando acudir a procedimientos de Jurisdicción Voluntaria para su nombramiento. Parece que es este el tenor de lo que dispone la STC 183/2008 ya citada en su Fundamento Jurídico 5.: “Al margen de ello, y sin que resulte procedente que este Tribunal se pronuncie sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para el nombramiento de defensor judicial de los menores en casos como el presente, ni aún sobre si hubiera debido reconocerse capacidad directa ex art. 18 LJCA

Es importante destacar que, para el Consejo General de la Abogacía Española, el derecho a la asistencia letrada debe de proporcionarse desde el mismo momento en el que el presunto menor es localizado. Estamos de acuerdo en ello, porque desde ese momento el menor tendrá que estar asistido legalmente, pues se comienzan a tomar decisiones jurídicas. Sin embargo, para Ruiz Legazpi (2004)⁴⁵² la asistencia letrada existe desde el mismo momento de la localización pues ésta viene encarnada en la figura del Ministerio Fiscal quien asegurará la ayuda al menor. No compartimos esta opinión, pues entendemos que esta afirmación parte del error de identificar el superior interés del menor, con el interés propio del menor. El Ministerio Fiscal, actuará siempre atendiendo y velando por el mayor interés del menor, que puede no ser el mismo que el interés particular del menor. Pero es que además, el Ministerio Fiscal no puede realizar funciones de asesoramiento jurídico pues las mismas les están vetadas incluso bajo sanción disciplinaria.

Por último, hemos de referirnos a la necesidad de que no solo basta con que la asistencia letrada gratuita esté garantizada, sino además es necesario que la misma sea de calidad como ya apuntamos más arriba. La asistencia de calidad, implica que ésta debe ser especializada. Para ello será necesario contar con letrados debidamente capacitados en la materia de extranjería y también de menores. Nuestra legislación ya reconoce la necesidad de especialización de aquellos letrados que quieran defender los intereses de dos colectivos: los menores sujetos a procesos penales y las víctimas de violencia de género. Respecto a éstas últimas, la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁵³ dispone en el art. 20.3 que

al recurrente en vez de suplirla a través del nombramiento de defensor judicial, lo que, en sí mismo consideradas, son cuestiones de mera legalidad ordinaria, lo cierto es que la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, pero sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, han impedido de manera definitiva a un menor, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionando de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), para defender intereses personalísimos”.

⁴⁵² Ruiz Legazpi, Ana. 2004. «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados.» *Revista de Derecho Político*. (61): 141-172.

⁴⁵³ BOE núm 313 de 29 de diciembre.

regula el derecho a la asistencia jurídica de la víctima tanto en el procedimiento penal, pero también en cualquier procedimiento administrativo en el que ésta tenga que actuar y que traiga causa directa o indirecta de la violencia padecida que: *“Los Colegios de Abogados, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, asegurarán una formación específica que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género”*.

La asistencia letrada de los menores también ha sido considerada desde un punto de vista especial a los efectos de la capacitación de los letrados que presten los servicios. Sin embargo, esta especialización solo se concentra en un determinado procedimiento, el proceso penal. La Disposición Final Cuarta de la LO 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁴⁵⁴, hace referencia a la necesidad de especialización de Jueces, Fiscales y Abogados; respecto a estos últimos dispone: *“El Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas para que en los Colegios en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos letrados que deseen adquirir la especialización en materia de menores a fin de intervenir ante los órganos de esta Jurisdicción”*.

Es importante destacar en esta materia la conclusión a la que llega el Defensor del Pueblo en el informe de 2005 con la que mostramos nuestro acuerdo: *“La formación que reciben los letrados que asisten a menores sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, debería ser completada con aquellas materias que hacen referencia al sistema de protección de menores, en especial las que se refieren a la reagrupación familiar e integración laboral de los menores extranjeros”*.

La situación actual en España es que de los 83 Colegios de Abogados que existen⁴⁵⁵, no hay una línea común de actuación en materia de extranjería

⁴⁵⁴ BOE núm 11 de 13 de enero de 2000.

⁴⁵⁵ De acuerdo a lo que dispone la página web del Consejo General de la Abogacía Española visitada el día 4 de febrero de 2017: <http://www.abogacia.es/conozcanos/la-institucion/colegios-y-consejos/>

ni de menores extranjeros no acompañados. Existen Colegios de Abogados en los que se ofrece un Servicio de Orientación Jurídica (SOJ) a los extranjeros por letrados que deberían de estar especializados, otros Colegios de Abogados, poseen una comisión de extranjería, pero sin que se haga referencia al posible SOJ en la materia⁴⁵⁶.

Teniendo en cuenta lo expuesto, creemos que los letrados que quisieran asesorar judicialmente a los menores extranjeros, deben tener una formación específica tanto en la materia de menores como de extranjería. Dicha formación debería ser procurada por Universidades, centros de estudios homologados o por los propios Colegios de Abogados.

Debemos volver de nuevo a la STC 183/2008 a la que hicimos referencia al referirnos en el Capítulo II a la capacidad procesal del menor. Además de pronunciarse sobre ello, hizo otro importante pronunciamiento. Reconoció la legitimación activa en el procedimiento contencioso que dio lugar la impugnación de la repatriación del menor a las ONG que tienen entre sus fines estatutarios la integración social de colectivos marginados, en especial menores y jóvenes, pues tienen interés legítimo para actuar en estos procesos. Esta posibilidad nos puede abrir una vía para entender que abogados que forman parte de determinadas ONG puedan ser letrados cualificados, siempre y cuando justifiquen su especialización a través de los correspondientes cursos homologados, y que además puedan ser nombrados de manera inmediata como asistentes legales de todos aquellos presuntos menores que son localizados en España y que en consecuencia los asistan en la totalidad de los procedimientos en los que se vean involucrados.

En cualquier caso, si bien la vía abierta por la STC, puede ser adecuada, entendemos que la solución más acertada y objetiva, es fijar por ley un turno

⁴⁵⁶ Tras haber examinado las páginas webs de los Colegios de Abogados de todas las capitales de provincia de España, se ha podido comprobar que sólo algunos Colegios de Abogados como el de Bilbao, Zaragoza, Málaga, Barcelona, Madrid, Oviedo, Sevilla, tienen un servicio especial de atención al extranjero, o incluso un turno específico de extranjería. Otros muchos colegios poseen Comisiones de Extranjería como: Orense, Pamplona, Huesca, Teruel, Girona, Lleida, Castellón, Valencia, Alicante, Murcia, Granada, Córdoba, Guadalajara.

específico en todos los Colegios de Abogados de España para poder representar legalmente a todos los extranjeros, no solo menores, como colectivo de especiales características y en el que además se obligue a una formación continuada y constante.

CAPÍTULO IV. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN ESPAÑA: MEDIOS DE PRUEBA Y MÉTODOS MÉDICOS. ÓRGANO COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO.

En los capítulos anteriores nos hemos detenido en el análisis de las cuestiones generales referidas a las dimensión cuantitativa de las migraciones de MENA, sus causas y motivos, su perfil sociológico, su ordenación jurídica en España, el concepto jurídico de MENA y el análisis de aquellos derechos específicos de los menores, que deben estar presente en cualquier procedimiento que sea regulado, en aras de adoptar una decisión que les afecte. Sentadas esas bases, este capítulo tiene por objeto analizar el actual procedimiento de determinación de la edad de los MENA en España. El MENA podrá estar sometido a varios procedimientos por parte de los poderes públicos, pero sin duda el primero de ellos en los casos de aquellos en lo que se duda sobre su edad, y por tanto sobre el primero de los elementos que conforman su propio concepto, será aquel por el cual los poderes públicos determinen la edad del mismo. Por este motivo, en primer lugar haremos referencia a la importancia de la determinación de la edad.

En segundo lugar nos detendremos en el análisis del procedimiento en sí, estudiando tres cuestiones principales: los medios y métodos probatorios, la competencia y por último el cauce formal. Nos detendremos en primer lugar en los medios y métodos probatorios, pues todos los aspectos que sean tratados serán comunes independientemente de a qué órgano se atribuya la competencia y el cauce formal que se siga. En segundo lugar analizaremos la competencia para tomar la decisión. A este respecto, nos referiremos al Ministerio Fiscal como órgano competente, pues es éste el órgano al que actualmente le es atribuida por ley la misma. Concretamente analizaremos si el Ministerio Fiscal, más allá

de lo que dispone el EOMF y la LOEX⁴⁵⁷ es el órgano más adecuado llamado a dicha función.

1. LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD.

Analizados los conceptos de edad y menor de edad, así como las importantes consecuencias jurídicas que se derivan de ello, podemos concluir que la determinación de la misma, en los supuestos en los que nos encontramos con una persona que no sabe qué edad tiene, o bien las autoridades del Estado en el que se encuentre, dudan de la edad que ésta dice tener, se convierte en un procedimiento de enorme importancia. La cuestión debe resolverse de forma apriorística a la toma de cualquier otra decisión. La decisión debe ser respetuosa con el interés superior del menor, entendido tanto como derecho, como principio y como norma de procedimiento. Por otro lado en éste, además, las normas de protección del menor cobran especial preferencia y relevancia frente a otros principios e intereses que pudieran estar implicados. En la determinación de la edad se enfrentan así dos intereses bien distintos: el interés del menor a ser protegido y el interés del estado al control de los flujos migratorios. El Estado que ve vulneradas sus leyes de extranjería de entrada, en principio intentará expulsar o devolver a ese inmigrante. Sin embargo, este principio, cuando nos encontremos ante presuntos menores, debe quedar en segundo plano y no podrá ser invocado en tanto que se determina la edad de éste y hasta tanto no se acuerde la mayoría de edad del mismo, en estricta aplicación del principio del interés superior del menor, que se ha positivizado no solo en la legislación internacional que España está obligada a cumplir, por haber asumido dicho compromiso internacional, sino en nuestra legislación interna habiendo adquirido rango constitucional. De esta forma, el procedimiento para la determinación de la edad, se convierte en un régimen privilegiado de extranjería, pues por imperativo legal, quien haya sido declarado menor, tendrá derecho a un permiso

⁴⁵⁷ Art. 3 que regula las competencias del MF y cuyo apartado 16 determina que el MF ejercerá las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya. Es el art. 35 de la LOEX quien atribuye la competencia del procedimiento de la determinación de la edad al MF.

de residencia en España⁴⁵⁸, y por tanto a permanecer en el país siendo beneficiario de toda la protección que el Estado debe ofrecer a los menores de edad tutelados por la Administración Pública⁴⁵⁹.

Así lo ponen de manifiesto Lázaro González y Monroy Arambarri (2010)⁴⁶⁰ “la primera cuestión a resolver es determinar si efectivamente el inmigrante es menor de edad. En tal caso, el sistema de protección se pondrá a su servicio, mientras que por el contrario, si ha alcanzado la mayoría de edad recibirá el mismo trato que los inmigrantes irregulares”. Así, si estamos ante un mayor de edad extranjero, salvo que hubiera pedido asilo y éste hubiera sido admitido a trámite, la consecuencia jurídica sería su devolución o expulsión del territorio nacional, y generalmente el ingreso en un CIE para garantizar la ejecución de la medida. Si por el contrario no fuera posible la ejecución de esa medida, el extranjero quedaría en situación irregular, una suerte de limbo jurídico que difícilmente o de manera precaria le permitiría obtener beneficios sociales en una sociedad que los excluye por su situación administrativa, manteniéndolos finalmente en una situación de exclusión social.

1.1. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA EDAD.

La primera cuestión que nos debemos plantear es si existe alguna disposición legal autónoma que determine la existencia de un derecho a la edad.

⁴⁵⁸ Art. 35.7 LOEX.

⁴⁵⁹ Existen otros supuestos también incardinados en el Derecho de Extranjería, en los que el Estado debe claudicar a los intereses de control de las fronteras cuando están presentes otros intereses que por convenios internacionales, han sido asumidos por España y que por tanto, tienen la consideración de ley. Así las cosas, los principios de oportunidad deberían de ceder frente a esos otros con rango de legal. Nos referimos por ejemplo a los supuestos de asilo y protección subsidiaria. España ha firmado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Ginebra el 28 de junio de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE núm 252 de 21 de octubre de 1978). En estos casos, España está comprometida internacionalmente a prestar protección a aquellas personas que huyen de situaciones de guerras o de cualquier otra que les permita obtener la condición de refugiado o asilado. Esta condición se obtiene tras la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en el que pueden intervenir agencias especializadas, así como la propia ACNUR. La decisión finalmente quedará sujeta al control judicial.

⁴⁶⁰ Lázaro González, Isabel E. y Monroy Arambarri, Beatriz. 2010. «La situación actual de los Menores Extranjeros no acompañados en España.» En *Los Menores Extranjeros no Acompañados*, de Lázaro González, Isabel E. y Monroy Arambarri, Beatriz (Coordinadoras), 17-33. Madrid: Tecnos.

La respuesta es no. Por tanto, ¿dónde debemos situar el fundamento jurídico de la edad y de su determinación? La relevancia de la determinación de la edad debemos situarla dentro del contenido del derecho a la identidad del menor recogido en el art. 7 de la CDN: *“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*. El segundo apartado impone la obligación al Estado de velar por la aplicación de este derecho conforme a su legislación nacional. También la UE se hace eco de este derecho y dispone en el art. 10 de la Carta Europea de Derechos del niño: *“Todo niño deberá ser registrado desde su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad”*.

La primera conclusión obvia a la que llegamos es que la identidad de la persona no es lo mismo que la edad de ésta. ¿Entonces por qué mantenemos que la determinación de la edad se sitúa dentro del derecho a la identidad? La identidad según el Diccionario Jurídico de la RAE se define como “datos básicos que permiten identificar a una persona por su nombre, filiación, lugar de nacimiento y número de documento nacional de identidad”. La identidad de la persona es un derecho humano y forma parte de su derecho a la personalidad. La identidad está conformada por el nombre y los apellidos⁴⁶¹. Si decimos que la edad debemos de incluirla junto al derecho a la identidad, es porque ambos conceptos serán objeto de inscripción conjunta al mismo tiempo; de constancia oficial, tal y como ordena el art. 7 de la CDN. El hecho del nacimiento, está íntimamente ligada por definición a un momento en el tiempo, que determinará así el comienzo del cómputo que servirá para la determinación de su edad cronológica.

1.2. LA IMPORTANCIA DE LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD.

⁴⁶¹ Aunque hoy en día la identidad de la persona, también la conforman otros aspectos.

La inscripción del nacimiento de una persona en un registro, tiene dos importantes consecuencias que han sido puestas de manifiesto en los informes anuales de UNICEF: se trataría en primer lugar de reconocer al niño que ha sido inscrito como acreedor de una serie de derechos básicos como el acceso a la sanidad, a la educación y otros derechos sociales; y en segundo lugar, y directamente relacionado con el objeto de nuestra investigación, la posibilidad de ser documentado y reconocido así legalmente como ciudadano de un determinado estado⁴⁶².

La falta de medios de prueba documental que permitan establecer la edad de una persona, como lo es la documentación de ésta, y cuya obtención se basa en los certificados de nacimiento, es lo que va a determinar la existencia de métodos y procedimientos para la determinación de la edad de aquellas personas que emigran o solicitan asilo y bien no saben cuál es su edad, o bien las autoridades que deben tomar una decisión sobre ellos dudan, siempre dando

⁴⁶² El informe anual de 2003 (Disponible en el siguiente enlace de descarga visitado el 1 de noviembre de 2016 en las páginas 5-6: http://www.unicef.org/spanish/publications/files/2628_spa_final.pdf) disponía: “Alrededor de 50 millones de los 132 millones de niños y niñas que nacen todos los años carecen de un certificado de nacimiento. Al reconocer su plena ciudadanía, la inscripción del nacimiento es el primer compromiso que adquiere un país con el menor de edad. Los niños y las niñas sin certificado de nacimiento suelen estar privados de protección contra la explotación y los malos tratos, de atención de la salud, educación y otros servicios sociales. Más adelante en la vida, puede resultarles difícil obtener un pasaporte, un certificado de matrimonio o incluso un puesto de trabajo. Si no se respetan los derechos básicos de los menores de edad, el destino que les espera es casi con toda seguridad la pobreza. UNICEF contribuyó a incrementar la inscripción del nacimiento en 85 países, un aumento de 10 países desde que en 2001 se inició el plan estratégico de mediano (*sic*) plazo”. En los informes anuales de 2011 y 2014, nuevamente se vuelve a reiterar la misma idea. En el informe de 2011 (UNICEF. 2011. «Informe Anual de Unicef.» Informe Anual, Nueva York. P.17. Disponible en el siguiente enlace de descarga visitado el 30 de octubre de 2016: https://www.unicef.org/spanish/publications/files/UNICEF_Annual_Report_2011_SP_053012.pdf) se recoge que: “promover la inscripción de los nacimientos forma parte integrante de los programas sobre protección infantil de UNICEF, debido a que contar con el acta de nacimiento facilita el acceso a los servicios y garantiza el respeto de los derechos de los niños.” Por su parte el informe de 2014 dedicado a la necesidad de contar con datos objetivos y estadísticos en materia de la infancia⁴⁶² dispone: “que se les cuente otorga visibilidad a los niños y es un acto de reconocimiento que posibilita la atención de sus necesidades y la promoción de sus derechos. (...) La denegación del derecho a una identidad oficial desemboca en más privaciones, como la negación del acceso a la salud, la educación y otros servicios. Pero no todos los niños son contados, y no ser contado perpetúa la invisibilidad y la imposibilidad de hacerse oír. Esto aumenta el riesgo de los niños.” Así en atención a todo ello, la inscripción de la persona en el correspondiente registro oficial es para UNICEF uno de los indicadores que van a permitir identificar cómo es la vida de los niños y los problemas a los que se enfrentan como punto de partida de la programación de acciones y objetivos

una justificación al respecto, de la edad que dicen tener. A este respecto hemos de hacer referencia a lo que dispone la Observación General nº 6, pues recoge que uno de los motivos de que el colectivo de los menores extranjeros no acompañados sea considerado altamente vulnerable es su falta de documentación y dispone: “en algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros...”

La UE se ha pronunciado en igual sentido en el Programa de Estocolmo el cual ha puesto de manifiesto los retos que para Europa significa la determinación de la edad, frente a la ausencia de documentación fiable respecto de los mismos y en este sentido dispone: “Los menores no acompañados que llegan a los Estados miembros procedentes de terceros países representan un grupo particularmente vulnerable que requiere una atención especial y respuestas específicas, en especial en el caso de los menores expuestos a riesgo. Se trata de un reto para los Estados miembros que suscita preocupaciones comunes. Las áreas que se han definido como merecedoras de especial atención son el intercambio de información y mejores prácticas, la introducción ilegal de menores, la cooperación con los países de origen, las cuestiones de la determinación de la edad, la identificación y la búsqueda de la familia, y la necesidad de prestar particular atención a los menores no acompañados en el contexto de la lucha contra la trata de seres humanos”. Y el Plan de Acción sobre menores no acompañados (2010 – 2014) dispone: “La UE también seguirá apoyando los sistemas de registro de nacimientos que, al garantizar la identidad legal de todos los menores y, por lo tanto, el acceso de éstos a sus derechos legales, cumplen una función muy importante en la protección de los menores”.

Como podemos observar existe una importante diferencia entre la justificación de la Observación General nº 6 y las líneas programáticas de la UE. La UE introduce la fiabilidad de la documentación que puedan presentar los menores. Según Fernández Olalla (2010)⁴⁶³: “lamentablemente un registro de

⁴⁶³ Fernández Olalla, Patricia. 2010. «Problemas jurídicos en la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.» *Estudios Jurídicos* (Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos.) (2010).

los nacimientos de la naturaleza y características del (*sic*) nuestro Registro Civil no es ni mucho menos frecuente en los países de origen de los inmigrantes que llegan a la Unión Europea procedentes de Africa, y que acceden a su suelo comunitario fundamentalmente por España, Italia, Grecia y Malta. La ausencia de registros de nacimiento fiables dificulta notablemente la identificación de los inmigrantes y el conocimiento de su edad al igual que la conocida facilidad con la que puede obtenerse documentación carente de toda fiabilidad en los países de origen de muchos de los MENA que se encuentran en suelo Español”. A este respecto, hemos de poner de manifiesto que UNICEF ha puesto en marcha varios proyectos en Africa que facilitan la inscripción y que a su vez puedan garantizar la fiabilidad de los datos obtenidos de los mismos⁴⁶⁴. En cualquier caso y como veremos más adelante al tratar sobre la documentación, la cuestión de la fiabilidad de ésta es objeto de posturas enfrentadas.

1.3. LAS LÍNEAS BÁSICAS DEL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD PARA LAS NACIONES UNIDAS Y LA UE.

Las Naciones Unidas, a través del Comité de los Derechos del Niño, se ha pronunciado sobre el procedimiento de la determinación de la edad en la Observación General nº 6 cuando se refiere a la evaluación y a las medidas iniciales, después de advertir que todas esas medidas deberán ser realizadas con absoluto respeto al interés superior del menor: “31. El necesario proceso de

⁴⁶⁴ En el informe de UNICEF de 2014 se establecen los demás indicadores en la P. 18. Un ejemplo de esas acciones es la que se llevó a cabo en Nigeria: “En Nigeria, desde 2011 se ha utilizado RapidSMS para enviar los números de registro de nacimiento cada dos semanas a un panel de control accesible desde la web, lo que permite determinar de forma habitual cuáles son las zonas donde la inscripción del nacimiento es reducida y poner en marcha las intervenciones oportunas. En 2012, RapidSMS se amplió para capturar los datos de más de 3.000 centros de inscripción de nacimientos, con más de 3 millones de nacimientos registrados a finales de 2012. El sistema se ha convertido en una herramienta clave para las semanas de la salud materna y del recién nacido que se celebran todos los meses de mayo y noviembre, y para realizar un seguimiento sistemático de los nacimientos registrados. Desde finales de 2010, UNICEF ha trabajado con una asociación de los sectores público y privado en Uganda para aumentar la inscripción por medio de un sistema móvil de registro civil. Mobile VRS utiliza los teléfonos móviles en las comunidades para difundir notificaciones sobre los nacimientos (y los fallecimientos) a un servidor del gobierno central, y computadoras conectadas a Internet en los hospitales y los gobiernos locales emiten los certificados de nacimiento. Después de ello, en 2012 se inscribieron más de 400.000 nacimientos, muy por encima de los 63.000 nacimientos inscritos en 2011. (*Fuente Informe Anual UNICEF 2012 p.7*).

evaluación inicial comprende las siguientes etapas: i) determinación, con carácter prioritario, de la condición del menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país (art.8). Las medidas incluirán la determinación de la edad, para lo cual no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. Además, la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor se lo trate como tal”.

Esta conclusión del Comité configura un patrón básico a partir del cual los Estados deben regular la determinación de la edad. El Comité remite a criterios científicos, y a la vez exige seguridad. Sin embargo, la realidad nos demuestra que criterios científicos y seguridad son conceptos que no casan completamente en esta materia. Los criterios científicos no son criterios matemáticos o físicos, sino criterios médicos que no gozan de la exactitud de las otras ciencias y están sometidos a márgenes de error. Además, tal y como tendremos oportunidad de exponer más adelante, no existe un solo método científico que pueda ser utilizado sino varios. Y a este respecto no se ha pronunciado el Comité, dejando por tanto a la decisión de cada Estado qué método o combinación de métodos utilizar.

El ACNUR también se ha manifestado sobre la necesidad de contar con métodos y procedimientos adecuados para la determinación de la edad de los niños solicitantes de asilo. Así en las directrices dadas en febrero de 1997⁴⁶⁵ y respecto a la valoración de la edad se dispone: “Si fuese necesario valorar la edad del niño, se debería tomar en cuenta las siguientes consideraciones: a) Dicha valoración debería tomar en cuenta no sólo la apariencia física del niño,

⁴⁶⁵ ACNUR. Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo. Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027>

sino también su madurez psicológica. b) Cuando se utilizan procedimientos científicos para determinar la edad del niño, habrá que considerar un margen de error. Dichos métodos deben ser seguros y deben respetar la dignidad humana. c) Debería darse el beneficio de la duda al niño, en caso de que existiera incertidumbre respecto a la edad exacta.” En igual sentido se pronunció la Conclusión nº 107 del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre los niños en situación de riesgo⁴⁶⁶: “ix) Cerciorarse de que únicamente se proceda a la determinación de la edad cuando haya dudas acerca de la edad del niño y que en ella se tengan en cuenta tanto la apariencia física como la madurez psicológica del niño, de que se lleven a cabo con un criterio científico, en condiciones de seguridad, de manera justa y que tenga en cuenta la condición de niño y el género y con el debido respeto de la dignidad humana y de que, en caso de duda, se considere que se trata de un niño.” Y por último en las Directrices dadas para la Protección Internacional referidas a las solicitudes de asilo de niños en 2009⁴⁶⁷ se dispone: “Las valoraciones de la edad se llevan a cabo en casos donde la edad del niño está en duda y necesita ser parte de una evaluación integral, que tome en cuenta tanto, la apariencia física como la madurez psicológica del individuo. Es importante que tales evaluaciones se lleven a cabo de manera segura, sensible a los niños y al género y con el debido respeto por la dignidad humana. El margen de las apreciaciones inherente a los métodos para la valoración de todas las edades, se debe aplicar de tal manera que, en el caso de incertidumbre, el individuo pueda ser considerado un niño”.

UNICEF también se ha preocupado de los métodos y los procedimientos a seguir para la determinación de la edad, siendo prueba de ello un importante informe elaborado en 2011 por Smith y Brownlees⁴⁶⁸ que nos ofrece un decálogo

⁴⁶⁶ ACNUR Conclusión nº 107 sobre los niños en situación de riesgo (2007 58º Período de Sesiones). Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2007/5642>

⁴⁶⁷ ACNUR. Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (HCR/GIP/09/08). Disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763>

⁴⁶⁸ Smith, Terry y Brownlees, Laura. 2011. «Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography.» Discussion Paper, UNICEF, Nueva York, 7-42. Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.unicef.org/protection/Age_Assessment_Practices_2010.pdf

de recomendaciones en base a las guías realizadas por ACNUR, así como por la Observación nº 6 (párrafos 31 y 95).

También la UE ha manifestado su preocupación por la determinación de la edad, el procedimiento y sobre todo los métodos usados para ello. Así lo manifiesta en el Plan de Acción de Menores Extranjeros⁴⁶⁹: “La evaluación de la edad es una cuestión crucial que desencadena una serie de garantías procesales y jurídicas de la legislación pertinente de la UE, así como la obligación de respetar los requisitos de protección de datos al registrar la información sobre menores no acompañados en bases de datos como EURODAC. Los procedimientos y las técnicas de evaluación de la edad difieren, y su fiabilidad y proporcionalidad suelen ser motivo de preocupación. La posibilidad de recurrir no está siempre garantizada. Como han subrayado los expertos, el tutor debería estar presente en todas las etapas del procedimiento y los menores deberían ser tratados como tales hasta que se pruebe que no lo son.” Más contundente es la Resolución de 12 de septiembre de 2013 del Parlamento Europeo⁴⁷⁰, que en su línea de estrategia nº 15 mantiene que: “deplora el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, y la naturaleza controvertida y los grandes márgenes de error de algunos de esos métodos basados en la madurez de los huesos o la mineralización dental; pide a la Comisión que incluya en las líneas estratégicas normas comunes basadas en las mejores prácticas sobre los métodos de determinación de la edad, que deberían basarse en una evaluación multidimensional y multidisciplinar llevada a cabo de manera científica, segura, adaptada al niño, al género y justa, prestándose particular atención a las niñas, por expertos y profesionales independientes y cualificados; recuerda que la determinación de la edad debe llevarse a cabo respetando adecuadamente los derechos y la integridad física del niño y la dignidad humana y que los menores siempre deben disfrutar del beneficio de la duda; recuerda asimismo que solo conviene realizar exámenes después de agotados los otros métodos de determinación de la edad y que debe ser posible presentar recurso contra los resultados de esa determinación de

⁴⁶⁹ COM(2010)213 final. *Op. Cit.* P.11.

⁴⁷⁰ Resolución (2012/2263(INI)). *Op. Cit.*

edad; acoge favorablemente el trabajo de la OEAA en este ámbito, que debería generalizarse a todos los menores”.

Basado en el Plan de Acción, ve la luz un importante documento de referencia en el seno de la Oficina Europea de Asilo (European Asylum Support Office “EASO”) denominado “Age assessment practice in Europe”⁴⁷¹ que nos ofrece una perfecta manifestación del porqué es importante la determinación de la edad: “la determinación de la edad es necesaria para distinguir cuando un individuo es un adulto o un niño en los casos que haya dudas sobre la edad que se reclama tener. Aunque conocer la edad de cada uno es algo obvio para las personas que vivimos en Europa, las estadísticas proporcionadas por UNICEF indican que solo la mitad de los niños menores de 5 años tienen su nacimiento registrados. Los niños pueden llegar sin sus documentos de identidad o de residencia, los cuales determinarían ésta y su edad cronológica. Además, algunas personas pueden proporcionar documentos, pero su autenticidad puede verse cuestionada y por lo tanto no se considerarían suficiente prueba de la edad. Por otro lado, la determinación de la edad es necesaria para evitar que niños puedan ser detenidos y alojados junto a adultos. Puede también darse el caso de que algunos adultos a sabiendas intenten mantener que son niños, para beneficiarse de las disposiciones previstas para los menores. Por lo tanto es necesario asegurarse que sean los niños quienes puedan beneficiarse de la legislación que le es propia y buscar mecanismos, para prevenir que los adultos se apropien de ellas. (...) La materia es complicada, porque no hay un método que pueda identificar la edad exacta de una personas y además existe también una preocupación por el carácter invasivo de los utilizados. Los métodos además deberían ser respetuosos con la dignidad humana”. También la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (FRA) se ha pronunciado sobre la importancia del procedimiento para la determinación de la edad y los métodos utilizados para los solicitantes de asilo concluyendo que “la determinación de la edad de los solicitantes de asilo solo debe ser realizada cuando existan serios motivos de

⁴⁷¹ European Asylum Support Office. 2013. «Age assessment practice in Europe.» Bruselas. En este estudio participaron los países de la UE, así como Noruega, Suiza, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos. Disponible en el siguiente enlace de descarga: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Age-assessment-practice-in-Europe1.pdf>

duda. Si se consideran esenciales los exámenes médicos, el presunto menor deberá dar su consentimiento después de que se le haya informado de las consecuencias que para su salud tienen las mismas así como las consecuencias legales, en un lenguaje adecuado a sus circunstancias. La determinación de la edad debe ser realizada conforme a una adecuada perspectiva de género y por expertos independientes con conocimiento de la situación cultural y social del presunto menor respetando en todo momento su dignidad. Reconociendo que la determinación de la edad no es precisa, en caso de duda, las autoridades deberán de tratar a la persona como menor y garantizarle el derecho de recurrir la decisión”⁴⁷².

Como hemos visto a lo largo de este epígrafe, varias han sido las agencias de los organismos internacionales que se han preocupado por los métodos y el procedimiento para la determinación de la edad⁴⁷³. A ellas hay que sumar ONG como Médicos del Mundo⁴⁷⁴, o Save the Children. Esta última ha realizado un documento de Buenas Prácticas en el marco del Programa Europeo Niños Separados (SCEP) hecho en 2009⁴⁷⁵ con las recomendaciones a adoptar para el procedimiento de la determinación de la edad:

⁴⁷² European Union Agency for Fundamental Rights. 2011. «Separated, asylum-seeking children in European Union Member States.» Comparative report, Viena 53-55. Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1692-SEPAC-comparative-report_EN.pdf

⁴⁷³ Respecto al derecho comparado europeo, la cuestión también ha sido estudiada por importantes organizaciones, si bien como consecuencia del procedimiento de asilo de menores, pues la mayor parte de los Estados Europeos la determinación de la edad se plantea en esos procedimientos. Por poner algunos ejemplos podemos señalar los siguientes casos. Es en el Reino Unido donde más se han preocupado por buscar soluciones holísticas en la materia. Así la Immigration Law Practitioners’s Association (ILPA) ha editado un completo e interesante informe denominado *When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process of age assessment* en mayo de 2007 que profundiza en la importancia de los métodos, procedimiento para la determinación de la edad, y las consecuencias para la protección. Los Países Bajos también se han preocupado por la determinación de la edad de los solicitantes de asilo y han creado la Asociación holandesa para la investigación de la determinación de la edad (The Dutch Association of Age Assessment Researches), que han publicado su correspondiente informe “Age assessment of unaccompanied minor asylum seekers in the Netherlands.” (2013). En Alemania la importancia de la determinación de la edad ha permitido la creación de un grupo de Médicos Forenses específicos para el estudio de los métodos para su determinación, se trata del Grupo de trabajo de forenses para el diagnóstico de la edad (Arbeitsgemeinschaft für Forensische Altersdiagnostik) de la Sociedad de Medicina Legal de Alemania y que fue fundado en marzo de 2000.

⁴⁷⁴ Feltz, Vivien. 2015. «Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood.» Médecins du monde International Network, Paris.

⁴⁷⁵ Separated Children in Europe Programme (SCEP). 2009. «Statement of Good Practice.» El informe está avalado por Save the Children, UNICEF, por ACNUR y por el Programa Daphne de

1º Los procedimientos para la determinación de la edad, solo deben ser realizados como último recurso y no como una práctica rutinaria estándar. Solo cuando existen motivos de serias dudas y cuando otras aproximaciones como entrevistas o intentos de reunir documentos han fallado para establecer la edad individual.

2º En un procedimiento de determinación de la edad, es necesario obtener el consentimiento informado.

3º El proceso debe ser multidisciplinar, realizado por profesionales independientes, con experiencia apropiada, y que estén familiarizados con cuestiones étnicas y culturales de los lugares de donde proceden los presuntos menores. Los profesionales tendrán que ponderar factores físicos, psicológicos, medioambientales, culturales y de desarrollo.

4º Es importante remarcar que la determinación de la edad, no es una ciencia exacta. Existe un considerable margen de incertidumbre y es inherente al procedimiento. La persona que vaya a ser sometida al procedimiento debe siempre ser beneficiario de la duda.

5º Los profesionales que realicen las pruebas nunca deben forzar al presunto menor, ni tampoco atentar contra su cultura. Siempre habrá que primar la opción menos invasora y la dignidad individual debe ser respetada en todo momento.

6º La determinación de la edad, debe ser respetuosa con la perspectiva de género

7º Un representante del menor independiente debe de supervisar todo el procedimiento.

8º El procedimiento y sus consecuencias deben ser explicados de forma individual y en un lenguaje que el presunto menor entienda. También se le debe de entregar por escrito.

9º Debe estar permitido el acceso al recurso en contra de la decisión que se adopte y garantizar la prestación de apoyo necesario para ello.

10º En caso de duda, y cuando una persona manifieste que tiene menos de 18 años, se deberá tratar provisionalmente como menor. La persona podrá negarse a la realización de las pruebas si el procedimiento que se va a seguir

la Comisión Europea. Disponible en el siguiente enlace de descarga en español: http://www.acnur.es/PDF/7390_20120417162043.pdf

afecta a su dignidad o es perjudicial para su salud física o mental. La negativa a someterse al procedimiento no puede perjudicar la decisión a tomar o la posibilidad de obtener protección”.

Por lo tanto y a modo de conclusión lo que denominamos determinación de la edad del MENA en palabras de Madrigal Martínez-Pereda (2013)⁴⁷⁶ “no es un suceso singular sino un proceso en el que intervienen diferentes aspectos y es necesario realizar valoraciones amplias que incluyen una multiplicidad de factores (examen físico, talla, peso, presencia de caracteres secundarios, madurez psicológica, examen dental, madurez ósea...) resolviendo las dudas a favor del afectado, que habrá de disponer en todo caso de acceso a un recurso judicial”.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA.

En España todas las cuestiones que afectan a la determinación de la edad de los menores extranjeros, no han estado ni están exentas de polémica. Sin perjuicio de analizar cómo ha evolucionado el procedimiento de la determinación de la edad, a través de tres periodos que explicaremos más adelante, baste por ahora realizar un resumen que nos permita tener una imagen de cuál es el estado de la cuestión actual y a la vez esbozar los problemas ante los que nos encontramos.

La legislación ha sido vacilante. Como veremos, la primera Ley que regula un procedimiento de determinación de la edad es la LO 4/2000, pero a penas 11 meses después y sin que exista una fundamentación clara, la LO 8/2000 realiza una importante modificación en el procedimiento al establecer cómo órgano competente para tomar la decisión al Ministerio Fiscal. Otra modificación

⁴⁷⁶ Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo. 2013. «Protección Internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento.» En *Infancia y Protección Internacional en Europa.*, de Isabel E Lázaro González y Irene Claro Quintáns (Coordinadoras), 75-101. Madrid: Tecnos.

significativa se produce fuera del ámbito de la legislación de extranjería. Concretamente a través de la Ley 26/2015 modifica la LOPJM. Esta ley introduce en el art. 12.4 de la LOPJM una nueva norma procedimental para la determinación de la edad de aquellos que se encuentren documentados, dejando lo que dispone el art. 35.3 de la LOEX para los supuestos de extranjeros indocumentados, olvidando desde nuestro punto de vista que la documentación es un medio de prueba que deberá ser valorado en un único procedimiento.

La jurisprudencia del TS, a través de las salas de lo civil, contencioso y administrativo tampoco han mantenido una misma línea jurisprudencial en orden a la resolución de los problemas que genera el procedimiento actual en tanto al modo de proceder y valoración de los medios de prueba. Así y sin perjuicio de hacer referencia ahora a las distintas sentencias⁴⁷⁷, podemos adelantar que hasta el año 2014, las sentencias dictadas por un mismo orden jurisdiccional, oscilaban entre dar mayor valor al pasaporte y otras a las pruebas óseas pese a la existencia de un pasaporte. A partir del año 2014, y una vez fijada una doctrina jurisprudencial a través de las STS 452/2014 y 453/2014, que solo alcanza a la Sala Primera del TS y por tanto al orden civil, existe una unificación de criterios cuando son los tribunales civiles los que deben de resolver alguna cuestión referida a la valoración de los medios y métodos de prueba. Baste decir ahora que para la Sala de lo Civil del TS, los pasaportes que son documentos que identifican a una persona impedirán la realización de pruebas médicas, salvo que se justifique y se fundamente el porqué ese documento no puede ser valorado en aras a la determinación de la edad. Pero como decíamos, aún a día de hoy no existe unanimidad de criterio al respecto por el TS, puesto que la jurisprudencia anterior no alcanza a otros órdenes jurisdiccionales como el contencioso administrativo, tal y como se evidencia en el contenido de la STS 2194/2016⁴⁷⁸, que mantiene la prevalencia de las pruebas médicas frente a la documentación.

La Fiscalía General del Estado ha intentado mantener la unidad de criterio a través de Circulares, Instrucciones, y Consultas que han ido resolviendo

⁴⁷⁷ A las que nos referiremos en el epígrafe 3 del presente Capítulo.

⁴⁷⁸ [ROJ: STS 4464/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4464](#)

problemas concretos⁴⁷⁹. Sin embargo, como ya hemos podido ir comprobando a lo largo de los epígrafes anteriores, y seguiremos manifestando en los sucesivos epígrafes de este Capítulo, el criterio seguido respecto a la valoración de los medios de prueba ha sido oscilante respecto a las distintas Fiscalías Provinciales, llegando a mantener una sospecha de falsedad generalizada sobre los pasaportes expedidos por determinados países. Y todo ello sin perjuicio de haber encajado formalmente el procedimiento a través de las denominadas diligencias preprocesales, que por la parca regulación que de ellas existe (solo a través de la Circular 4/2013⁴⁸⁰) permiten interpretar y justificar la posible ausencia de derechos básicos del menor, como ya pusimos de manifiesto en el Capítulo III del presente trabajo. Hoy por hoy, las recientes Memorias de la FGE siguen haciendo referencia a los problemas que genera la determinación de la edad, sobre todo en materia de la documentación existente o sobrevenida, y por la disparidad de autoridades competentes para la determinación de la edad⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ “La doctrina de la Fiscalía General del Estado, condensada en sus Circulares, Instrucciones y Consultas, viene a constituir el ADN de la Institución. A través de su lectura pueden conocerse no solo los criterios técnico-jurídicos decantados para cada problema, sino también las preocupaciones, anhelos y objetivos del Ministerio Público español. El EOMF no define el contenido propio y específico de lo que debe entenderse por Circular, por Consulta y por Instrucción, ni contiene pautas para deslindar unas y otras. Sin embargo, una interpretación sistemática de sus preceptos (arts. 14.4 a, 15 y 22.2 EOMF) y un análisis de los usos que la práctica ha generado a través de los años nos permite esbozar algunas características singularizantes de cada uno de los instrumentos. Así, la Circular puede definirse como un conjunto de pautas sobre valoración e interpretación de preceptos materiales y procesales a los que han de ajustarse los miembros del Ministerio Fiscal. La Circular nace siempre por iniciativa del Fiscal General del Estado. Se proyecta y prepara por la Secretaría Técnica y es debatida en Junta de Fiscales de Sala. Las Circulares, normalmente, vienen motivadas por la publicación de una reforma legislativa trascendente. La Consulta es un conjunto de pautas o criterios exegéticos sobre una Ley, un precepto legal o cualquier otra disposición, dictada por el Fiscal General del Estado, previo asesoramiento preceptivo, aunque no vinculante, de la Junta de Fiscales de Sala, a las que han de acomodarse los Fiscales. Este instrumento tiene su génesis en una "consulta" elevada por un órgano subordinado. La contestación de la Consulta tiene el mismo valor vinculante de la Circular. Su elaboración (proyecto de contestación) y documentación está encomendada a la Secretaría Técnica de la FGE. Puede también realizarse el borrador por las Unidades especializadas de la Fiscalía General del Estado cuando versa sobre materias propias de la especialidad. La Instrucción es una orden dictada por el Fiscal General del Estado de contenido no tanto técnico y doctrinal como organizativo y de funcionamiento. Va dirigida a lograr una actuación unitaria del Ministerio Fiscal” Fuente: Fiscalía General del Estado. Secretaría Técnica. 2014. Documento disponible en el siguiente enlace de descarga. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/recopilacion_circular_es_consultas_instrucciones.pdf?idFile=a58c03e5-fe0c-41eb-8d99-57010f0733f4

⁴⁸⁰ Que será analizada en el presente Capítulo al tratar sobre el marco procedimental del procedimiento.

⁴⁸¹ Las Memorias de la Fiscalía General del Estado estudiadas en esta investigación son las comprendidas entre los años 2011 a 2016 (ejercicios 2010 a 2015). Se ha acotado este periodo por tres motivos. El primero porque fue la LO 2/2009 la que realizó una profunda modificación del art. 35 de la LOEX. Será pues el año 2010 el primero en el que los efectos de la ley tendría virtualidad práctica. El segundo porque han sido estos últimos años en los que se han planteado

El Defensor del Pueblo en su informe de 2012⁴⁸² también se hizo eco de la falta de armonización en la materia, expresando que a través del informe se pretendía “en primer término ofrecer un catálogo de deficiencias detectadas en el procedimiento establecido para determinar la edad de aquellos extranjeros cuya minoría de edad resulta dudosa”, haciendo un especial hincapié en dos cuestiones: el estado científico y las cuestiones jurídicas de relevancia, entre las que destacan aquellas que ya hemos hecho mención en este trabajo: la situación del presunto menor en tanto es sometido al procedimiento, y la garantía de que sus derechos se vean respetados durante el mismo. El informe apuesta decididamente por un procedimiento holístico que tenga en cuenta el interés superior del menor y en donde todos los derechos no solo queden garantizados sino que su no ejecución puedan ser invocados directamente ante la jurisdicción⁴⁸³.

Por último hemos de hacer referencia al Protocolo de MENA de 2014, previsto en el art. 190.2 del RD 577/2011. Como venimos afirmando a lo largo del presente trabajo, éste es solo un documento que debe fijar unas líneas de actuación para aquellas instituciones que lo hayan firmado y que no es fuente de derecho. Sin embargo, el tratamiento que se le ha querido dar especialmente por la Fiscalía, órgano que tiene atribuida la competencia para la toma de la decisión, va más allá de su propia naturaleza, de forma que contiene disposiciones que lejos de ser pautas de actuación son de naturaleza verdaderamente normativa, alterando así lo que dispone el ordenamiento jurídico sobre esos mismos aspectos. Ejemplo de lo anterior lo encontramos en la propia definición de MENA, en el tratamiento de la documentación del menor como tendremos oportunidad de analizar en el presente Capítulo, y en la aplicación de derechos básicos del menor como su audiencia.

las mayores cuestiones de índole jurídica como son la cuestión de la documentación y la práctica de las pruebas de determinación de la edad, la posible revisión del Decreto del Fiscal, la irrecurribilidad del Decreto del Fiscal y el consecuente acceso a los tribunales. El tercer motivo, porque es en el año 2014, cuando ve la luz el Protocolo de MENA como un instrumento jurídico que pretende ordenar el procedimiento para la determinación de la edad siendo sin embargo, únicamente vinculante para las instituciones firmantes.

⁴⁸² Defensor del Pueblo. 2012. «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.» Madrid.

⁴⁸³ Tampoco podemos olvidar el informe sobre “Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España” de 2005 y que ya ha sido analizado en el Capítulo III respecto al reconocimiento de este derecho para los MENA.

2.1. REGULACIÓN NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DESDE 1985 HASTA LA ACTUALIDAD.

Podemos estructurar el recorrido normativo de la materia objeto de nuestro estudio, de acuerdo a las Leyes de Extranjería que han sido dictadas en España tras la aprobación de la CE. Sin embargo, en nuestro análisis diferenciaremos tres periodos y no los dos, que corresponderían a cada una de las Leyes de Extranjería aprobadas (1985 y 2000). El tercer periodo que incluiremos en este estudio, será el comprendido entre el año 2009 hasta la actualidad. El motivo de la inclusión de este tercer periodo radica en la importante modificación que en el año 2009 se produjo en la LOEX y que afectó significativamente a los procedimientos afectantes a los MENA. Además tras esta modificación vio la luz el RD 577/2011, que previó en el art. 190.2 la elaboración de *“un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación”*. Este Protocolo Marco, al que ya nos hemos referido en Capítulos anteriores, vio la luz en el año 2014. Pero es que además a partir del año 2009, también ha sido importante la labor jurisprudencial del TS, especialmente la de la Sala Primera, así como la del Defensor del Pueblo, como tendremos ocasión de analizar.

2.1.1. Periodo 1985 – 2000.

Tras la aprobación de la Constitución, la LO 7/1985 vino a regular por primera vez de forma sistemática los derechos y libertades de los extranjeros en España⁴⁸⁴. Esta ley, como ya se ha apuntado en el Capítulo anterior, no

⁴⁸⁴ Antes de la Ley de 1985 la única regulación de extranjería se contenía en dos leyes. La Ley 118/1969 de 30 de diciembre sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina empleados en territorio nacional (BOE núm 313 de 31 de diciembre) y la Ley 58/1980 de 15 de noviembre, sobre Régimen Laboral y de la Seguridad Social de los trabajadores de Guinea Ecuatorial residentes en España (BOE núm 281 de 22 de diciembre).

mencionaba ni regulaba ningún aspecto referente al menor extranjero no acompañado. Tampoco el RD 1119/1986 de 26 de mayo que desarrolló la ley, no hacía referencia a los menores extranjeros no acompañados o solos y por lo tanto ninguna alusión existe al procedimiento de determinación de la edad. El siguiente reglamento de ejecución de la Ley de 1985, el RD 155/1996 de 2 de febrero, como ya pusimos de relieve al tratar del concepto de MENA, se hace eco de los menores extranjeros desamparados, remitiéndose a la legislación civil para su concepto en el art. 13; pero no se plantea la posibilidad de que exista duda respecto de la edad de los mismos. Por eso no refiere ningún procedimiento para la determinación de la edad y solamente regula aspectos básicos como la imposibilidad de expulsión, la posibilidad de repatriación y el permiso de residencia al que tienen derecho. En consonancia a la nula preocupación que en este periodo suponían los menores extranjeros no acompañados, la única Circular de la FGE dictada en este periodo, 1/1994⁴⁸⁵, tampoco se pronunció al respecto de los mismos.

2.1.2. Periodo 2000 – 2009.

Hay que esperar al año 2000 para que una nueva Ley de Extranjería (LO 4/2000 de 11 de enero), en el art. 32, haga expresa mención al procedimiento para la determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados. Y así dispone en el apartado 2: *“En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a una persona indocumentada, respecto de la que no pueda ser establecido con exactitud si es mayor o menor de edad, lo pondrán en conocimiento de los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares. Determinada la edad y demás datos a que se ha hecho mención, si se tratase de un menor, la Administración competente resolverá lo que proceda sobre el retorno o no a su lugar de origen o sobre la situación de su permanencia en España”*.

⁴⁸⁵ Circular sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular01_1994.pdf?idFile=42eefa16-ef46-4c57-b32f-503bdaf59a5e

La inmediata modificación de la LOEX por LO 8/2000 de 22 de diciembre, como consecuencia de las conclusiones que el Consejo Europeo de Tampere aprobado el 15 y 16 de octubre de 1999 de la UE obligó a introducir en nuestra legislación, aprovechó para realizar un cambio sustancial en el procedimiento de la determinación de la edad, y sin que dicho cambio fuera consecuencia de las conclusiones del Consejo de Tampere. Se aprovecha la modificación de la LOEX para acoger la enmienda que en el Senado había propuesto el Grupo Popular al proyecto inicial de la LO 4/2000 y atribuye la competencia del procedimiento al Ministerio Fiscal sustrayéndola así de los Jueces de Menores. Así el nuevo art. 35.1 dispuso: *“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 en 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”*⁴⁸⁶.

En los reglamentos de ejecución de la LOEX, RD 864/2001 de 20 de julio y el RD 2393/2004, se mantiene lo que disponía la ley en cuanto al procedimiento. El RD 864/2001 regula en el art. 62 el procedimiento a seguir con lo que denomina “menores extranjeros en situación de desamparo” y el RD 2393/2004 sigue el mismo esquema para lo que denomina “menores extranjeros no acompañados” en el art. 92.1 que reproduce lo que disponía la norma anteriormente citada: *“En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de, o localicen en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los servicios de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se*

⁴⁸⁶ Más adelante se estudiará pormenorizadamente la competencia del Ministerio Fiscal para la determinación de la edad del menor extranjero, apuntando el hecho de que existen órganos que conforme a la coherencia del nuestro ordenamiento jurídico, nos permitirán concluir que es posible cambiar dicha competencia.

pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias". Así pues la única diferencia existente en ambas regulaciones es precisamente el título que lleva la disposición: mientras que el RD de 2001 hace referencia a menores en situación de desamparo, siguiendo así la misma denominación que el Reglamento de 1996, en el año 2003 se sustituye la situación real en la que se encuentra el menor que es la del "desamparo" por el término "no acompañado" que perdurará hasta hoy en día. Si bien como ya hicimos referencia en el Capítulo II, la consecuencia de "no estar acompañado" es la situación de desamparo, hemos visto como actualmente, en la propia definición que el ordenamiento jurídico nos ofrece de MENA (art. 189 RD 577/2011), se introduce incorrectamente el concepto de riesgo.

La Fiscalía a la que se le había atribuido una nueva competencia a través de este art. 35 y que permitía el art. 3.15 del EOMF, reaccionó a través de la Instrucción 2/2001 de 28 de junio que tenía por objeto dar unas pautas sobre la interpretación de ese art. 35. Se pretendía así resolver las primeras dudas que se originaban en la actuación del Fiscal en el ejercicio de esta nueva función. Posteriormente la Circular 3/2001 de 21 de diciembre⁴⁸⁷ que realizara el primer análisis pormenorizado de la situación de los menores extranjeros en España, hace respecto al procedimiento para la determinación de la edad, una remisión a lo que se había expuesto en la Instrucción, apuntando la necesidad de elaborar protocolos de actuación en esta materia para garantizar la correspondiente coordinación de todos los agentes que deben actuar en el procedimiento, así como la debida celeridad en la toma de la decisión.

En el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño, realiza una recomendación a España⁴⁸⁸, que ponía de relieve las deficiencias de las

⁴⁸⁷ Circular sobre la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería. Es el apartado IV el que se dedica a los menores extranjeros. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CI03-2001.pdf?idFile=22fb6802-d3f0-4b2d-968f-99ab904983d3

⁴⁸⁸ CRC/C/15/Add.185, tras el examen del Segundo informe periódico remitido por España al Comité en el marco de lo que dispone el art. 44 de la CDN y que fue presentado el 12 de octubre de 1998.

condiciones en las que se encontraban los niños extranjeros no acompañados, en su mayoría marroquíes. Sin embargo, las recomendaciones no hacían alusión a la necesidad de reformar el procedimiento para la determinación de la edad, y ni siquiera hacían referencia a quejas en las decisiones que se podían adoptar por el Ministerio Fiscal. Todas las recomendaciones tenían por objeto el procedimiento de repatriación así como las condiciones de protección que había que darle a los menores⁴⁸⁹.

La crisis migratoria a la que España tiene que hacer frente a partir de 2003 trae consigo nuevos textos normativos para hacer frente a la inmigración de menores. Desde la Fiscalía se dicta la Instrucción 3/2003⁴⁹⁰ que fue rápidamente derogada por la Instrucción 6/2004 de 26 de noviembre sobre el tratamiento jurídico de los menores extranjeros no acompañados. Desde la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad en la Dirección General de las Familias y la Infancia se aprueba el 14 de noviembre de 2005, fruto del grupo de trabajo de menores extranjeros existente en el Observatorio de la Infancia⁴⁹¹, un Protocolo de Menores Extranjeros no Acompañados que se

⁴⁸⁹ Las recomendaciones del Comité fueron las siguientes: “a) Garantizar la aplicación de la Ley orgánica N° 4/2000 y de otras leyes facilitando a los niños extranjeros no acompañados el acceso a centros de acogida, a la enseñanza, a los servicios de urgencia y a los demás servicios de atención sanitaria, y proporcionándoles un permiso de residencia temporal; b) Brindar a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla los recursos económicos y humanos necesarios para atender a esos niños; c) Establecer la coordinación necesaria con el Gobierno de Marruecos para que, al ser repatriados de España a Marruecos, los niños afectados sean devueltos a los familiares que estén dispuestos a hacerse cargo de ellos o a un organismo de asistencia social adecuado; d) Adoptar todas las medidas necesarias para evitar los procedimientos ilícitos en la expulsión de niños extranjeros no acompañados; e) Investigar de forma eficaz las denuncias de maltrato de esos niños; Facilitar a los niños extranjeros no acompañados información sobre sus derechos con arreglo a la legislación española y al derecho internacional, en particular el derecho a solicitar asilo; g) Adoptar todas las medidas necesarias para mejorar las condiciones y la seguridad de los centros de acogida y formar debidamente al personal de dichos centros; h) Establecer mecanismos eficaces para recibir y atender las denuncias de los niños internados, supervisar la calidad de la atención que reciben y, a la luz del artículo 25 de la Convención, examinar periódicamente las circunstancias de su internación; i) Considerar la posibilidad de firmar y ratificar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, como ya se recomendó en su momento.”

⁴⁹⁰ Instrucción analizada en el Capítulo II y que llevaba por título “Procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concorra la situación de desamparo”.

⁴⁹¹ El Observatorio de la Infancia fue creado por Acuerdo del Consejo de Ministros en el año 1999 (Documento de creación disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/contexto/pdf/acuerdoConsejoMinistrosCreacionOI.pdf>) y está adscrito en la actualidad al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Es una plataforma de participación de todos los agentes sociales que trabajan en la promoción del ejercicio de los derechos y deberes de la infancia y la adolescencia. En un principio el Observatorio contaba con grupos de trabajos fijos, siendo uno de ellos el de MENA. Hoy el

publica en diciembre de 2005⁴⁹² y que vino a concretar lo que la Circular 3/2001 había planteado sobre la existencias de Protocolos de actuación. Según los datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y como expone Marzal Martínez (2005)⁴⁹³ “mientras que en el año 1998 se detectaron un total de 811 menores extranjeros sin representación legal, y por lo tanto solos; en el año 2001 la cifra había ascendido a 2.548, en el año 2002 se elevó a 6.329, en 2003 a 6.846 y a 31 de diciembre de 2004 la cifra llegó a 9.117”. En su elaboración participaron representantes de las Comunidades Autónomas (Entidades Públicas competentes en protección de menores), la Fiscalía General del Estado, la Secretaría de Estado para la Seguridad y de la Dirección General de la Policía, la Federación Española de Municipios y Provincias y organizaciones especializadas en la infancia. El protocolo, establece una serie de acciones que vinculan a los firmantes, a través de las cuales se llevaría a cabo, la forma de actuar cuando se localizaba un menor, su determinación de la edad, y las actuaciones subsiguientes dirigidas a su repatriación o permanencia en España. El protocolo por lo tanto intenta establecer las pautas a seguir en el desarrollo del art. 35 de la LOEX modificada por la LO 8/2000 y el art. 92 del Reglamento 2393/2004.

Concretamente en lo que se refiere al procedimiento de la determinación de la edad, éste quedaba incluido dentro de la fase de localización del menor. El protocolo no se detenía en cómo debía ser el procedimiento ante la Fiscalía cuando se le solicita por la Policía autorización para las pruebas óseas. Pero lo más llamativo de dicho Protocolo es que no determina claramente cuál es el órgano que debía de tomar la decisión de la determinación de la edad, que sí venía claramente fijado en el art. 35 de la LOEX. De una lectura detenida del protocolo se comprueba como éste establece que la competencia del Ministerio

Reglamento de Funcionamiento del Observatorio aprobado por el Pleno de 30 de octubre de 2012 establece que los grupos de trabajo se crearán para el estudio de un tema concreto (art. 3.3). Actualmente y según la información dada por la página web del observatorio, no existe ningún grupo de trabajo creado para el estudio de la situación de los MENA en España. Fuente página web del Observatorio de la Infancia visitada el día 13 de febrero de 2017: <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/home.htm>

⁴⁹² Disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/Protocolo_MENA_2005.pdf

⁴⁹³ Marzal Martínez, Amaparo. 2005. «Las Migraciones de los menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor.» Editado por Consejo de Europa. Torremolinos.

Fiscal se ciñe a la autorización de la práctica de las pruebas médicas. Y una vez realizadas, el resultado será comunicado a la Fiscalía de Menores, a la Delegación o Subdelegación del Gobierno para su comunicación a la Dirección General de la Policía y a la Entidad Pública de Protección de Menores. Creemos que se trata de una omisión importante, pues se trata de uno de los elementos esenciales del procedimiento y además determina quien es el responsable de la decisión⁴⁹⁴. Aun así, no podemos criticar sin más su existencia, puesto que suponía la constatación de un consenso para actuar en una misma dirección, por todas las partes que debían de intervenir con los menores extranjeros⁴⁹⁵. Pero además de su lectura, la conclusión que se extrae es que el menor, era tratado simplemente como un objeto sobre el que se realizaban las acciones previstas. No existe en él ninguna previsión para que el menor o supuesto menor participara en el mismo. En ningún momento se hace referencia a cuestiones básicas como la audiencia al menor, la necesidad de que un representante o persona con conocimientos jurídicos lo acompañe en el procedimiento o procedimientos a los que se vería abocado, o bien que se obtuviera el consentimiento informado del presunto menor para la práctica de las pruebas médicas, a pesar de que la Ley lo exigía desde el año 2002. La consecuencia lógica de este *modus operandi* por las autoridades españolas fueron las razonables críticas que se vertieron sobre España en materia de MENA y sobre todo en el procedimiento de repatriación⁴⁹⁶.

Por otro lado, y aprovechando el marco normativo existente hasta ese momento, así como a lo que disponía la Circular 3/2001, y al albur de este

⁴⁹⁴ La Secretaría de Estado de Seguridad, a través de la Instrucción 11/2007 de 11 de septiembre, aprobó el "Protocolo de Actuación Policial con Menores", que reproduce en el apartado 8 lo que dispone el Protocolo que examinamos. Disponible en los siguientes enlace de descarga visitados el 15 de noviembre de 2016: http://extension.uned.es/archivos_publicos/webex_actividades/4886/jdc05instruccion112007.pdf

⁴⁹⁵ Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policía Local, Policía Autónoma, Ministerio Fiscal, Dirección General de la Policía, Subdelegación del Gobierno, Entidades Públicas de Protección, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Ministerio del Interior.

⁴⁹⁶ En este sentido se pronuncia el informe de Human Rights Watch "Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías" (Octubre de 2008). Disponible en la siguiente página web visitada el 13 de febrero de 2017: <https://www.hrw.org/es/report/2008/10/17/retornos-cualquier-precio/espana-insiste-en-la-repatriacion-de-menores-extranjeros>

Protocolo nacional, se formuló el primero de los Protocolos territoriales para determinación de la edad en el seno de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Cádiz (2005)⁴⁹⁷, sin duda, un adelanto a lo que vendría años después y que respondía a la acuciante necesidad de coordinar y dar una respuesta compartida a la situación que dicha provincia vivía día a día con la llegada de extranjeros. A este protocolo le siguió otro elaborado en la Fiscalía Provincial de Orense⁴⁹⁸.

Este periodo se cierra con la Circular 2/2006 de 27 de julio de la FGE sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, cuyo apartado IV es dedicado a los MENA. La Fiscalía, vuelve a ratificar la doctrina que había establecido en la Circular 3/2001 y en la Instrucción 6/2004. Sin embargo, realiza una importante consideración desde el principio: la necesaria consideración al interés superior del menor como premisa esencial a cualquier actuación⁴⁹⁹. Así mismo la Circular se remite en la materia de la determinación

⁴⁹⁷ Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PROTOCOLO%20CADIZ%20MENAS.pdf?idFile=2b7b8f9e-fbd8-4022-8ecb-e80f90a4e0c0 Se trata de un protocolo que según su objetivo pretendía coordinar la actuación de todas las administraciones que intervinieran en el procedimiento ante un presunto MENA, y que sobre todo el Registro de MENA tuviera un verdadero sentido, y eficacia jurídica. Es un protocolo que de forma pormenorizada va explicando las actuaciones a realizar paso por paso para cada uno de los agentes involucrados. Posteriormente al Protocolo de la Fiscalía de Cádiz (el más completo), por otras Fiscalías Provinciales también se realizaron protocolos de actuación que pretendían coordinar las actuaciones de todos aquellos que intervenían en el proceso. La Memoria de la FGE de 2008 (ejercicio de 2007) se hacía eco de esta actividad de las Fiscalías Provinciales: “Con objeto de favorecer la aplicación normalizada del artículo 35.1 LE se han suscrito, muchas veces a instancia de la Fiscalía territorial de aquellas regiones donde la afluencia de MENAS es más importante (Cádiz, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Madrid, Granada y Huelva), una pluralidad de protocolos o convenios de actuación entre todas las instituciones afectadas (Fiscalías, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e instituciones autonómicas sanitarias y de protección de menores). Esta iniciativa ha sido avalada por esta Fiscalía de Sala de Extranjería hasta el punto de que estamos tratando de extenderla a otras provincias en donde la afluencia masiva de menores extranjeros no regulares constituye un fenómeno más reciente como es el caso de Almería o Baleares. Con ello se pretende lograr varios objetivos de indudable trascendencia señalados por la Instrucción FGE 2/2001: a) Superar los conflictos relativos a la determinación del Centro Médico competente para realizar las pruebas; b) Evitar los traslados automáticos y muchas veces precipitados del extranjero a los centros de protección de menores generadores de un importante trastorno para el régimen interno y desarrollo del trabajo del Centro cuando posteriormente resultaba acreditado que el interesado era mayor de edad; c) Impedir la duplicación de pruebas mediante la potenciación y adecuada utilización del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (art. 111 RE) actualmente inserto en la Base de Datos ADDEXTRA del CNP, en el que se deben incluir los resultados de las pruebas médicas que, con anterioridad, se hubieran llevado a cabo para la determinación de la edad del extranjero”.

⁴⁹⁸ Disponible en el siguiente enlace de descarga: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Protocolo_Orense_MENAS.p](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Protocolo_Orense_MENAS.pdf?idFile=8c69439c-f806-47c6-8efa-9b417edbc7c3)

⁴⁹⁹ Y decimos que es una importante consideración, puesto que a pesar de remitirse a lo que ya la Fiscalía había dispuesto en la Circular 3/2001, en ella al tratar sobre los derechos del menor,

de la edad al Protocolo realizado desde el Observatorio de la Infancia en 2005. Importante es el reconocimiento que desde la Fiscalía se hace a la recomendación que en el año 2005 formuló el Defensor del Pueblo, respecto a la inexistencia de un cauce procedimental propio, adecuado para canalizar la toma de decisión⁵⁰⁰, manteniendo la necesidad de abordar dicha necesidad, pero sin pronunciarse sobre ello en la Circular que analizamos. Y tampoco se ha realizado con posterioridad, ni siquiera en la Circular 4/2013 como tendremos oportunidad de analizar más adelante.

Por último esta Circular, también se hace eco de la valoración de los medios de prueba. Mantiene la posibilidad de la realización de las pruebas médicas solo en los casos de dudas, porque cuando indubitadamente estábamos ante un menor de edad, éstas no se realizarían. Respecto a la documentación (sin especificar cuál), que pudiera presentar el presunto menor, ya apuntaba, si bien de forma muy genérica, la cuestión de los indicios de falsedad de la documentación, y las posibles dudas sobre la edad del presunto menor de acuerdo a lo que figurara en la misma, en aras a la justificación de la práctica de las pruebas óseas.

2.1.3. Periodo 2009 – actualidad.

A pesar de las importantes modificaciones que la LO 2/2009 introdujo en materia de MENA, en el procedimiento de determinación de la edad, se mantuvo sin modificación lo que se estableció en la LO 8/2000 y en el RLOEX de 2004. Dispone el art. 35.3: *“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,*

en ningún momento se hizo referencia al interés superior del menor, limitándose a realizar una consideración sobre los derechos de sanidad y educación de los menores extranjeros.

⁵⁰⁰ Recomendación 5.1 dirigida a la FGE del informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia jurídica a los extranjeros y al que ya nos hemos referido en el Capítulo III.

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”.

La Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, nos remite en el art. 48.2 al procedimiento ya enunciado en la LOEX para la determinación de la edad de aquellos menores extranjeros solicitantes de asilo cuya edad no fuera conocida. Esta Ley hace dos precisiones que no venían recogidas en la LOEX. En primer lugar hace expresa mención a algo que ya había sido regulado en nuestra legislación a través de la Ley de Autonomía del Paciente de 2002, esto es, la necesidad de prestar el correspondiente consentimiento para ser sometido a las pruebas médicas. Y en segundo lugar a los efectos de la negativa a prestar dicho consentimiento, y así dispone: *“En los supuestos en los que la minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se pondrá el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá lo necesario para la determinación de la edad del presunto menor, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas científicas necesarias. La negativa a someterse a tal reconocimiento médico no impedirá que se dicte resolución sobre la solicitud de protección internacional. Determinada la edad, si se tratase de una persona menor de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.”*

En el año 2010 el Comité de los Derechos del Niño remite una nueva recomendación al Estado español⁵⁰¹. En la misma se felicita a España por la aprobación de la Ley de Asilo pues contempla la necesidad de dar a los MENA solicitantes de protección internacional un trato diferenciado. Sin embargo, no dice nada sobre el procedimiento para la determinación de la edad, que se había recogido en la Ley 2/2009 aprobada meses después. No obstante sí se pronuncia sobre el Protocolo de 2005 realizado en el seno del Observatorio de

⁵⁰¹ CRC /C/ESP/CO/3-4 Op. Cit.

la Infancia. En base al Reglamento y al Protocolo el Comité muestra su preocupación respecto al procedimiento de determinación de la edad manifestando que: “los métodos utilizados para determinar la edad de los niños no acompañados, que varían de una comunidad autónoma a otra y no tienen necesariamente en cuenta cuestiones como las costumbres nutricionales que pueden influir en el desarrollo físico y psicológico del niño”, recomendando que: “elabore un protocolo uniforme para la determinación de la edad y vele por que los procedimientos de determinación de la edad se lleven a cabo con métodos seguros y científicos, respetando la sensibilidad de los niños y las niñas y de manera justa, evitando todo riesgo de violación de la integridad física del niño”. Así pues la preocupación del Comité se focaliza en la patente falta de uniformidad de actuación en todo el territorio nacional a la hora de valorar las pruebas con las que se cuenta.

El art. 190⁵⁰² del Reglamento 577/2011, regula con mayores detalles el procedimiento para la determinación de la edad. El Reglamento contenía un

⁵⁰² Artículo 190. “Determinación de la edad. 1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias. Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre. 2. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación. 3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores. 4. 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. 5. Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección

mandato para la elaboración de un Protocolo Marco destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización hasta la puesta a disposición del mismo a la entidad pública de protección. El Protocolo al que ya hemos hecho referencia fue aprobado el 13 de octubre de 2014⁵⁰³.

El Protocolo de MENA, tiene dos finalidades importantes según su apartado primero:

- a) Coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y documentación;
- b) Lograr el adecuado funcionamiento del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, regulado en el art. 215 del Reglamento.

Además como expone el apartado c) del apartado primero, “el Protocolo es un tipo o patrón de buenas prácticas que, independientemente de su valor vinculante para las instituciones del Estado que lo suscriban, debería ser completado con la redacción de los correspondientes Protocolos territoriales

de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.”

⁵⁰³ El Protocolo Marco fue impugnado por la Fundación Raíces ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. La impugnación fue resuelta por sentencia de fecha 2 de junio de 2016, en el recurso número 378/2015 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. La Fundación Raíces, como ONG, impugnó muchos de los apartados del Protocolo entendiendo fundamentalmente, que éste venía a regular *ex novo* determinados aspectos del procedimiento de determinación de la edad, (efectos de los decretos del fiscal, métodos para la determinación de la edad, cuestiones formales del procedimiento) así como cuestiones sobre la documentación de los MENA, el supuesto específico de los menores en riesgo. En suma, la ONG entendía que el Protocolo se había excedido de la regulación establecida en las normas, y además vinculaba a otras administraciones u otros operadores que no habían intervenido en su firma. De esta opinión es también Alonso Sanz (2016) quien mantiene que el procedimiento para la determinación de la edad, tiene que estar recogido en una ley por la afectación a los derechos fundamentales. Sin embargo, la impugnación no fue admitida a trámite, por cuanto los Protocolos se equiparan a las Circulares, Instrucciones y Ordenes de Servicio que se dictan en el seno de la actividad administrativa como representación del poder de dirección y viene amparada por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (hoy derogada por la Ley 40/2015) y por tanto el recurso se dirigió contra un acto que no es susceptible de impugnación. No obstante la Sala concluye que en ningún momento la inadmisión a trámite del recurso implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que siempre existe la posibilidad de impugnar los actos concretos que se deriven del mismo. Actualmente el Protocolo de MENA está pendiente de la resolución del recurso de casación que fue interpuesto ante el TS según la Memoria de la FGE 2017.

para que pueda obligar a las administraciones e instituciones autonómicas respectivas”. La existencia de un Protocolo en esta materia lo podemos calificar de positivo, puesto que unifica y coordina la actuación de los agentes implicados en toda España, superando las deficiencias y descoordinaciones que hasta el año 2014 venían ocurriendo en los procesos de determinación de la edad⁵⁰⁴. Pero el texto a nuestro juicio no queda exento de críticas, puesto que como ya hemos analizado se excede de su propia naturaleza en varios aspectos: en cuanto a la definición de MENA que viene recogida en el Reglamento, recoge actuaciones relativas a ámbitos estrictamente de protección de menores que tienen su encaje legal en otros textos normativos como la LOPJM así como las leyes autonómicas correspondientes, y como tendremos oportunidad de analizar más adelante, en la controvertida regulación que hace de la documentación. En este aspecto el Protocolo se excede a lo que debe ser su estricto ámbito y nos ofrece normas sobre valoración de documentos, que no deberían tener encaje jurídico en este texto sino en una norma de carácter general o legal⁵⁰⁵.

Para finalizar con el análisis normativo de este periodo en el que nos encontramos, hemos hacer referencia a la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta ley introduce una disposición relativa al procedimiento de la determinación de la edad del extranjero documentado en el art. 12.4: *“cuando no pueda ser establecida la*

⁵⁰⁴ Según la Memoria de la FGE 2017 P.542: “La aplicación práctica del Protocolo Marco ha sido reforzada en los distintos territorios por distintas vías. En Galicia se ha elaborado un protocolo autonómico; en Vizcaya se ha adaptado el protocolo provincial para comprender algunos aspectos puntuales; en Granada o Cuenca se ha optado por llevar a cabo reuniones de coordinación con las instituciones con competencias en la materia para examinar disfunciones detectadas en la aplicación del Protocolo Marco y fijar criterios para su solución”.

⁵⁰⁵ No podemos dejar de hacer referencia en este punto a la Instrucción nº 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el Protocolo de Actuación Policial con Menores. Este Protocolo regula las actuaciones que la Policía debe de realizar ante la presencia de un MENA. Concretamente, parte de la aplicación de lo dispuesto en el art. 35.3 de la LOEX, así como del Protocolo de MENA, como si este fuera una norma o fuente del derecho. Por este motivo y al seguir lo que dispone el Protocolo de MENA también supera lo que dispone el ordenamiento jurídico, puesto que entiende por MENA los mismos supuestos que los que establece el Protocolo MENA. Sin embargo a diferencia de lo que disponía la Instrucción 11/2007, ahora sí determina con exactitud quien es el órgano competente para la determinación de la edad. El Protocolo ha sido publicado en la Orden General de la Policía 2236 de 1 de mayo de 2017. Se puede descargar en el siguiente enlace de descarga que no pertenece a la página oficial de la policía <https://www.seguridadpublica.es/2017/05/actualizacion-de-protocolo-policial-con-menores-2017/>

mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas". Varios son los apuntes que debemos de realizar al respecto.

Llama la atención que el precepto contenga dos mandatos diferenciados. Uno de estricta aplicación del principio de superior interés del menor que de acuerdo a lo establecido en la Observación General nº 6 del Comité y de las directrices del ACNUR ya analizadas, permita presumir la minoría de edad de una persona en tanto que se determina su edad y por lo tanto sujeto a protección. Y un segundo mandato que no es más que una norma de determinación de la edad distinta de la que se recoge en el art. 35.3 de la LOEX. La pregunta que se nos plantea es ¿por qué la modificación de la LOPJM introduce esta norma? La respuesta, en principio, la deberíamos encontrar en la importante doctrina jurisprudencial fijada por la Sala Primera del TS en Pleno en las sentencias 452/2014 y 253/2014 de 23 de septiembre en las que nos detendremos más adelante y en el Protocolo de MENA sobre la documentación que éstos pueden presentar como medio de prueba⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ En cuanto al lugar sistemático donde deba regularse el procedimiento para la determinación de la edad, si bien no existe ninguna norma que establezca que todas las disposiciones sobre una determinada materia deben tener una regulación sistemática en el mismo texto normativo, lo cierto es que un sistema jurídico por definición implica una ordenación ordenada y coherente de las normas, que además contribuirán a la seguridad jurídica. Como ya hemos puesto de manifiesto desde el principio de este trabajo, la materia de la determinación de la edad se sitúa entre el derecho de extranjería y el derecho del menor. Pero en cualquier caso siempre será de aplicación preferente el superior el interés del menor, frente a cualquier otro interés implicado. Dicho lo anterior, el procedimiento para la determinación de la edad, podrá ser regulado dentro del sistema de protección del menor, integrado en el "Derecho del Menor", pero también dentro del "Derecho de Extranjería". Si nos atenemos únicamente al interés que es predominante para la toma de la decisión, se justificaría su regulación dentro del Derecho del Menor. Pero si atendemos a un criterio de especialidad, podría quedar recogido como sucede actualmente dentro del "Derecho de Extranjería". Si bien en tanto se adopta la decisión, como en la misma decisión se debe mantener siempre el criterio del interés superior del menor, el procedimiento de la determinación de la edad, encuentra su razón de ser en el Derecho de Extranjería, pues de su decisión depende el correspondiente régimen administrativo que ha de aplicarse a la persona extranjera que se somete al mismo, tanto si resulta ser mayor, como menor. Así pues sin olvidar

La Ley 26/2015 tenía por objeto la modificación, entre otras leyes, la LO 1/1996 para adaptarla a la nueva realidad social que incidían en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional que España había incorporado a su ordenamiento jurídico desde 1996. La modificación de la Ley fue objeto de un amplio consenso inicial a través de los trabajos realizados por un grupo de trabajo creado en el Observatorio de la Infancia, el anteproyecto que finalmente se propuso disponía lo siguiente en el art. 12.4: *“Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto que se determina su edad”*⁵⁰⁷.

nunca que el presunto menor, y el menor es titular de los derechos de protección que le son inherentes conforme a la aplicación del interés superior del menor, no podemos dejar de lado que precisamente las consecuencias de la decisión son una especialidad propia del derecho de extranjería y que lo separan del régimen de protección ordinaria de cualquier otro menor.

⁵⁰⁷ El anteproyecto de ley fue presentado por el Observatorio de la Infancia (disponible en el siguiente enlace de descarga visitado el 13 de febrero de 2017: <http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=4298&tipo=documento>) al Gobierno para así iniciar los trámites parlamentarios. Como ya pusimos de manifiesto, el Observatorio de la Infancia tiene importancia capital en la elaboración de cualquier texto o política pública relacionada con los menores. Fue en el seno del Observatorio a través de un grupo de trabajo creado *ex professo* con la participación de todas las administraciones, miembros de la judicatura y fiscalía, miembros de la sociedad civil y de la universidad donde se fraguó con el máximo consenso el anteproyecto. Ese anteproyecto fue informado por el Consejo de Estado (informe de fecha 28 de noviembre de 2014 y disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/16.pdf); por el CGPJ (informe de fecha 30 de septiembre de 2014 disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/15.Pdf); por el Consejo Fiscal (informe de fecha 11 de julio de 2014; disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/14.pdf); el Defensor del Pueblo (informe de fecha 13 de mayo de 2014, disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/3.pdf); el Consejo Económico y Social (informe de fecha 28 de mayo de 2014, disponible en el siguiente enlace de descarga: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/12.pdf). De todos estos informes solo dos órganos se pronunciaron respecto al contenido inicial del anteproyecto en el art. 12.4: el Consejo de Estado y el Consejo Fiscal. Así el Consejo de Estado manifestó que si bien lo que en ese precepto resultaba coherente con la reciente doctrina jurisprudencial del TS, entendía que se debía de recoger alguna mención en aras al establecimiento de una norma que determinara el carácter restrictivo de las técnicas médicas que debían estar sujetas al principio de proporcionalidad. Por su parte el Consejo Fiscal, entendió que no era necesario el precepto, pues la consideración de una persona como menor de edad en tanto que se determinaba su edad, ya venía suficientemente recogido en la legislación de extranjería. Para el Consejo Fiscal, “no se trata tanto de exigir que existan razones para presumir que es menor de edad sino que debe ser suficiente con que no pueda afirmarse que la persona es mayor de edad, como se desprende de la doctrina de la FGE” (Consulta 1/2009, Circular 2/2006, Instrucción 2/2001, Circular 1/2000). En cualquier caso el Consejo Fiscal propuso una

Sin embargo, el texto del Anteproyecto de Ley que el Gobierno presentó al Parlamento difería del anterior pues se introducía el principio de proporcionalidad para el uso de las técnicas médicas, cuestión ésta que no contó con el consenso que caracterizó el texto inicial. Concretamente el texto que se iba a debatir rezaba los siguiente: *“cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. Las técnicas médicas de determinación de la edad de los menores se someterán al principio de proporcionalidad”*⁵⁰⁸.

Como decíamos anteriormente en la tramitación parlamentaria, varios grupos parlamentarios presentaron enmiendas a este apartado con la finalidad de introducir en la ley lo que ya había acordado como doctrina jurisprudencial la Sala Primera del TS en pleno en las sentencias 452/2014 y 453/2014⁵⁰⁹. Ninguna de las enmiendas propuestas prosperó y el texto remitido al Senado fue el mismo que el que inicialmente fue presentado al Congreso de los Diputados. Va a ser en el trámite ante esta Cámara donde sin apenas discusión con los grupos, el texto daría un giro inesperado y llevaría a la aprobación del que hoy conocemos. El texto volvió a ser objeto de enmiendas que fueron en el mismo sentido que las presentadas ante el Congreso y que por lo tanto volvieron a incidir en la introducción de la doctrina jurisprudencial⁵¹⁰. Fue en el trámite de enmiendas a través de mensaje motivado, donde el Grupo Parlamentario Popular, a través de

redacción alternativa a la propuesta por el Observatorio y fue la siguiente: “cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada como menor de edad a los efectos de lo previsto en esta Ley, en tanto se determina su edad”.

⁵⁰⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Núm 131-1 de 27 de febrero de 2015.

⁵⁰⁹ Concretamente se presentaron las siguientes enmiendas: la número 27 por el grupo Parlamentario de IU, ICV-EUIa, CHA: la Izquierda Plural; número 94 del Grupo Parlamentario Mixto; número 121 del Grupo Parlamentario Socialista y la número 192 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), todas estas enmiendas introducían en el texto el siguiente párrafo: “ El inmigrante (o la persona extranjera, o el extranjero) de cuyo pasaporte o documento válido 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”. La justificación que todos los grupos daban para fundamentar esta adición era precisamente la doctrina jurisprudencial. Fuente: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Núm 131-3 de 12 de mayo de 2015.

⁵¹⁰ En esta ocasión las enmiendas fueron las siguientes: la número 11 presentada por el Grupo Mixto, la número 64 y 102 presentadas por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya, la número 145 presentada por el Grupo de Convergència i Unió y la número 198 presentada por el Grupo Socialista. (BOCG. Senado. X Legislatura. Núm 550 de 26 de junio).

enmiendas transaccionales, introduce sin que nunca antes se hubiera debatido, la cuestión relativa a la fiabilidad de los documentos, la celeridad en la práctica de las pruebas, el consentimiento informado para la práctica de las pruebas y la proporcionalidad en su aplicación especialmente si son invasivas⁵¹¹.

Vemos pues como el texto resultante finalmente, no es consecuencia de la jurisprudencia del TS, sino corresponde a la legalización de lo que el Protocolo de MENA establecía al tratar la documentación del presunto menor recogida en el apartado sexto de Capítulo II y al que nos referiremos ampliamente en el siguiente epígrafe. Baste aquí poner de manifiesto que el Protocolo mantenía que en principio los pasaportes y cartas de identidad que eran equiparados a otros documentos como certificaciones no constituyen prueba plena sobre la edad, salvo que se cumplan los requisitos del art. 323 (para las certificaciones); para matizar en el apartado 2 de ese mismo apartado sexto que los pasaportes y documentos de viaje originales podrán ser título suficiente para la determinación de la edad siempre y cuando sean fiables, o bien no se dude de los mismos por presentar alguna circunstancia que los hagan dudar.

Así pues y a modo de resumen podemos decir que en la legislación actual española en materia de determinación de la edad, se reconocen dos regímenes: el de los menores documentados, regulado en la LOPJM y el de los menores indocumentados recogido en la LOEX. Se hace así visible la dificultad a la que ya hicimos referencia, sobre en qué rama del derecho ha de ser regulado el procedimiento para la determinación de la edad.

⁵¹¹ En el Diario de Sesiones del Pleno del Senado núm 164 de 8 de julio de 2015, en el turno de intervención de la senadora Dña. Larriba Leira perteneciente al Grupo Popular manifiesta: “En el trámite en esta Cámara hemos planteado 12 textos transaccionales, de los cuales hemos conseguido el respaldo para 10, con lo que quedarán incorporados los contenidos de 15 enmiendas más referidas a distintos temas, por ejemplo, para la determinación de la edad de los menores cuando se considere que su documentación no es suficientemente fiable —hay que decir que en esto no todo es blanco o negro; a veces es difícil determinar esa fiabilidad—. Por tanto, incorporamos al texto que las pruebas médicas que se realicen se hagan con rapidez, con el consentimiento informado del menor afectado, con respeto a su dignidad y sin que supongan un riesgo para su salud, porque muchas de estas técnicas son invasivas”.

2.2. LOS RETOS DEL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD.

Como se podrá haber observado, a lo largo de nuestra exposición anterior han quedado en evidencia los graves problemas a los que se enfrenta el procedimiento de determinación de la edad. Ha sido en el último periodo analizado, cuando la actividad normativa ha sido más compleja, pretendiendo superar a través de la LO 2/2009 y el RD 577/2011, las primeras normas que se habían dictado para dar una rápida respuesta a un fenómeno (la inmigración de MENA) desconocido en España, e introducir así en nuestro ordenamiento jurídico las cuestiones que venían siendo exigidas por diferentes sectores (ONU, Fiscalía, Judicatura, Defensor del Pueblo, Academia, ONG). Pero desde nuestro punto de vista esta labor normativa ha sido insuficiente de cara a una adecuada regulación del procedimiento que creemos que puede ser mejorado. Nos podemos preguntar entonces cuáles son los retos a los que nos enfrentamos.

En primer lugar hemos de referirnos a cuáles pueden ser las pruebas para la acreditación de la edad y cómo valorarlas. Surge así la cuestión no solo del uso de los métodos médicos más adecuados, sino también de la importante valoración de documentos tanto identificativos como no identificativos que también pueden servir para el mismo fin. La Memoria de la FGE de 2017 sigue reconociendo que “se producen situaciones conflictivas en relación con la valoración de documentación extranjera que contradice los resultados de las pruebas médicas practicadas. Esta problemática, aunque cuantitativamente afecte a un número limitado de expedientes, es de tal entidad cualitativa que ha determinado que deba ser analizada en profundidad en las Jornadas anuales de especialistas de extranjería que se desarrollarán en el mes de junio de 2017”⁵¹². Hemos de recordar, como ha manifestado la doctrina de EEUU⁵¹³ y que ha sido acogida por los demás Estados que han tenido que dar una solución a este

⁵¹² Memoria de la FGE 2017 Pp. 543 – 544.

⁵¹³ A través del estudio realizado por el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América, a petición de un comité de la Cámara de Representantes sobre las prácticas para la determinación de la edad utilizadas por el ICE (Immigration and Custom Enforcement Department) titulado Age Determination Practices for Unaccompanied Alien Children in ICE Custody (2009), según el informe del Defensor del Pueblo. 2012. «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.» Madrid. Pp.24 - 25.

problema, que los medios y métodos de prueba han de servir para dar una respuesta holística.

Pero no es este el único reto del procedimiento de la determinación de la edad, basta leer el decálogo de buenas prácticas realizado en el marco del Programa Europeo de Niños Separados de 2009⁵¹⁴ y asumido por Smith y Brownlees (2011)⁵¹⁵ para constatar que existen otras importantes cuestiones que deben ser tratadas y sobre las cuales debemos pronunciarnos. Hay que cuestionarse hasta qué punto las cuestiones a las que se hace referencia en el decálogo son recogidas en nuestra legislación y modo de proceder, y si en base a dichas buenas prácticas, se puede formular un nuevo modelo de procedimiento que permita introducir aquellos aspectos que entendamos en su caso que no se cumplen a día de hoy.

Desde el punto de vista formal, creemos que dos son los importantes retos a los que nos debemos enfrentar: el relativo al órgano competente para tomar la decisión, y directamente relacionado, con éste, el cauce formal para llegar a la misma. Respecto al órgano competente, la Observación nº 6 del Comité se refiere a la imparcialidad del órgano decisor y no en todos los estados es el mismo órgano quien tiene asumida dicha competencia. Por otro lado no hemos de olvidar que en el procedimiento de la determinación de la edad no solo interviene el órgano decisor, sino que es necesaria la intervención de otros agentes, cuya responsabilidad será distinta a aquel que asumirá la responsabilidad de la decisión última. El informe de la EASO se refiere a ello y mantiene que no existe una legislación unitaria al respecto en los países europeos y son varias las instituciones que pueden participar, diferenciando el momento del procedimiento en el que nos encontremos. Así policías, y servicios sociales que tengan primer conocimiento de la existencia de un presunto menor, aquellos que estén a cargo de evaluar la edad como pediatras, psicólogos infantiles, médicos; o los que estén a cargo de tomar una decisión final como

⁵¹⁴ Separated Children in Europe Programme (SCEP). 2009. «Statement of Good Practice» *Op. Cit.*

⁵¹⁵ Smith, Terry, y Laura Brownlees. 2011. «Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography» *Op. Cit.*

autoridades judiciales. Este informe propone en cualquier caso que el órgano que deba determinar la edad debe ser independiente, con experiencia adecuada para ello, y además personas que estén familiarizadas con el entorno étnico y cultural del presunto menor⁵¹⁶. Respecto al cauce formal, esto es a la propia estructura del procedimiento, el reto está en la necesidad de construir un procedimiento que sea totalmente respetuoso con los derechos del menor, y en especial con aquellos que hemos estudiado en el Capítulo III que actualmente no tienen, o bien un correcto encaje en el actual procedimiento como el de la audiencia del menor, o bien directamente no se contemplan como la asistencia letrada o la recurribilidad directa de la decisión ante los tribunales.

3. LA PRUEBA DE LA EDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD: LA DOCUMENTACIÓN Y LOS MÉTODOS CIENTÍFICO - MÉDICOS.

Como acabamos de adelantar uno de los retos a los que se enfrenta el procedimiento de la determinación de la edad es de índole material, esto es, determinar a través de qué medios se puede acreditar la edad cronológica de una persona cuando se duda de ella. Una primera aproximación a los mismos nos permite realizar una simple clasificación: la documentación que el presunto menor nos puede aportar o puede ser conseguida a través de la actividad del órgano decisor y, a falta de la misma, los métodos científicos o médicos, sin olvidar nunca la declaración del presunto MENA y otros elementos a tomar en consideración. De lo expuesto anteriormente, tanto de los estudios científicos

⁵¹⁶ Texto en inglés original P.13: "In practice, those who are involved in the age assessment will vary on the circumstance and stage of the procedure. For instance it may include (1) those who, based on a justified doubt, propose that an age assessment is to be carried out (law enforcement authorities, social services, etc.); (2) those who carry out the age assessment (social services, paediatricians, child psychologists, medical practitioners); (3) those who are in charge of taking a final decision based on age assessment results (judiciary)". (...) "Age assessment should be undertaken by professionals who are (a) independent; (b) with appropriate expertise (adequately trained); and (c) familiar with the individual's ethnic and cultural background".

como jurídicos y de la propia normativa, los métodos médicos deben ser excepcionales y adoptados con proporcionalidad, pues son invasivos, podrían afectar a la dignidad de la persona y están sujetos a márgenes de error. Así pues las pruebas documentales, sin olvidar nunca el posible documento extranjero, deberían de ser valoradas en un primer momento⁵¹⁷, y si a través de ellas no pudiera determinarse la edad, se debería acudir a los métodos científicos.

Pero, además de esta clasificación, no podemos dejar de obviar la importancia que a día de hoy tiene la cooperación internacional y concretamente la cooperación policial. A través del intercambio de información, especialmente de huellas digitales, cuando se puedan obtener, se podrá también identificar a quien mantiene ser presunto menor y en consecuencia evitar la práctica de pruebas médicas, así como resolver la cuestión de la falsedad de los documentos presentados. Analizaremos por lo tanto, si esta vía es posible en España y las cuestiones que la misma plantea.

Nuestro ordenamiento jurídico ha venido a refrendar la existencia de un doble sistema para la determinación de la edad, según el presunto menor esté o no esté documentado como podemos observar de la combinación de los arts. 12.4 de la LOPJM y 35.3 de la LOEX. Por lo tanto, y siguiendo este orden en primer lugar estudiaremos la documentación como prueba de la determinación de la edad, en segundo lugar, y previa a la utilización de los métodos médico – científicos nos detendremos en la vía de la cooperación internacional y por último nos referiremos a los distintos métodos médico – científicos.

3.1. LA DOCUMENTACIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA.

⁵¹⁷ Separated Children in Europe Programme (SCEP). 2009. «Statement of Good Practice.» *Op. Cit.* “Age assessment procedures should only be undertaken as a measure of last resort, not as standard or routine practice, when there are grounds for serious doubt and where other approaches, such as interviews and attempts to gather documentary evidence, have failed to establish the individual’s age”.

Según Smith y Brownlees (2011)⁵¹⁸ “antes de usar la metodología más intrusiva para la evaluación de la edad de una persona, ésta puede ser fijada buscando documentación que refiera la fecha de nacimiento de ésta, o al menos nos indique aproximadamente su edad. No existe ninguna guía internacional que fije cuáles son los documentos que son admitidos o no, pero los códigos procesales tanto civiles como criminales, suelen especificar qué documentos son aceptados como prueba de la identidad y por lo tanto de la edad de una persona”⁵¹⁹.

Las preguntas que nos debemos de hacer es: si la prueba documental puede ser un medio apto para la determinación de la edad y todos los documentos presentados pueden ser examinados ¿qué valor ha de atribuírsele a cada uno de ellos?, ¿existen documentos que pueden ser considerados como más aptos que otros en cuanto a su valor jurídico para acreditar la edad de su portador? Las respuestas no son sencillas. No todos los países nos ofrecen la misma solución y por lo tanto no existe un criterio unánime mundial para ello. Por ejemplo en Estados Unidos, según Smith y Brownlees (2011), “el Departamento de Salud y Servicios Sociales se pronunció en el año 2009 al respecto y dispuso que en primer lugar se debía estar al certificado de nacimiento. Si éste no era original, o bien la autenticidad del documento se cuestionaba el Departamento debía consultar al Consulado o Embajada a la que pertenecía el presunto menor para verificar la autenticidad de ese documento. También se podría tener en cuenta otros documentos, como las actas de bautismo, documentación escolar o clínica o incluso declaraciones juradas. Los métodos biométricos y forenses deberían ser utilizados como último recurso, si la documentación anterior no está disponible. Sin embargo y a pesar de esta declaración de intenciones, los datos

⁵¹⁸ Smith, Terry y Brownlees Laura 2011. «Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography.» *Op. Cit.* P. 25.

⁵¹⁹ Según este estudio, se han de obviar directamente documentos poco fiables como calendarios indígenas o lunares; aunque se reconoce que “por ejemplo para obtener datos censales por los agentes públicos, en zonas de Africa se han utilizado las referencias a calendarios que contienen eventos nacionales o locales que se ponen en relación con el nacimiento de una persona; también se puede usar el nombre de la persona al que se le conoce por el momento en el que se produjo el nacimiento; calendarios lunares como en comunidades indígenas de Panamá, o las comunidades islámicas de Malasia. En otros países como Kenia, se utilizan los grados escolares para determinar las edades. Sin embargo, estas referencias a la edad son cualitativamente pobres e incluso los locales que las usan tienen dificultades para la determinación de su edad”.

reales que fueron recogidos por las autoridades del Estados Unidos en relación a los procedimientos de determinación de la edad entre abril de 2008 y abril de 2009, evidenciaron que las pruebas médicas no eran utilizadas como último recurso sino de manera habitual, denunciando que un simple dentista de Nueva York en ese periodo había realizado al menos 1500 radiografías”.

Atendiendo a lo dispuesto, uno de los documentos que podrían acreditar la edad de una persona es su certificado de nacimiento, lo cual nos remite al derecho de la persona a ser inscrita como contenido del derecho a su identidad (art. 7 CDN) ya referido. Como ya hemos puesto de manifiesto existen muchos países en los que por diversos motivos, bien no se inscriben los nacimientos de los niños, y por ese motivo carecen de actas expedidas por registros públicos que hagan prueba de la fecha de nacimiento de la persona y por lo tanto de su edad cronológica, bien existe una inscripción tardía originando así una falta de fiabilidad en cuanto a las fechas que constan en los propios certificados del registro. Sin perjuicio de los sistemas de valoración de la prueba, los certificados de nacimiento se enfrentan a un importante escollo para su valoración: al ser documentos públicos expedidos por autoridades de otro país, su valoración y eficacia vendrá determinada por lo que dispongan las normas internas del país en el que se quieran hacer valer y por otro lado deberán ser aptos, bien por sí mismos bien en compañía de otros documentos para poder ser atribuidos a su portador. En otro orden de cosas, y sin prescindir de aquellos documentos que son aceptados por los distintos Estados como medios de prueba para la determinación de la edad de una persona⁵²⁰, sí existen unos documentos que con un amplio consenso mundial han sido aceptados como identificativos de una persona y que además acreditan la edad de su portador: los pasaportes y cartas de identidad.

Llegados a este punto varias son las cuestiones a las que debemos hacer frente y a las que iremos contestando en los siguientes epígrafes: ¿por qué los pasaportes y las cartas de identidad son documentos aptos, por sí mismos, para acreditar la edad de una persona?; ¿por qué de los certificados de nacimiento

⁵²⁰ Tal y como expusimos anteriormente al citar a Smith y Brownlees (2011).

no podemos predicar la misma afirmación?; ¿cuál es la eficacia jurídica de estos documentos en España y cómo afectan a la determinación de la edad?; ¿cuál ha sido la posición doctrinal y jurisprudencial en respecto a la eficacia jurídica de estos documentos en la materia de la determinación de la edad hasta 2014?; ¿qué ha significado la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS tras las SSTS 452/2014 y 453/2014 de fecha 23 y 24 de septiembre?.

3.1.1. Los pasaportes, las cartas de identidad y otros documentos identificativos como medios idóneos para la acreditación y prueba de la edad.

1. El pasaporte.

El DRAE define pasaporte como “licencia o despacho por escrito que se da para poder pasar libre y seguramente de un pueblo o país a otro”. El origen remoto del pasaporte, siempre ha estado ligado a los viajes así como a las autorizaciones para pasar de un lugar a otro⁵²¹.

Para la OIM⁵²² “los pasaportes y las visas son documentos oficiales que permiten a las personas viajar legalmente a través de las fronteras nacionales. El papel de un pasaporte es identificar a los nacionales de un Estado para el beneficio de los países extranjeros, y garantizar su derecho de retorno. Los pasaportes nacionales para ciudadanos y sistemas de visa para los no residentes, gestionan el movimiento ordenado de personas entre Estados sobre una base temporal o permanente. El movimiento para estandarizar los

⁵²¹ Para el Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico de Corominas J. y Pascual J.A. 2010. Volumen IV Me - Re. Ed Gredos. Madrid. P. 420 la palabra pasaporte viene del término “francés passeport (1520), propiamente pasa puerto”. Del artículo “La controvertida historia del pasaporte” firmado por Giulia Pines en mayo de 2017 en la revista Nationalgeographic España y disponible en la siguiente página web recuperada el 27 de octubre de 2017 (<http://www.nationalgeographic.es/viaje-y-aventuras/2017/05/la-controvertida-historia-del-pasaporte>) Los pasaportes han sido utilizados por siglos para establecer la identidad de su titular y para protección diplomática. Inicialmente tuvieron una variedad de formas; desde la soberanía de una carta de recomendación por escrito, hasta pases de “salvoconducto”. En 1920 la Sociedad de Naciones llevó a cabo una conferencia para adoptar formatos estándar para pasaportes y visas para todos los Estados signatarios, con disposiciones uniformes que regían su base, contenido, validez y derechos de emisión. Una segunda conferencia en 1926, fijó especificaciones adicionales y mejoras al formato de pasaporte estándar internacional.

⁵²² En el documento disponible en el siguiente enlace de descarga visitado el día 18 de febrero de 2017: http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v3/V3S01_CM.pdf

pasaportes que comenzó hace décadas, es una medida de eficiencia que ahora ha evolucionado hacia una herramienta de seguridad crucial. Muchos Estados han introducido mayores medidas de seguridad, en respuesta a la amenaza del terrorismo global. El incrementar la seguridad es una de las más altas prioridades para los gobiernos y los transportistas. El fundamento para la seguridad internacional de viaje es prueba de identidad y ciudadanía. El pasaporte es también importante para la protección y el apoyo de los ciudadanos de un Estado que se encuentren en el extranjero (...) La seguridad de los viajes internacionales depende de documentos confiables y sistemas de cooperación internacional e intercambio de información. Se necesitan estándares internacionales para un sistema global efectivo sobre pasaportes y visas”.

La actual regulación internacional de los pasaportes ha sido establecida por el organismo especializado de las Naciones Unidas denominado Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI)⁵²³ creada en 1944 para ejercer la administración y velar por la aplicación del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago) y en la que participan 191 países⁵²⁴. Fue en 1946, cuando esta organización ofreció un primer borrador de una tarjeta de pasaporte simplificado. El rápido crecimiento del tráfico aéreo internacional de pasajeros, impulsó a la OACI en 1968 a considerar propuestas para la introducción de un pasaporte de lectura mecánica que permitiera acelerar la inspección de los mismos. En 1980 se publicó el Documento 9303⁵²⁵ de la OACI que contenía el denominado Pasaporte con Capacidad para Lectura Mecánica (MRP), (incluido dentro de los llamados Documentos de Viaje de Lectura Mecánica –MRTD. Los otros dos documentos son las Visas de Lectura Mecánica y los Documentos Oficiales de Viaje de Lectura Mecánica), que fue producido inicialmente por Australia, Canadá y EEUU, entre 1981 y 1982 ese tipo de

⁵²³ Página web visitada el 18 de febrero de 2017: http://www.icao.int/about-icao/Pages/ES/default_ES.aspx

⁵²⁴ Actualmente la ONU tiene registrados un total de 193 países soberanos según su página web visitada el 18 de febrero de 2017: <http://www.un.org/es/member-states/index.html>

⁵²⁵ El Documento 9303 ha tenido varias ediciones siendo la última de 2015, disponible en los siguientes enlaces de descarga:
http://www.icao.int/publications/Documents/9303_p1_cons_es.pdf
http://www.icao.int/publications/Documents/9303_p2_cons_es.pdf
http://www.icao.int/publications/Documents/9303_p3_cons_es.pdf

pasaporte fue adoptado por los Estados de la UE y hoy en día es acogido por todos los Estados. Las distintas ediciones de este Documento 9303 son las que van introduciendo los distintos sistemas de seguridad del documento (desde la seguridad del papel, tintas, inclusión de datos biométricos) hasta los mecanismos necesarios para la prevención del fraude.

Como cualquier regulación internacional sobre una materia, el fundamento de la misma se encuentra en la confianza de los distintos Estados en que los mismos acojan las recomendaciones de seguridad de la OACI, para los pasaportes de lectura mecánica y además cooperen a través de ello con la lucha contra la trata de personas, la inmigración irregular y el uso fraudulento de estos documentos. En cualquier caso, independientemente de las medidas de seguridad que deben seguir los Estados a la hora de la expedición de los pasaportes según el Documento 9303, estamos de acuerdo con la OIM cuando manifiesta que “el vínculo más débil del sistema que produce y emite documentos de viaje, está en los documentos fuente utilizados para la creación de los mismos. Los retos básicos para los países en sus sistemas de emisión de pasaportes y visas, son asegurar la prueba creíble de la identidad de una persona. La base para que los pasaportes sean creíbles, es la confiabilidad de la documentación que se requiere para obtener el pasaporte. Sentada esta base, el siguiente componente para asegurar la certeza sobre la identidad de una persona, es el sistema que los Estados emplean para producir y emitir pasaportes”⁵²⁶. Esta última afirmación que realiza la OIM ha sido de extraordinaria importancia respecto a la regulación que ha mantenido España en el Protocolo de MENA y en el art. 12.4 cuando aprovechando esta afirmación parece que cualquier agente que interviene en la determinación de la edad de una persona, bien la policía, bien el Fiscal como órgano decisor pudieran dudar de la fiabilidad del pasaporte expedido por otro Estado, permitiendo que ante la presencia de un pasaporte, prevalezca el principio de control de las fronteras y no el interés superior del menor, y que como consecuencia a éste principio, se

⁵²⁶ *Op. Cit. Ver nota al pie 520.*

valore dicha documentación junto a otros elementos antes de acudir a las pruebas óseas⁵²⁷. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

La UE, también ha reconocido la importancia del pasaporte como documento de identificación de las personas y las necesarias medidas de seguridad que éstos debían de contener precisamente por su importante función. A este respecto la UE en aras de armonizar la normativa e introducir los sistemas de seguridad recogidos en el documento 9303 de la OACI, adopta el Reglamento 2252/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros⁵²⁸.

Por último, nos parece interesante poner de relieve la importancia que nuestra legislación ha dado al pasaporte y que viene a refrendar lo que ya hemos puesto de manifiesto más arriba respecto a sus importantes funciones como documento de identificación. Es el RD 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características⁵²⁹, modificado por RD 411/2014 de 6 de junio⁵³⁰ el que se refiere a este documento. El pasaporte se define en el art. 1 como: *“documento público, personal, individual e intransferible, expedido por los órganos de la Administración General del Estado que en este real decreto se señalan, que acredita, fuera de España, la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles salvo prueba en contrario, y, dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de aquellos españoles no residentes”*.

Así pues, podemos concluir por todo lo anteriormente explicado que el pasaporte, al ser un documento expedido por las autoridades del país del que la

⁵²⁷ Con la redacción del art. 12.4 de la LOPJM, se sujeta a la persona que presenta un pasaporte ante una prueba diabólica, puesto que más allá del pasaporte, no tiene otra forma de documentarse ante las autoridades españolas, quienes simplemente por la desconfianza ante determinados pasaportes impiden a la persona su documentación a través del medio que es apto para otras personas. Así las cosas, hemos de distinguir como dos realidades diferentes, que la ley trata de una sola forma, la confiabilidad de la documentación que se requiere para obtener el pasaporte, de la seguridad del pasaporte como documento.

⁵²⁸ DOUE núm 385 de 29 de diciembre.

⁵²⁹ BOE núm 166 de 12 de julio.

⁵³⁰ BOE núm 154 de 25 de junio.

persona es nacional, con importantes medidas de seguridad, y ser un documento que tiene como objeto principal identificar a su titular, y estando íntimamente ligada la edad a esa identidad, es un documento apto por sí mismo para la determinación de la edad.

2. La carta de identidad.

La carta de identidad es un documento identificativo expedido por un Estado y que tiene como finalidad la identificación de los nacionales de ese Estado. No existe ninguna agencia de las Naciones Unidas, ni regulación internacional respecto de ésta, pues este documento si bien puede estar dotado de los mismos sistemas de seguridad de un pasaporte, a diferencia de éste, no es un título de viaje⁵³¹.

No todos los Estados expiden cartas de identidad. Pero al igual que ocurre con los pasaportes la base de la confección de la carta de identidad o documento de identidad, también son documentos públicos, cuyo contenido se incorporará junto a datos biométricos y otros medios de seguridad. Por este motivo, las cartas de identidad, al tener un mecanismo análogo de expedición a los pasaportes, y ser documentos emitidos por autoridades de un Estado también serán documentos aptos para acreditar la edad de una persona por sí mismos como el pasaporte.

Al igual que dijimos antes respecto del pasaporte, hemos de poner de relieve cómo España regula el DNI. Concretamente a éste se refieren los arts. 8 a 10 de la LO 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁵³² y en el RD 1553/2005 de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica⁵³³. Esta última norma dispone en el art. 1: *“El Documento Nacional de Identidad es un*

⁵³¹ Las cartas de identidad, cédulas de identidad, documentos de identidad no son títulos de viaje, esto es, documentos que permitan entrar en otro Estado o regresar al que se pertenece salvo que existan convenios entre Estados que así lo establezcan. Es el caso del espacio Schengen dentro de la UE, donde los ciudadanos podrán desplazarse entre los distintos Estados simplemente mostrando su carta de identidad.

⁵³² BOE núm 77 de 31 de marzo.

⁵³³ BOE núm 307 de 24 de diciembre.

documento personal e intransferible emitido por el Ministerio del Interior que goza de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las leyes. Su titular estará obligado a la custodia y conservación del mismo. 2. Dicho Documento tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignan, así como la nacionalidad española del mismo”.

3. Otros documentos identificativos.

Los Estados pueden establecer y regular otros documentos que sirvan para la identificación de la persona y que tengan validez en el tráfico interno. No hemos de desdeñar, la posible utilización como medio de prueba de estos documentos si son presentados por una persona poseedor del mismo y que no se encuentra en el Estado emisor. Normalmente estos documentos identificativos habrán sido expedidos por las autoridades de un Estado fundamentada en una normativa que recogerá los requisitos necesarios para expedir ese documento. Nos referimos a los documentos que se les entrega a los extranjeros que se encuentran en situación regular en un Estado, o bien que estando en situación irregular no han podido ser documentados por el Estado del que son nacionales. La posibilidad de que estos documentos puedan ser usados como medios de prueba, se fundamenta en la posibilidad de su reconocimiento por los agentes que deban de darle eficacia en el Estado donde se presentan, permitiendo su valoración de autenticidad; incluso en la eventualidad de poder solicitar una consulta al Estado emisor del mismo para comprobar la realidad de su expedición.

En España, podemos enumerar los siguientes, que podrían tener sus análogos en otros Estados: la cédula de inscripción, las tarjetas expedidas a los apátridas, las tarjetas de las personas que han solicitado asilo y aún no se les ha concedido, o las tarjetas de residencia⁵³⁴.

⁵³⁴ Documentación que se regula tanto en el RD 577/2011, en el RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida. BOE núm. 174 de 21 de junio; en la normativa de asilo y refugio (Ley 12/2009 y RD 203/1995).

3.1.2. Los certificados de nacimiento y otros documentos expedidos por autoridades de Estados extranjeros como documentos probatorios de la edad.

Los certificados de nacimiento podrían ser documentos aptos para la identificación de una persona, si incorporaran datos biométricos que así los permitieran, y sí son documentos que pueden probar la edad de una persona. Son documentos que sirven de base para la emisión de los pasaportes y cartas de identidad, de forma que serán las autoridades del país emisor del documento que identificará a la persona quienes lo tendrán que valorar y proceder a la incorporación de su contenido al documento identificador.

Al encontrarnos ante una cuestión de Derecho internacional privado, pues nos referimos a las certificaciones de nacimiento expedidas por otros Estados que no es España, nuestra legislación sobre el Registro civil, y por tanto toda nuestra regulación no puede ser de aplicación a ellas. Como veremos posteriormente y analizaremos pormenorizadamente, la cuestión se ha de centrar en la eficacia jurídica extraterritorial en España de las mismas como medio de prueba.

Respecto a otros documentos⁵³⁵ que puedan ser expedidos por autoridades públicas o gubernativas de otros Estados, la conclusión es la misma a la que se llega con los certificados de nacimiento. No son documentos identificativos de la persona y por tanto su valor y eficacia jurídica dependerá en primer lugar de las normas del Estado en donde se quiera hacer valer y en segundo lugar que estén acompañados de un documento que permita justificar que su portador es realmente quien dice ser el documento que se pretende hacer valer.

⁵³⁵ La lista podría ser extensa, pero los más habituales que se prestan en España por los presuntos MENA, son certificados de residencia.

3.1.3. La eficacia jurídica de los documentos públicos extranjeros en España.

Hasta este momento, nos hemos referido a los tipos de documentos que pueden probar la edad de una persona. La siguiente cuestión que se nos plantea es la eficacia jurídica de los mismos en España, esto es, cómo deben ser valorados y por tanto permitir, que a través del mismo se pueda fijar la edad de una persona. Debemos de distinguir así varios conceptos: validez del documento que está íntimamente ligado a la autenticidad del mismo, clase de documento y por último eficacia jurídica del mismo. En el presente apartado nos detendremos en estos conceptos generales, para una vez explicados poder aplicarlos a nuestro objeto de estudio.

En cuanto a la clasificación de los documentos, nuestra legislación no es unitaria. Así en el Derecho civil solo se diferencian dos tipos de documentos: públicos y privados⁵³⁶, en tanto que en la legislación penal se distinguen los documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados. La clasificación es importante puesto que dependiendo del tipo del documento, la eficacia jurídica a efectos probatorios así como la protección que se le da al documento es diferente. Nos detendremos en la LEC, norma procesal donde se contempla la actual distinción entre documentos públicos y privados y porque además es la ley básica procesal, de aplicación supletoria a cualquier proceso en sentido amplio, tanto judicial como administrativo⁵³⁷. El art 317⁵³⁸ determina cuando

⁵³⁶ La clasificación entre documentos públicos y documentos privados se recogió inicialmente en los arts. 1216 y 1225 del CC que no han sido derogados. Así el primero de ellos define el documento público como los autorizados por un Notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley. También se refieren a ellos los arts 25 a 23 del Código de Comercio.

⁵³⁷ La LEC no define qué se debe entender por documento. Para Montero Aroca, Juan, José Flors Maties, y Gonzalo, López Ebrí. 2000. *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Vol. I. II vols. Valencia: Tirant lo Blanc. P.649, es cualquier soporte que pueda contener un pensamiento humano, o haga referencia a un hecho o acto ocurrido. Si es definido por el CP en el art. 26: "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

⁵³⁸ Art. 317 LEC: "A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales. 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de

estaremos ante un documento público y el art. 324⁵³⁹ cuándo estamos ante un documento privado⁵⁴⁰. No obstante para Durán Ruiz (2011)⁵⁴¹ la LEC sí distingue entre documentos públicos y oficiales, siendo estos últimos a los que se refiere el art. 319.2; y así mantiene que “mientras los documentos públicos acreditan por sí mismos su autenticidad, los documentos oficiales –como son el pasaporte o la tarjeta de residencia- sólo establecen una presunción de veracidad, una presunción iuris tantum, que por lo tanto puede ser desvirtuada mediante otros medios de prueba”.

Nos centraremos en la eficacia extraterritorial de los documentos públicos extranjeros en España, comenzando con los pasaportes y cartas de identidad, para finalmente estudiar la eficacia de los documentos públicos extranjeros y su valoración en el procedimiento de determinación de la edad.

1. Los pasaportes y las cartas de identidad.

Nuestro ordenamiento jurídico define el pasaporte como *documento público, personal, individual e intransferible*. Por su parte define el Documento Nacional de Identidad como un documento “*que goza de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las leyes*”. De estas caracterizaciones se extrae que la norma los clasifica como documentos públicos.

la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades”.

⁵³⁹ Art. 324 LEC: “Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317”.

⁵⁴⁰ En cuanto al concepto de documento oficial, la antigua LEC los definía en el art. 596.3º como “los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones”. Hoy esta definición ha quedado integrada en el apartado 5º del art. 317 de la actual LEC.

⁵⁴¹ Durán Ruiz, Francisco Javier. 2011. «Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales.» En *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía.*, de F.J y Kressova, N. García Castaño, 851 - 863. Granada: Instituto de Migraciones.

Para ayudarnos a entender la importancia de estos documentos como pruebas aptas por sí mismas para la determinación de la edad, podemos acudir a la normativa de la LOEX como a la LO 4/2015.

Respecto a la identificación de las personas extranjeras, la LOEX dispone en el art. 25.1 que el pasaporte válidamente expedido o documento de viaje que acredite su identidad es un requisito para la entrada en el territorio español⁵⁴²; por su parte el art. 6 del RLOEX reconoce sin ambages que el pasaporte y la carta de identidad son documentos que acreditarán la identidad del extranjero: *“1. Para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de uno de los siguientes documentos: a) Pasaporte, individual, familiar o colectivo, válidamente expedido y en vigor. Los menores de 16 años podrán figurar incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor cuando tengan la misma nacionalidad del titular del pasaporte y viajen con éste. b) Título de viaje, válidamente expedido y en vigor. c) Documento nacional de identidad, cédula de identificación o cualquier otro documento en vigor que acredite su identidad, que hayan sido considerados válidos para la entrada en territorio español, en virtud de compromisos internacionales asumidos por España. 2. Tanto los pasaportes como los títulos de viaje y demás documentos que se consideren válidos deberán estar expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho Internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los titulares. Los pasaportes deberán permitir el retorno al país que los haya expedido”*.

La Ley de Seguridad Ciudadana en el art. 13, alude también a la obligación de los extranjeros de estar identificados de acuerdo a los documentos expedidos por las autoridades competentes de sus países de origen debiendo además permitir la comprobación de su autenticidad por las autoridades o

⁵⁴² Art. 25.1 LOEX: *“El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas”*.

agentes españoles cuando fueran requeridos: “1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España. (...) 3. Los extranjeros estarán obligados a exhibir la documentación mencionada en el apartado 1 de este artículo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad de la misma, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes de conformidad con lo dispuesto en la ley, y por el tiempo imprescindible para dicha comprobación, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no la llevaran consigo”.

Como vemos la normativa española solo da valor como documentos identificativos de una persona a los pasaportes y las cartas de identidad, siempre que sean auténticos, esto es que no estén falsificados en cuanto a su soporte físico; por eso la ley en cuanto a su comprobación, se limita a referirla a las medidas de seguridad, y no al contenido del documento, el cual se debe presumir en principio veraz y controlado por la autoridad del país que lo expidió⁵⁴³. La cuestión sin embargo, más controvertida en el procedimiento para la determinación de la edad como tendremos oportunidad de analizar más adelante será la posibilidad de valorar el contenido del pasaporte por el órgano decisor.

2. Los documentos públicos extranjeros.

⁵⁴³ Además la especial protección del documento de identidad precisamente por su función en el tráfico jurídico es reconocida expresamente por el CP, el cual recoge un tipo especial en el art. 392.2 que protege el tráfico o uso que se haga del mismo disponiendo lo siguiente: “*las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso. Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España*”.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce en el proceso a los documentos públicos un trato privilegiado a efectos probatorios (siempre que se aporte el original o copia fehaciente del mismo), como dispone el art. 319 LEC⁵⁴⁴. Sin embargo, la LEC considera la posibilidad en los arts. 320 (que recoge la eventualidad del cotejo) y 322 (supuestos en los que no cabe cotejo) de impugnar la validez, esto es la autenticidad del documento público, que es distinta a su eficacia. Así pues como norma general a los efectos de prueba en el proceso civil general la ley no permite, cuando nos encontramos ante un documento público, entrar a valorar el fondo o el contenido del mismo, pues en materia de documentos públicos nos encontramos ante una valoración de la prueba legal o tasada. Sobre esta cuestión volveremos al final del presente apartado.

Es el art. 323⁵⁴⁵ de la LEC el que recoge las exigencias que deben de concurrir en los documentos públicos extranjeros para que éstos tengan la eficacia jurídica de documentos públicos en España conforme al art. 319 LEC y por lo tanto puedan tener procesalmente un valor probatorio privilegiado. El art. 323 establece un sistema de exigencias subsidiario. En primer lugar, se estará a la existencia de un tratado, convenio internacional o ley especial que otorgue a determinados documentos la eficacia prevista en el art. 319 LEC. A falta de

⁵⁴⁴ “1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. 2. La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”.

⁵⁴⁵ “1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley. 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. 3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”.

convenio internacional, para otorgar eficacia jurídica a un documento público extranjero se necesita que concurren dos requisitos: que el documento haya sido expedido en el país que lo emite con los requisitos necesarios para que en ese país haga prueba plena en juicio; y que además el documento contenga la correspondiente legalización⁵⁴⁶ o apostilla⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Entre otras posibilidades, tomamos la definición que de la legalización nos ofrecen Calvo Caravaca y Carrascosa González (2017) en *Derecho Internacional Privado*. 17ª edición. Vol. I. II vols. Granada: Comares, Pp. 916-917 como “una certificación realizada por un funcionario público y en cuya virtud se acredita la autenticidad de la firma que consta en el documento, la cualidad de “autoridad pública” de la persona que lo firma y, en su caso, la veracidad del sello o timbre que el documento ostenta. La finalidad de la legalización es evitar que los documentos públicos falsificados surtan efectos en otros países”. Por su parte la Instrucción de fecha 20 de marzo de 2006 de la DGRN (a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe extensamente), define la legalización de la siguiente manera: “se entiende por «legalización» la formalidad destinada a comprobar la autenticidad de la firma puesta en un documento, la calidad en que ha obrado el firmante del mismo y, en su caso, la identidad del sello que lleve el mismo documento”. Respecto a la finalidad de la legalización la Instrucción establece que ésta “consiste en la comprobación de los aspectos formales de un documento (veracidad de la firma, calidad del firmante, identidad del sello estampado) sin dar fe de la exactitud de la información contenida en el documento legalizado”. El procedimiento para la legalización de un documento público extranjero, no viene recogido en la ley, pero se distinguen dos fases según Calvo Caravaca y Carrascosa González (2017): una primera fase que denominan fase extranjera, que comprende las siguientes fases: 1º las firmas contenidas en el documento cuyos efectos legales se pretenden hacer valer en España deben ser legalizadas por las autoridades extranjeras de dicho país con arreglo a las leyes de dicho país y 2º a continuación el documento extranjero debe ser nuevamente legalizado por autoridades dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país extranjero. Seguidamente existe una fase española en la que se distinguen las siguientes etapas: 1º el documento extranjero se presenta ante el Cónsul español en dicho país que legaliza las firmas de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país extranjero y 2º la posibilidad de que en algunos supuestos se exija que el Ministerio de Asuntos Exteriores legalice la firma del Cónsul español acreditado en el extranjero.

⁵⁴⁷ A la vista de que la legalización de un documento demostró ser un trámite lento y complicado que a la postre entorpecía el tráfico jurídico internacional, con cada vez mayor peso en el mundo globalizado, en el seno de la Conferencia de La Haya se elaboró y se aprobó un convenio internacional que tenía por objeto sustituir el procedimiento de la legalización por otro más ágil y sencillo que se denominó “la apostilla”. La apostilla se recoge en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de legalización de algunos documentos públicos extranjeros que deban surtir efectos en otro país firmante del mismo (BOE núm 229 de 25 de septiembre de 1978, que publicó el Instrumento de Ratificación de España al mismo). El trámite consiste en colocar sobre un documento público de los que el convenio permite, y entre los que se encuentran las certificaciones oficiales de registro, certificaciones sobre la certeza de una fecha, entre otros, un timbre o sello, que certificará la autenticidad de las firmas que constan en los documentos y que las mismas pertenecen a autoridades públicas. Se evita así tal y como mantienen Calvo Caravaca y Carrascosa González (2017) una “legalización firma por firma del documento y se evita la doble fase de la legalización”. Los países firmantes del convenio se pueden consultar en la página web de la Conferencia de La Haya visitada el día 21 de febrero de 2017: <https://assets.hcch.net/docs/ccf77ba4-af95-4e9c-84a3-e94dc8a3c4ec.pdf> Según Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo. 2013 en *Derecho Internacional Privado*. 7ª edición. Pamplona: Civitas - Thomson Reuters. Pp 293 – 294 “la condición de autenticidad por excelencia es la legalización del documento, práctica que tiende a suavizarse, e incluso a eliminarse, a través de la cooperación internacional”. En otro orden de cosas, estos autores ponen de manifiesto “considerándolo acertado lo que dispone la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de junio de 2011 que dispone que la exención de legalización y apostilla no implica la ausencia absoluta de condiciones formales en la presentación del documento. En efecto, es preciso tener en cuenta que en cualquier convenio

Si conforme a lo dispuesto en el art. 323 de la LEC, como regla general los documentos públicos extranjeros podrán tener eficacia jurídica en España como documentos públicos cuando así lo disponga un tratado o convenio internacional, nos debemos preguntar, atendiendo siempre al ámbito de la inmigración de MENA en España⁵⁴⁸, si existe algún convenio internacional que dé eficacia jurídica a documentos públicos en España, sin necesidad de legalización o apostilla⁵⁴⁹.

Entre el Reino de Marruecos y el Reino de España existe un convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa firmado en Madrid de fecha 30 de mayo de 1997⁵⁵⁰ en vigor desde el 22 de julio de 1997. El Título V se refiere expresamente a las certificaciones de las actas del Registro Civil y documentos oficiales. De este convenio debemos destacar dos aspectos relevantes al objeto de nuestro estudio. El primero es que efectivamente contempla en el art. 40 la dispensa de la legalización y de cualquier otra formalidad (por lo que también excluye la necesidad de apostilla) a los documentos que provengan de las autoridades judiciales o de otras

internacional de exención de legalización no se da una exención de toda formalidad pues es preciso atenerse a las condiciones previstas en cada convenio internacional, que en muchos casos exigen la presentación de una copia auténtica, un documento basado en un formulario modelo, traducción, etc." En este sentido además de hacer referencia al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, estos autores, hacen referencia a otros Convenios Internacionales tanto multilaterales como bilaterales destinados a facilitar las exigencias formales, así: el Convenio europeo relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los agentes diplomáticos y consulares, hecho en Londres, el 7 de junio de 1968, el Convenio sobre la expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro Civil, hecho en Viena el 8 de septiembre de 1976, el Convenio sobre dispensa de legalización de ciertos documentos, hecho en Atenas el 15 de septiembre de 1977.

⁵⁴⁸ Como ya pusimos de manifiesto en el Capítulo I, la mayoría de los MENA que llegan a España provienen bien del Magreb, bien del África subsahariana. Así lo manifiestan también las Memorias de la FGE. Así en la Memoria de 2016 se dispone que de los MENA localizados en España ese año el 45,41% (188) procedían de Argelia y el 31,40% (130) de Marruecos; en 2015 el 46,6% (104) procedían de Argelia y el 20,6% (47) de Marruecos; en 2014 el 60,77% (96) procedían de Argelia y el 21,38% (34) de Marruecos.

⁵⁴⁹ Por el objeto de nuestro estudio solo nos referiremos a aquellos que podrían ser aportados por los presuntos MENA, pero no obstante, existen otros convenios que son puestos de manifiesto tanto por Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier. 2012 – 2013 en *Derecho Internacional Privado*. 13ª edición. Vol. I. II vols. Granada: Comares (P. 677), como por Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo. 2013 en *Derecho Internacional Privado*. 7ª edición. Pamplona: Civitas - Thomson Reuters. P 294 enumeran los siguientes convenios bilaterales: el Canje de Notas entre España y la URSS de 24 de febrero de 1984, sobre supresión de legalizaciones y expedición de certificaciones del Registro Civil y el Convenio entre España y la República Italiana de 10 de octubre de 1983 sobre intercambio de documentos en materia de Registro Civil y dispensa de legalización de ciertos documentos.

⁵⁵⁰ BOE núm 151 de 25 de junio.

autoridades⁵⁵¹. Y el segundo, es la expresa referencia a las certificaciones de las actas del registro civil. Dispone el art. 38 que: “A solicitud de las autoridades judiciales de una de las Partes, la otra Parte les transmitirá sin tasas ni gastos, las certificaciones de actas del registro civil y otros documentos referentes al mismo, en su caso, que conciernan a los nacionales de la Parte de que proceda la solicitud”; y el art. 39 recoge lo siguiente: “Las certificaciones de las actas del registro civil expedidas por una autoridad competente en el territorio de una de las Partes Contratantes y que estén provistas de su sello oficial no necesitarán ser legalizadas para ser válidas en el territorio de la otra Parte”⁵⁵².

Atendiendo a las disposiciones del Convenio que hemos citado, la STSJ de la Sala de lo Social del País Vasco nº 1121/2012⁵⁵³, ha manifestado que las certificaciones de las actas del Registro Civil, solo podrán ser tenidas por documentos públicos con plena eficacia y sin necesidad de legalización si son

⁵⁵¹ “Dispensa de legalización. Los documentos que provengan de las autoridades judiciales o de otras autoridades de uno de ambos Estados, así como los documentos cuya fidelidad y fecha, veracidad de la firma o conformidad con el original certifiquen dichas autoridades, estarán dispensados de legalización o de cualquier otra formalidad equivalente cuando deban presentarse en territorio del otro Estado. Los documentos deberán ir provistos de la firma y del sello oficial de la autoridad facultada para expedirlos, y en el caso de que se trate de copias, estar certificados conformes con el original por dicha autoridad. En cualquier caso, deberán estar extendidos materialmente de tal forma que resulte evidente su autenticidad. En caso de existir serias dudas acerca de la autenticidad del documento, se efectuará una comprobación por mediación de la autoridad central de ambos Estados”.

⁵⁵² No es adecuada la técnica legislativa utilizada en el Convenio, pues la legalización dará eficacia jurídica al documento en España y no validez.

⁵⁵³ [ROJ: STSJ PV 1176/2012 - ECLI:ES:TSJPV:2012:1176](#) : “Entendemos, en efecto que el Certificado al que se pretende dar valor probatorio, carece del mismo, atendiendo al propio Convenio de Cooperación Judicial invocado. La dispensa de legalización de documentos judiciales a que se refiere el artículo 40 de dicho Convenio forma parte de las Disposiciones Comunes del mismo y se aplica a los documentos a que se refiere previamente, en su Título II - “Asistencia judicial en materia civil, mercantil y administrativa” -. En dicho Título, el artículo 6 se refiere a los “Documentos judiciales y extrajudiciales. Comisiones rogatorias” y se expresa que los documentos en cuestión, que provengan de una de las Partes, se enviarán, bien directamente por la autoridad central de la parte requirente a la autoridad central de la parte requerida, bien por conducto diplomático. Ello significa, en opinión de esta Sala, que los documentos dispensados de legalización son aquellos que se cruzan, notifican o envían entre autoridades de las Partes - directamente o por conducto diplomático -, pero no aquellos que son presentados directamente por la ciudadanía, sin perjuicio de las posibilidades de requerimiento de comunicación de documentos que el Convenio prevé, posibilidad que el demandante no ha actuado en el presente caso. Por tanto, entendemos que no es de aplicación la dispensa de legalización del artículo 40 del Convenio entre España y Marruecos al que venimos refiriéndonos y, en consecuencia, el rechazo por la instancia del valor probatorio del documento invocado no infringe la normativa denunciada en el recurso, dado que no se han cumplido las exigencias de legalización previstas en el artículo 323.2 LEC. Finalmente, y a mayor abundamiento, procede aclarar que la Sala no puede entrar a valorar el alcance probatorio del documento litigioso, obrante al folio 114, puesto que se trata de una mera fotocopia, lo que impide a la Sala además, apreciar su valor o si el mismo se halla correctamente legalizado”.

solicitadas por una autoridad judicial (Juez o Fiscal) a través de la correspondiente comisión rogatoria, pero solo cuando los documentos conciernan a los nacionales de la parte de la que proceda la solicitud. Si por el contrario fuera un particular quien quisiera hacer valer un documento público se deberá acudir al régimen general de la legalización o apostilla. No estamos de acuerdo con esta afirmación del TSJ del País Vasco. Si atendemos al art. 38 del Convenio, éste solo hace referencia a los gastos de la transmisión de los documentos públicos. Así de la interpretación del mismo claramente se observa que si el documento relativo al nacional de la autoridad judicial que lo solicita será remitido sin gastos. A sensu contrario, si el documento fuera solicitado por un particular, éste deberá hacerse cargo de los gastos. Y si atendemos a lo que dispone el art. 40, efectivamente si el documento es remitido por una autoridad judicial (tanto Juez como Fiscal), se exime de la necesidad de su legalización o apostilla. Nuevamente a sensu contrario, si el documento fuera aportado por un particular, también tendría eficacia jurídica en el territorio del Estado donde se presentara, siempre y cuando estuviera bien legalizado bien apostillado. A estos efectos hemos de apuntar que Marruecos forma parte del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 desde el 14 de agosto de 2016, por lo que bastará que el documento presentado por un particular esté apostillado.

El Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular, también tienen firmado un convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005⁵⁵⁴, en vigor desde el 24 de abril de 2006. Las referencias a las certificaciones del estado civil se recogen en el art. 5: “... *La asistencia judicial comprenderá, entre otras, la notificación y transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales, la ejecución de actos procesales tales como la audición de testigos o de las partes, el peritaje o la obtención de pruebas, así como el intercambio de documentos sobre el estado civil a petición de una las Partes, en el marco de un procedimiento judicial*”. Nuevamente nos movemos ante lo que denominamos asistencia judicial internacional, que requiere la actuación de un Estado que es exhortado por otro para la realización de una actuación judicial que es necesaria para el curso de

⁵⁵⁴ BOE núm 103 de 1 de mayo de 2006.

un proceso judicial y que se materializa en la llamada comisión rogatoria. El Convenio regula cómo debe ser la cooperación judicial de ambos países a través de la correspondiente comisión rogatoria que deberá ser tramitada por las Autoridades Centrales. En el marco de las diligencias preprocesales llevadas a cabo por el Fiscal, no tiene encaje una comisión rogatoria, para la solicitud de documentación⁵⁵⁵. Sí se podría realizar en el seno de un proceso judicial, si es el Juez quien debe fijar la edad del presunto MENA. Por su parte, cualquier persona interesada podrá presentar un documento público argelino al que pretenda dar eficacia jurídica en España si contiene la correspondiente legalización⁵⁵⁶.

En el mismo sentido, debemos pronunciarnos en el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania de 12 de septiembre de 2006⁵⁵⁷, cuyo contenido es igual al firmado con la República Democrática y Popular de Argelia.

El Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de 24 de septiembre de 2001⁵⁵⁸ en vigor desde el 1 de marzo de 2003 no recoge de manera específica ninguna disposición referida a las certificaciones del Registro Civil, limitándose a regular la asistencia judicial entre ambos Estados⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ En el marco de actuación del Fiscal, solo en el cauce procedimental de las Diligencias de Investigación Penal, pueden ser libradas comisiones rogatorias.

⁵⁵⁶ Argelia no pertenece a la Conferencia de La Haya, pero tampoco se ha adherido al Convenio de 5 de octubre de 1961, por lo tanto no es posible la apostilla.

⁵⁵⁷ BOE núm 267 de 8 de noviembre de 2006. Aplicable provisionalmente desde el día 12 de septiembre de 2006. Mauritania tampoco pertenece a la Conferencia de La Haya ni se ha adherido al Convenio de 5 de octubre de 1961.

⁵⁵⁸ BOE núm 52 de 1 de marzo de 2003.

⁵⁵⁹ Túnez sí pertenece a la Conferencia de La Haya, y se ha adherido al Convenio de 5 de octubre de 1961 el 10 de agosto de 2017, entrando el mismo en vigor el 30 de marzo de 2018. Así a partir de esa fecha cualquier documento público expedido por este Estado (en los que se incluyen los certificados de nacimiento) que sean presentados por un particular y esté apostillado, gozará en España del régimen privilegiado de eficacia jurídica en la valoración de dicha prueba recogido en el art. 323 LEC.

Por último hemos de señalar que no existe ningún convenio de asistencia judicial civil con los países del Sahel, o del Golfo de Guinea, lugares de donde proceden la mayoría del resto de MENA que llegan a España⁵⁶⁰.

Pero como ya manifestamos al principio del presente apartado, debemos detenernos en la valoración de los documentos públicos a los que hemos hecho referencia dentro del procedimiento de determinación de la edad. Las preguntas que debemos formularnos son: ¿si estamos ante una prueba tasada⁵⁶¹, tal y

⁵⁶⁰ Y de estos países solo Burkina Faso pertenece a la Conferencia de La Haya, pero no ha ratificado el Convenio de 5 de octubre de 1961.

⁵⁶¹ En el proceso civil, esto es, el cauce formal a través del cual las partes, solicitan la intervención del juez para que se pronuncie sobre las pretensiones que éstas manifiestan a través de la correspondiente demanda y contestación, una vez aportadas las pruebas que éstas han de presentar y el juez valorar, se busca la denominada verdad formal de las relaciones jurídicas. Este es el motivo por lo que en el proceso civil podemos hablar de tres sistemas de valoración de la prueba: el legal o tasado, el de la libre valoración de la prueba, y el sistema mixto que combina los anteriores. La libre valoración de la prueba es definida por Montero Aroca, Juan; Flors Matíes, José y López Ebrí, Gonzalo. 2000 en *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Vol. I. II vols. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 619; 639 - 641) como “la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso; por el contrario el sistema de la prueba tasada es aquel en el que “la prueba será la actividad procesal que tiende a fijar como ciertos los datos aportados al proceso, independientemente de la convicción del juzgador”. En la prueba tasada, según los autores anteriores “se atiende a la existencia de máximas de la experiencia legales que pretenden proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas materiales. (...). Hoy el sistema de la prueba legal se basa en que la máxima de la experiencia, que es la premisa mayor del silogismo de la valoración de la prueba, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar esa máxima en el caso concreto, de modo que las reglas legales no son más que máximas de la experiencia que el legislador objetiva. (...) La libre valoración de la prueba se tiene que hacer equivaler a la prueba razonada personalmente por el juez, es una valoración conforme a la sana crítica. (...) Lo que caracteriza al sistema español de valoración en el proceso civil es que (...) se ha plasmado en la LEC un sistema mixto, conforme al cual el juez se encuentra con que en unos casos debe aplicar “sus” máximas de la experiencia, mientras que en otros casos su labor consistirá en comprobar si el hecho ha quedado o no fijado conforme a lo que la ley dispone”. Hemos adelantado que en el proceso civil, caracterizado fundamentalmente por relaciones jurídicas privadas y disponibles entre las partes, se busca la verdad formal, y por ello es posible la valoración tasada de determinados medios de prueba, pues con ella se consigue mayor seguridad jurídica en relaciones jurídicas. A pesar de ello no podemos obviar la línea jurisprudencial del TS en esta materia que parece querer superar el sistema de valoración de la prueba legal o tasada en aras a una valoración conjunta de la prueba sin que el documento público tenga prevalencia sobre otras pruebas como dispone la STS 980/1998 de 30 de octubre que remite a otras muchas. [ROJ: STS 6333/1998 - ECLI:ES:TS:1998:6333](#) Fundamento Jurídico Segundo: “...3º) Es facultad de los Jueces y Tribunales de instancia y se sitúa en su potestad el poder llevar a cabo una apreciación y valoración conjunta de la prueba, que es lo realizado en el supuesto que nos ocupa, y en tal caso no es lícito desarticularla tratando de dar prevalencia a unos medios probatorios sobre otros, según doctrina jurisprudencial de ociosa cita. 4º) El documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al Juez sólo respecto del hecho de su otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (Sentencias, por ejemplo de 24 de Mayo, 15 de Julio, 30 de Septiembre y 27 de Noviembre de 1.985; 7 de Julio de 1.986; 10 de Octubre de 1.988), porque esta prueba no es necesariamente superior a otras (Sentencias de 25 de Junio de 1.983; las citadas de 27 de

como la configura la LEC, y ante la presencia de un documento público extranjero que contenga las exigencias del art. 323 LEC, debemos siempre y en todo caso estar a su contenido?; y en segundo lugar ¿si el documento público extranjero no reúne las exigencias del art. 323 LEC, debemos desecharlo como medio de prueba?

Para responder a la primera cuestión, nos podríamos plantear si lo dispuesto en el art. 752.2 de la LEC⁵⁶², que otorga al Juez la posibilidad de valorar los documentos públicos de acuerdo a la “sana crítica” o “libre valoración de la prueba” y por tanto permitirle entrar en el fondo del mismo, podría ser aplicado a nuestro caso y en consecuencia entender que esta norma de valoración de la prueba también es predicable a los certificados de nacimiento que, como documento público puede ser presentado por un presunto MENA a la autoridad que debe resolver sobre la determinación de la edad. El art. 752.2 es

Noviembre de 1.985 y 7 de Julio de 1.986; 18 de Junio de 1.992) y la veracidad intrínseca de las declaraciones contenidas en ellos puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias de 8 de Mayo de 1.973; 9 de Mayo de 1.980; 15 de Febrero de 1.982; 14 de Febrero y 14 de Marzo de 1.983), todo lo cual es aplicable al hecho de la venta en sí y a las manifestaciones de que el precio se tiene recibido con anterioridad. 5º) Idéntica doctrina ha de aplicarse al documento privado reconocido, pues su contenido puede ser impugnado (Sentencias de 1 de Marzo y 29 de Abril de 1.983); y respecto al no reconocido, es claro que no queda privado de todo valor probatorio, pues puede ser tomado en consideración ponderando su credibilidad atendidas las circunstancias del debate y en consonancia con otras pruebas (Sentencias de 27 de Enero, 11 de Marzo y 29 de Mayo de 1.987; o 23 y 24 de Marzo y 27 de Junio de 1.992), pero claro es que tal facultad del Juzgador de instancia no puede revisarse en casación, sobre todo cuando sus conclusiones se presentan como razonables, lógicas y ajustadas a la sana crítica”. Sin embargo, en aquellas relaciones jurídicas públicas, que no son disponibles por las partes, como las que se producen en el derecho penal, lo importante es la búsqueda de la verdad material. Así, por ejemplo, el derecho a la prueba en el proceso penal tiene por objeto formar la convicción íntima del Juez o Tribunal sentenciador sobre la existencia o no existencia del hecho punible, la participación del investigado o acusado y su culpabilidad. Como quiera que se busca la verdad material, en el proceso penal, rige la valoración libre de la prueba conforme a lo que se ha llamado “sana crítica”, esto es, de acuerdo al sentido común o racional criterio humano y que tiene su amparo legal en el art. 741 LECRIM y que necesitará como ya expusimos anteriormente de una valoración razonada, motivada y responsable.

En el proceso civil, también existen determinados procesos cuyo objeto es indisponible y que afectan directamente al orden público. Estos procesos especiales se recogen en la LEC en el Título I del Libro IV. La materia de la determinación de la edad, es de naturaleza civil, pero como ya hemos adelantado afecta a la capacidad de las personas además de constituir un estado civil, por lo que cualquier pretensión sobre la misma se tendrá que ventilar en un proceso especial. A este respecto la LEC establece una serie de consideraciones respecto a la valoración de la prueba en estos procedimientos donde las normas afectadas son de orden público. Así en primer lugar el Tribunal verá aumentado su poder respecto a la práctica de la prueba, pudiendo decretar de oficio la práctica de cuantos medios de prueba estime pertinentes; pero también no se podrá aplicar las reglas de valoración legal de algunos medios de prueba como el interrogatorio de las partes y de los documentos públicos y privados reconocidos por las partes tal y como recoge el art. 752.2 de la LEC.

⁵⁶² Al que nos hemos referido al final de la nota al pie 561 y a la que nos remitimos.

una norma de aplicación general en materia probatoria para los llamados procesos especiales que se regulan en la LEC, y que específicamente vienen enumerados en ella: capacidad, filiación, matrimoniales y menores. La determinación de la edad, si bien afecta a la capacidad de las personas, no es un procedimiento autónomo, esto es, no es una pretensión que se formule al juez, pues siempre esta cuestión será incidental de otra, bien judicial, cuando la edad se configura como un elemento necesario de resolver antes de aplicar la norma cuya subsunción se invoca; o bien como en nuestro caso, para aplicar el régimen administrativo que corresponda a la persona de cuya edad se duda tras la toma de la decisión. Así pues no podemos concluir que el procedimiento para la determinación de la edad, sea un procedimiento especial de los recogidos de forma autónoma en la LEC. Cuando la LEC establece que el Juez no estará vinculado por el valor probatorio privilegiado de los documentos públicos, deberíamos de interpretar que efectivamente no lo está, porque lo que se pretende, es modificar una situación de hecho que puede venir establecida en un documento público, que si no pudiera contradecir en el fondo, difícilmente podría tener razón de ser el procedimiento especial, pues precisamente la pretensión que se le presenta al Juez, es contraria a lo que viene establecido en ese documento público que será generalmente una certificación del Registro Civil. Y no es esta la situación de hecho que se produce en la determinación de la edad de una persona, pues no se pretende modificar ninguna situación recogida en el registro, sino simplemente declarar su edad.

En conclusión, el certificado de nacimiento extranjero conforme a las exigencias del art. 323 LEC, deberá ser tenido, por el órgano que deba decidir sobre la edad, como auténtico y veraz en cuanto a su contenido. Sin embargo, dicho esto, el documento por sí mismo, si bien determina la edad, como ya hemos adelantado, puede no ser un documento apto para la identificación de su portador como la persona a la que hace referencia el documento. En este caso, lo que se pone en tela de juicio no es la edad, sino la identidad de la persona que lo presenta, pues hay que tener en cuenta que ésta se encuentra indocumentada. Ante estas situaciones, y dado que ya no es la edad lo que se cuestiona sino la identidad del portador del documento, se deberán razonar y fundamentar los motivos y los indicios que nos llevan a pensar que esa persona

no es la que dice ser el certificado que aporte y por tanto va a ser sometido a otras pruebas para la determinación de su edad. Así pues la no aportación de un documento identificativo como un certificado de nacimiento deberá también ser valorado antes de acordar pruebas médicas.

Y respondiendo a la segunda de las preguntas que nos planteábamos, si se nos presenta un certificado de nacimiento en el que no concurren las exigencias del art. 323 LEC, éste podrá ser valorado como un documento privado, y por tanto, podrá también ser tenido en cuenta junto a otras pruebas para determinar la edad de una persona antes de valorar si es preciso recurrir en última instancia, a las pruebas médicas o invasivas.

3.2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DOCUMENTACIÓN COMO MEDIO DE ACREDITACION DE LA EDAD HASTA 2014.

Hasta ahora, hemos hecho un recorrido sobre cuáles son los documentos que pueden servir para la acreditación de la edad, evitando así acudir a pruebas médicas que además de reflejar un margen de error, son consideradas invasivas. A este respecto, hemos de concluir que conforme a nuestra legislación los pasaportes y las cartas de identidad son documentos, que además de ser públicos pues así lo dispone directamente la norma, y que por sus características de expedición, no están sujetos al régimen de eficacia probatoria de los documentos públicos de carácter general (art. 323 LEC); identifican a una persona y por lo tanto serán idóneos para, por sí mismos, acreditar la edad de una persona. Por otro lado, los certificados de nacimiento por su naturaleza (documentos públicos) y por su función (dan publicidad material a los hechos y actos contenidos en el Registro Civil) también son documentos aptos para acreditar la edad de una persona independientemente de que en ellos concurren o no las exigencias a las que hace referencia el art. 323 LEC (aunque si reúne

las previsiones legales, su contenido tendrá valor de prueba tasada), siempre y cuando los mismos puedan ser atribuidos a su portador⁵⁶³.

La posición doctrinal y jurisprudencial respecto a la documentación como medio para acreditar la edad hasta el año 2014⁵⁶⁴, ha girado en torno a dos cuestiones: la primera, aunque en menor medida, sobre cuáles son los documentos que podrían por sí mismos determinar la edad de una persona; y la segunda, y más importante es la relativa a la falsedad de los documentos anteriores. Y es precisamente en la autenticidad material o del contenido de fondo del documento, y concretamente del pasaporte, donde se han generado sin duda los mayores desencuentros entre la doctrina y la práctica forense tanto de los tribunales como de la Fiscalía.

⁵⁶³ A pesar de ello, Durán Ruiz, Francisco Javier. 2011. «Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales.» *Op. Cit.* mantiene que si bien la edad de un extranjero se prueba, como su identidad, por medio de un documento identificativo, usualmente el pasaporte y otro documento válido, aunque en el caso de la acreditación de la edad por parte de los menores extranjeros no acompañados se acepta cualquier documento identificativo al que la legislación nacional del extranjero otorgue eficacia en este sentido y que permita conocer la edad del menor de forma fehaciente.

En el derecho comparado hemos de destacar a este respecto las recomendaciones dadas por el gobierno del Reino Unido a los agentes de aduanas en la Guía de fecha de 17 de junio de 2011 disponiendo lo siguiente (Assessing age Instruction for the UK Border Agency's disponible en inglés en el siguiente enlace de descarga visitado el 14 de febrero de 2017 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257462/assessing-age.pdf): "6.2 Los certificados de nacimiento. Un certificado de nacimiento original y genuino a nombre del solicitante será normalmente una prueba aceptable de la edad del solicitante, siempre que vaya acompañado de otra documentación oficial genuina que lleva una fotografía del titular, por ejemplo, una tarjeta militar, cédula de identidad, pase del gobierno, etc. Sin embargo, se debe tener cuidado en la aceptación de los certificados de nacimiento y otros documentos oficiales de algunos países en los que existe evidencia de que se pueden obtener de manera inadecuada o por vías que proporcionan escasa evidencia de que la información es exacta. Donde no hay otra documentación oficial original para apoyar a la partida de nacimiento, debería ser considerado junto con todas las otras pruebas, pero no necesariamente ser considerada determinante". Fuente: Instruction of Assessing age. Traducción realizada por Lafont Nicuesa, Luis. 2015. «Algunas cuestiones prácticas sobre la aplicación del Protocolo de Menores Extranjeros no Acompañados.» Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. En el mismo sentido se expresa Ferré, Nathalie. 2002. «La détermination de la minorité.» *Plein droit. Mineurs étrangers isolés en danger*. (52) para el derecho francés. Así de acuerdo el CC francés, las actas del registro civil tanto francesas como extranjeras, recogidas en el art. 47, gozan de una fuerza probatoria privilegiada si dichos documentos está expedidos de acuerdo a los requisitos necesarios para ello; pero las mismas podrán ser impugnadas si existieran motivos para entender que pueden ser falsas o sus datos son incorrectos. En cualquier caso la carga de la prueba la tiene la parte que impugna el documento. En materia de certificados de nacimiento extranjeros, se reconoce también el problema de que quien las porte mantenga una falsa identidad, debiéndose así probar que efectivamente el portador es la misma persona que figura en el documento.

⁵⁶⁴ Las SSTs 452/2014 y 453/2014, a las que nos referiremos extensamente en el siguiente epígrafe, marcan un hito en la materia, pues las mismas establecen la doctrina jurisprudencial sobre los documentos de identificación y la práctica de las pruebas de determinación de la edad.

Ni para la doctrina, ni para la Fiscalía ni para los Tribunales⁵⁶⁵, surgen dudas respecto a la valoración de la autenticidad del documento como soporte físico. Así pues la primera actuación a realizar por el órgano que tenga actualmente encomendada la decisión de la determinación de la edad (Fiscal o Juez), será cerciorarse de la autenticidad formal del documento. En ocasiones la falsedad es burda, y agentes acostumbrados a manejar estos documentos son capaces de determinar la misma. En otras ocasiones será necesario realizar una prueba pericial. Si el resultado de la misma fuera de que es un documento falso, se podría ordenar la práctica de las pruebas médicas; pero si el documento resultara auténtico; la siguiente cuestión que puede surgir es si se puede poner en duda la fecha de nacimiento que figura en el documento, y concretamente de un pasaporte, por algún motivo ajeno a la validez formal del documento, dando validez a las demás menciones del documento como la identidad de su portador o el lugar de nacimiento.

En esta segunda cuestión, las posturas ni siquiera por parte de los tribunales han sido pacíficas, y sus resoluciones, como veremos posteriormente,

⁵⁶⁵ Todos los autores consultados en el presente trabajo de investigación y que se pronuncian sobre la materia de la documentación de los MENA anterior a 2014, coinciden en afirmar que únicamente el pasaporte es un medio de prueba apto para la prueba de la edad, sin que estudien en profundidad la posibilidad de que otros documentos puedan servir para probar la edad, así Armenteros León, Miguel. 2008. «Determinación de edad de presuntos menores extranjeros indocumentados. Prueba médica frente a documento auténtico.» *Diario La Ley* (6915); Sánchez Jiménez, María Angeles. 2010. «Relevancia y alcance de la asistencia jurídica pra la protección de los menores extranjeros no acompañados.» *Revista jurídica de la Región de Murcia*. (44): 119-143; López Azcona, María Aurora. 2008. «El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en derecho español.» *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (17): 103 - 134. Además ninguno excepto Fernández Olalla, Patricia. 2010 en «Problemas jurídicos en la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.» *Centro de Estudios Jurídicos*; estudian la incidencia de la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 2006 que recoge la Recomendación nº 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre la que nos pronunciamos en el presente epígrafe. No obstante, creemos que las cuestiones sobre la validez o no de los datos que constan en un documento identificativo (tanto del pasaporte como de la carta de identidad o cualquiera de los otros documentos a los que hemos hecho referencia más arriba y que pueden servir para identificar a una persona) comparten las mismas justificaciones. El hecho de que la doctrina se haya centrado en los pasaportes, puede ser debido a las funciones que internacionalmente los Estados han aceptado atribuirle, y por tanto ser el documento identificativo internacional “por antonomasia”. Por su parte, de acuerdo a las competencias del Ministerio Fiscal como órgano que ejerce la acción penal pública, se procederá a acusar por delito de falsedad al particular que bien haya elaborado o ayudado a elaborar un documento falso (art. 392.1 en relación al art. 390.1.1º y 2º del CP) o quien haya hecho uso de un documento de identidad falso (art. 392.2 CP). Respecto a los Tribunales, más adelante, en este mismo epígrafe, se harán referencia a distintas sentencias que estudian la eficacia jurídica del documento no falsificado, de forma que a sensu contrario, queda claro que el documento falso carecerá de validez y por tanto huelga hablar de su eficacia jurídica.

han vacilado en todo momento entre dar valor al pasaporte o a la prueba médica, hasta septiembre de 2014⁵⁶⁶. Tampoco la Fiscalía ofreció una respuesta clara. En el fondo latía y existía una sospecha, por parte de las autoridades judiciales españolas al fraude del contenido de pasaportes de determinados países. Esta sospecha se recogía en las conclusiones de la Recomendación (nº 9) relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y memoria explicativa adoptadas por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005 de la Comisión Internacional del Estado Civil⁵⁶⁷. Se llegó a identificar a determinados países como sospechosos. De esta forma se concluyó que pasaportes procedentes de países africanos (aquellos de donde más inmigrantes llegaban a España) eran sospechosos de fraude. Estas afirmaciones desde nuestro punto de vista, no deberían ser ni alegadas ni permitidas, puesto que de una manera gratuita se atenta contra la soberanía y credibilidad de otro Estado, y además puede ser fuente de una importante injusticia y discriminación.

La Recomendación anterior se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico como una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado

⁵⁶⁶ Según pone de manifiesto Lafont Nicuesa, Luis. 2015. «Algunas cuestiones prácticas sobre la aplicación del Protocolo de Menores Extranjeros no Acompañados.» Madrid. Centro de Estudios Jurídicos: “el TEDH en esta cuestión también ha reconocido la posibilidad de que los Estados estuvieran legitimados para dudar de la credibilidad de un documento pues están en una posición óptima para su análisis y permitirles así un cierto margen de discrecionalidad. Así en la STEDH de 10 de julio de 2014, caso Tanda-Muzinga contra Francia nº 2260/10 “51. *El Tribunal admite que las autoridades nacionales se enfrentan a una tarea difícil cuando tienen que evaluar la autenticidad de los documentos de estado civil, a veces debido a las dificultades derivadas de la disfunción de los servicios de estado civil en determinados países de origen de los migrantes y los riesgos de fraude asociado a él. Las autoridades nacionales están, en principio, en mejores condiciones para determinar los hechos basados en la evidencia recopilada por o producidos antes que ellos (ZM v. Francia, Nº 40042/11, § 60 14 de noviembre de 2013) por lo que tiene que reservarle una cierta discrecionalidad*” Sentencia disponible en el siguiente enlace de descarga: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145356> ECLI:CE:ECHR:2014:0710JUD005270109. No obstante lo anterior, no podemos confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad que nuestra CE prohíbe (art. 9.3). Sobre estas cuestiones volveremos al tratar sobre la posibilidad de que la administración pueda ser el órgano competente para la determinación de la edad. Baste por ahora decir que la discrecionalidad es la posibilidad de tomar una decisión de entre varias opciones jurídicamente indiferentes.

⁵⁶⁷ La Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) es una organización internacional intergubernamental fundada en Amsterdam en septiembre de 1948. De acuerdo a su reglamento, esta tiene por objeto facilitar la cooperación internacional en materia de estado civil y favorecer el intercambio de información entre las oficinas del estado civil. Actualmente pertenecen a esta organización internacional los siguientes Estados: Bélgica, España, Francia, Grecia, Luxemburgo, Méjico, Países Bajos, Polonia, Suiza y Turquía. Fuente página web de la organización visitada el día 21 de febrero de 2017: <http://www.ciec1.org/WD210AWP/WD210Awp.exe/CONNECT/SiteCIEC? WWREFERER =http%3A%2F%2Fwww.ciec1.org%2F& WWNATION =5>

de 20 de marzo de 2006 sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil⁵⁶⁸. El objeto de la Instrucción era difundir y dar publicidad a la citada Recomendación y facilitar su cumplimiento en el ámbito de los Registros Civiles españoles. En el apartado III de la misma se dispone lo siguiente: *“Si consideramos que el Registro Civil español es competente para inscribir no solo los hechos relativos al estado civil que afecten a ciudadanos españoles cualquiera que sea el lugar que acaezcan, sino también los hechos que, afectantes al estado civil de cualquier persona cualquiera que sea su nacionalidad, hayan acaecido en España (vid artículo 15 de la Ley del Registro Civil y 66 de su Reglamento), observaremos que existen supuestos en que la competencia del Registro Civil español es concurrente con la de los Registros Civiles de otros países: supuestos de doble nacionalidad, de filiación de padre y madre de distinta nacionalidad, de pérdida de la nacionalidad española por adquisición de otra distinta, de matrimonios entre cónyuges de distinta nacionalidad, hechos relativos a personas de una nacionalidad acaecidos en un país distinto al propio, etcétera. Pues bien, en tales supuestos cuando la primera inscripción se practica en un Registro extranjero cabe la posibilidad de practicar la inscripción del mismo hecho o circunstancia del estado civil mediante una fórmula simplificada, atribuyendo la condición de título inscribible a la certificación extranjera del correspondiente acta del Registro civil. Ahora bien, esta regla general establecida por el artículo 23, párrafo 2.º de la Ley española del Registro Civil y 85 de su Reglamento, queda sometida a una triple condición resultante de tales preceptos: a) que no exista duda sobre la realidad del hecho inscrito, b) que no exista duda de su legalidad conforme a la Ley española y c) que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la Ley española. (...) En cuanto al tercer requisito relativo a la necesidad de que el Registro extranjero, del que proceda la certificación cuya inscripción directa en el Registro*

⁵⁶⁸ BOE núm 97 de 24 de abril. Las Instrucciones junto a las Ordenes de Servicio son instrumentos normativos internos de la administración por los que los órganos administrativos superiores dirigen la actividad de los órganos administrativos dependientes jerárquicamente. Su regulación se establece en el art. 6 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm 236 de 2 de octubre). Estas Instrucciones u órdenes podrán ser objeto de publicación en el correspondiente diario oficial. Sin embargo en cuanto a su eficacia jurídica, el no cumplimiento de las mismas no afecta a la validez del acto dictado, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que se pudiera incurrir.

Civil español se pretenda, sea «regular y auténtico, de modo que el asiento de que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española», el mismo se explica por los fuertes efectos jurídicos que la inscripción en el Registro Civil español tiene reconocidos en nuestro Ordenamiento jurídico, efectos que describe la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 diciendo que «la presente Ley respeta el punto de vista clásico sobre la misión del Registro civil, concebido como instrumento para la constancia oficial de la existencia, estado civil y condición de las personas... En orden a la eficacia de la inscripción, -sigue diciendo el preámbulo- la presente Ley se basa en los principios hoy vigentes; por consiguiente la inscripción sigue constituyendo la prueba de los hechos inscritos, con todo su intrínseco valor -no meramente procesal- que encierra la expresión; pero la eficacia del Registro queda fortalecida al establecer que aquella prueba solo puede discutirse en los procedimientos rectificatorios establecidos en la Ley». Es lógico que si la inscripción de la certificación extranjera en el Registro Civil español va a desencadenar estos importantes efectos jurídicos, tal inscripción se subordine a un previo control, a través de la calificación registral, de la equivalencia de los requisitos y garantías a que se sometió la inscripción en el Registro extranjero con los que se imponen para la inscripción en el Registro Civil español».

La Instrucción de la DGRN, siguiendo a la Recomendación, recoge una serie de indicios, que se podrán tener en cuenta para revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un acta del registro civil o de un documento presentado y así dispone: “a) *Indicios relacionados con las condiciones en que se elaboró el acta o se redactó el documento: Existe un intervalo muy largo entre la fecha del acta y la fecha del hecho al que se refiere; el acta se elaboró transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que se refiere y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento; existen contradicciones o aspectos inverosímiles entre los diferentes datos consignados en el acta o en el documento; el acta se elaboró exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente; el acta se elaboró sin disponerse de un elemento objetivo que garantizara la realidad del hecho referido en la misma; Se trata de un documento expedido por una autoridad que no tenía en*

su poder o no tenía acceso al acta original. b) Indicios derivados de elementos externos del documento: existen contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento presentado y los que figuran en otras actas o documentos comunicados a la autoridad competente o que obren en su poder; los datos que figuran en el documento presentado no parecen corresponder a la persona a la que se refieren; la autoridad competente en el asunto ha tenido conocimiento por medios oficiales de fraudes o irregularidades anteriores imputables al interesado; la autoridad competente en el asunto ha tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros del Estado de origen del documento presentado”.

De lo expuesto, sacamos un primera conclusión que ya hemos apuntado al inicio de este epígrafe. La Instrucción olvida el sistema de valoración legal o tasada respecto a los documentos públicos, pues permite revisar el fondo del documento, aplicando erróneamente lo dispuesto en el art. 752.2 de la LEC.

Esta Instrucción tenía como objeto preservar el sistema de la fe pública registral española en materia de estado civil. En efecto el ingreso de un documento público extranjero en el Registro Civil, implica que el encargado del registro comience a expedir certificados públicos conforme a la nueva realidad registral que tendrán importantes efectos en el tráfico jurídico al dar como cierto un acto de estado civil acaecido en otro país. Por ese motivo al igual que ocurre con la eficacia jurídica de una sentencia extranjera que pretende ser ejecutada en España, se han de prever cautelas y establecer requisitos para asegurarse de su autenticidad y validez, en materia de documentos públicos que pretendan ingresar en Registros Públicos españoles que tengan como función dar fe pública del contenido de los mismos, también se deberán fijar esas cautelas. Sin embargo, y fuera del objeto para la que fue dictada, esta Instrucción va a tener un importante papel en el tratamiento que sobre la documentación va a realizar el Protocolo de MENA de 2014, pues como tendremos oportunidad de examinar, y criticar éste recoge los mismos motivos que nos podrán hacer dudar de la autenticidad de un pasaporte más allá de su validez formal, permitiendo

infundadamente hacer nacer la duda sobre los pasaportes expedidos por determinados Estados.

Para Lafont Nicuesa (2011)⁵⁶⁹ atendiendo a dicha doctrina “*cabe concluir que el pasaporte carece de valor como instrumento dirigido a dar fe o a verificar la constancia oficial de la condición de persona. Tal posibilidad queda reservada solo a la certificación de nacimiento del Registro Civil extranjero que se somete a control por el Registro español*”. Consideramos desacertada esta conclusión. En primer lugar, olvida la importante función que se recoge tanto en la ley como por el consenso internacional⁵⁷⁰, del pasaporte como documento identificativo de la persona y que por lo tanto verifica la constancia oficial de la persona. Y en segundo lugar, porque parece que solo permite verificar dicha condición de existencia oficial si el documento procedente de un Registro Civil extranjero ingresa en el Registro Civil español, y no toda cuestión relativa al estado civil de un extranjero debe ser inscrita necesariamente en el Registro Civil español, sin que ello en consecuencia quiera decir que el estado civil de esa persona esté en cuestión. De hecho la certificación del Registro Civil donde consta la edad del menor, no tiene por objeto ingresar en el Registro Civil, sino simplemente es usada a efectos probatorios en el procedimiento para la determinación de la edad.

Para justificar la posición que mantenía la posible falsedad del contenido material de los pasaportes, se acudió a lo que dispone el art. 320 LEC sobre el cotejo de los documentos públicos como posible vía de impugnación⁵⁷¹, vía esta

⁵⁶⁹ Lafont Nicuesa, Luis. 2011. «Menores extranjeros: documento oficial extranjero contra pruebas médicas en la doctrina administrativa y judicial contencioso-administrativa española.» *Revista Vasca de Administración Pública*. (89): 215-235.

⁵⁷⁰ Pues no debemos de olvidar que los pasaportes han sido regulados desde la OACI, agencia que pertenece a las Naciones Unidas y de la que forman parte 193 Estados.

⁵⁷¹ *Artículo 320. Impugnación del valor probatorio del documento público. Cotejo o comprobación. 1. Si se impugnase la autenticidad de un documento público, para que pueda hacer prueba plena se procederá de la forma siguiente: 1.º Las copias, certificaciones o testimonios fehacientes se cotejarán o comprobarán con los originales, dondequiera que se encuentren, ya se hayan presentado en soporte papel o electrónico, informático o digital. 2.º Las pólizas intervenidas por corredor de comercio colegiado se comprobarán con los asientos de su Libro Registro. 2. El cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales se practicará por el secretario judicial, constituyéndose al efecto en el archivo o local donde se halle el original o matriz, a presencia, si concurrieren, de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto. Si los documentos públicos estuvieran en soporte electrónico, el cotejo con los originales*

que fue desechada por la SAP de Guipúzcoa nº 339/2007 de 18 de diciembre⁵⁷², que frente a la duda entre las pruebas médicas y el pasaporte, para la determinación de la edad, da finalmente mayor validez al pasaporte, corrigiendo la interpretación que del pasaporte había dado el Juzgado de Primera Instancia quien para dotarlo de eficacia lo había sujeto a los requisitos del art. 323 de la LEC ya examinados. Así dispone la Sentencia: *“Por lo tanto, en este punto nos encontramos con un documento que cumple los requisitos exigidos en el art. 323 de la LEC, es decir, nos encontramos con un documento público extranjero al que cabe atribuírsele la fuerza probatoria prevista en el art. 319.1º, esto es, hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta, entre lo que se incluye... fecha de nacimiento. Como hemos expuesto anteriormente, dicho valor probatorio puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario, pero para ello habrá de acudirse al art. 320 LEC referido expresamente a dicho supuesto, es decir, si se cuestiona la validez o ineficacia del contenido de un documento público habrá que cotejarse el mismo con su original...”* Lafont Nicuesa (2010)⁵⁷³ aclara, que no es ésta la vía adecuada para impugnar en su caso el pasaporte: *“El art. 320 LEC es aplicable a copias o testimonios de los documentos que se sospecha que son falsos y que para dilucidar la duda se coteja con el original. En el problema que estamos analizando, en la mayoría de los casos, no una mera copia del pasaporte sino el original por lo que el cotejo como tal no es necesario. El cotejo en el ámbito del art. 320 LEC no se puede producir entre documentos heterogéneos en los que además ambos son originales –el pasaporte y el certificado de nacimiento- como pretende la Audiencia guipuzcoana sino entre una copia del documento –el pasaporte- y el original de ese mismo documento –el pasaporte- (...). La Diputación, al no cuestionar la autenticidad, actuó correctamente aportando una prueba médica que desvirtuaba o ponía en duda la declaración del pasaporte. Tampoco queda claro cuál es el procedimiento que la Administración debiera seguir. Atendiendo*

se practicará por el secretario judicial en la oficina judicial, a presencia, si concurrieren, de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto.

⁵⁷² Roj: SAP SS 1171/2007 - ECLI: ES:APSS:2007:1171. En el mismo sentido también el AAP de Las Palmas número 210/2009 de 16 de enero que considera que la prueba plena del pasaporte solo puede desvirtuarse con fundamento por la vía del cotejo del art. 320 LEC, con el certificado médico.

⁵⁷³ Lafont Nicuesa, Luis. 2010. «La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas.» *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (24): 173-186. Pp 177-178.

estrictamente el tenor legal y el procedimiento del art. 320.2 LEC sería preciso que el cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales se practicara por el Secretario Judicial, constituyéndose al efecto en el archivo o local del país de origen del extranjero⁵⁷⁴. Este autor, también se cuestiona que no es posible que el cotejo sea el único medio de prueba para impugnar un pasaporte, puesto cabría cualquier otro medio de prueba aceptado en derecho para poder impugnar la autenticidad del pasaporte. En cualquier caso, la solución apuntada sobre la necesidad de cotejo ralla el absurdo y atenta contra el sentido común, pues nunca se plantearía tal situación en el caso de otro pasaporte como el propio español.

Por su parte los tribunales hasta el año 2014, oscilaban sin ningún criterio unitario entre dar validez y eficacia jurídica completa al pasaporte que no estuviera falsificado, en tanto que en otras ocasiones se dudaba de la fiabilidad del contenido del pasaporte dando así mayor valor probatorio a las pruebas médicas, aunque éstas estuvieran sometidas a un amplio margen de error⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ No obstante lo que mantiene este autor, hemos de apuntar que el art. 320 no se refiere al cotejo de los documentos extranjeros.

⁵⁷⁵ Son muchas las resoluciones dictadas por los tribunales. A modo de ejemplo citaremos las siguientes en las que se pone de manifiesto la situación caótica vivida hasta 2014. En el ámbito de la jurisdicción civil: SAP de Guipúzcoa número 339/2007 de 18 de diciembre (Roj: SAP SS 1171/2007- ECLI: ES:APSS:2007:1171) da al pasaporte mayor validez que a las pruebas médicas realizadas; SAP de Salamanca número 326/2007 de 5 de octubre (Roj: SAP SA 646/2007- ECLI: ES:APSA:2007:646) que da mayor credibilidad a las pruebas médicas que al pasaporte, manteniendo la no fiabilidad del contenido de la fecha de nacimiento que éste contenía; SAP de Guipúzcoa número 239/2012 de 23 de julio (Roj: SAP SS 895/2012- ECLI: ES:APSS:2012:895) que da mayor validez al pasaporte; SAP de Madrid número 19/2012 de 12 de enero (Roj: SAP M 663/2012- ECLI: ES:APM:2012:663) que da mayor validez a las pruebas médicas. En la jurisdicción contenciosa administrativa, podemos señalar como ejemplo las siguientes: STS de 30 de abril de 2008 (Roj: STS 1755/2008- ECLI: ES:TS:2008:1755), que da más valor al pasaporte; STSJ de Madrid nº 546/2008 de 31 de marzo (Roj: STSJ M 3931/2008 - ECLI:ES:TSJM:2008:3931) da valor a la prueba médica. Dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, hemos de destacar la posición de los Juzgados de lo Contencioso de Las Palmas, que en el año 2013 y en procedimientos sobre vulneración de derechos fundamentales, que se apartaban de la jurisprudencia mayoritaria que solo se pronunciaba sobre los pasaportes, para pronunciarse sobre la eficacia de los certificados de nacimiento, sin que ni siquiera los mismos se presentaran conforme a lo que disponía el art. 323 LEC (Auto de fecha 31 de enero de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 y 11 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2). Por último de la jurisdicción penal podemos señalar las siguientes: STS nº 1015/2007 de 30 de noviembre (Roj: STS 8328/2007- ECLI:ES:TS:2007:8328) mayor validez a las pruebas médicas; STS nº 1007/2012 de 21 de diciembre (Roj: STS 8698/2012- ECLI: ES:TS:2012:8698), prevalece el documento. Un estudio pormenorizado de la jurisprudencia la encontramos ha sido realizada por Lafont Nicuesa, Luis. 2011 en «Menores extranjeros: documento oficial extranjero contra pruebas médicas en la doctrina administrativa y judicial contencioso-administrativa española.» *Revista Vasca de Administración Pública*. (89): 215-235.

Esta situación se vio agravada porque en España, han sido tres las jurisdicciones que han resuelto cuestiones relativas a la determinación de la edad de una persona, si bien en ninguna ocasión como objeto del debate principal del proceso: existen resoluciones en la jurisdicción civil cuando se resuelven las oposiciones a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, (art. 780 LEC); en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando se resuelven cuestiones referidas a reagrupaciones familiares o recursos contra las resoluciones administrativas de expulsión, incluso en procedimientos incoados por vulneración de Derechos Fundamentales (privaciones de libertad en el CIE de quienes dicen ser menores de edad); y en la jurisdicción penal (referidas a la determinación de la edad del presunto autor de hechos punibles a los efectos de aplicación de la LORPM, o bien cuando la minoría de edad implica una agravación del tipo penal a aplicar, entre otros supuestos). Esta situación permitía además que pudiéramos estar ante pronunciamientos incompatibles, porque podía darse el caso de que las distintas jurisdicciones pudieran tener que pronunciarse sobre la edad de una persona cuando la misma ya había sido discutida generándose así la paradoja que de acuerdo a una resolución judicial fuera mayor y respecto a otra fuera menor de edad. Así lo expresa Lafont Nicuesa (2011)⁵⁷⁶ “no resultaría admisible que, por ejemplo, con los mismos elementos probatorios, una persona sea mayor en el ámbito administrativo y se le pueda expulsar administrativamente, menor en el orden penal y por lo tanto susceptible de ser enjuiciado por un órgano de menores sin opción de ser expulsado penalmente y mayor en la esfera civil y excluido del sistema de protección institucional”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Lafont Nicuesa, Luis. 2011. «Menores extranjeros: documento oficial extranjero contra pruebas médicas en la doctrina administrativa y judicial contencioso-administrativa española.» *Revista Vasca de Administración Pública*. (89): 215-235.

⁵⁷⁷ Aunque pareciera imposible, lo cierto es que estas circunstancias se daban al menos hasta la reforma del CP en el año 2015. Concretamente, el art. 318 bis contenía una importante agravación que aumentaba la pena en un grado (de 8 a 12 años de prisión) en los casos en los que se juzgaban a patrones de pateras o cayucos que habían intentado introducir en España a algún menor de edad. Conforme a lo que disponía el art. 35 de la LOEX se procedía a determinar la edad de aquellos que decían ser menores y se dudaba al respecto. El Decreto del Fiscal determinaba finalmente su edad y éste se incorporaba en los autos penales como prueba de la minoría de edad de los inmigrantes. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Las Palmas dejaba de aplicar la agravación, puesto que mantenían que si bien el Decreto determinaba la minoría de edad, la apariencia era de mayor de edad, de forma que en aras del principio in dubio pro reo, se dejaba de aplicar la agravación. Vemos pues un claro ejemplo de cómo se hace uso de la apariencia del extranjero según la conveniencia, máxime cuando lógicamente la mayoría de edad, era introducida en los hechos probados de una sentencia que sin duda tienen más valor

Las consecuencias por tanto son de importante trascendencia jurídica, puesto que en primer lugar no existe una homogeneidad en las decisiones que afectan a una misma cuestión, aunque ésta sea incidental, pero de importancia capital pues afectan al estado civil de una persona y en especial a la posible condición de menor de ésta. Se produce un un importante daño al principio de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la CE y además también genera un daño al derecho fundamental de la tutela judicial.

La Fiscalía también se ha pronunciado sobre la eficacia que había que darle al pasaporte frente a las pruebas médicas. La Circular 2/2006 de la FGE sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, dispone: *“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”*. Llama la atención que esta consideración no se establezca como una de las conclusiones de la misma, dejando abierta la puerta a futuras discusiones en el seno de la propia Fiscalía, como así ocurrió. Pese a referirse expresamente a la documentación no hace ninguna distinción al respecto. Por otro lado, la expresión “indicios de falsedad”, entendemos que es muy amplia, pues no se especifica si estamos ante una falsedad del documento formal en sí mismo, o si se refiere también al contenido material del documento, pero en este caso hay que tener en cuenta que si ello es así, sería la propia Fiscalía quien debería aportar un principio de prueba sobre esos indicios de falsedad, pues de lo contrario, se colocaría al titular del pasaporte, si al documento al que nos referimos sea ese, ante un prueba diabólica o prueba imposible, pues precisamente el pasaporte es el documento que lo identifica.

La sospecha que se cernía sobre los documentos procedentes de países africanos, y concretamente de los pasaportes, se puso de manifiesto expresamente por la Fiscalía Provincial de Barcelona en la nota de servicio de

jurídico que un Decreto del Fiscal de naturaleza provisionalísima. Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar la SAP de Las Palmas 8/2015 de 9 de febrero (Roj: SAP GC 172/2015-ECLI:ES:APGC:2015:172).

fecha 1 de agosto de 2009⁵⁷⁸: “es cada vez mayor el número de personas extranjeras que dicen ser menores de 18 años, que carecen de toda familia en España y que aportan documentación, en especial pasaportes procedentes de los países del Golfo de Guinea, pero que por su aspecto físico parece evidente que son mayores de edad, en ocasiones estos pasaportes se han emitido con posterioridad a practicarse pruebas radiológicas que determinaron su mayoría de edad. El número de estas personas es tan numeroso que ocupan más de la mitad de las plazas que hay en los centros de acogida de menores, y es notoriamente inconveniente que los menores de edad estén “mezclados” con adultos que tienen pasaporte como menores”⁵⁷⁹.

Desde nuestro punto de vista, sin fundamento legal alguno, señala Lafont Nicuesa (2010)⁵⁸⁰ que en 2009 la Fiscalía Provincial de Guipúzcoa, “con fundamento en el art. 5.2 del RLOEX, considera que cuando la minoría de edad de una persona haya sido establecida por un Decreto de la Fiscalía, la sola exhibición del pasaporte no deja sin efecto lo dispuesto en el Decreto, toda vez que el pasaporte es un documento que permite acreditar la identidad y nacionalidad de una persona, pero no su fecha de nacimiento. Por tanto, considera que los Decretos del Ministerio Fiscal en los que se establece una minoría especial podrán ser modificados por la Fiscalía, en el caso de que los servicios de protección de la Infancia remitan a la Fiscalía, mediante original o copia, tres documentos de los que se deduzca una edad diferente a la establecida en el Decreto. Estos documentos son la partida de nacimiento, el libro de familia y el certificado de residencia en Marruecos, el cual deberá adjuntar una fotografía de la persona en cuestión”.

⁵⁷⁸ Nota interna de la Fiscalía distribuida a los FDE. No se encuentra recogida en la Memoria de 2010 de la FGE. La Memoria de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Catalunya de 2010 no está disponible en la página web www.fiscal.es

⁵⁷⁹ No es afortunada la mención a las plazas alojativas, pues independientemente de aquellas con las que cuente la correspondiente Comunidad Autónoma, quien es menor, o bien está sujeto a un procedimiento para la determinación de la edad deberá estar en un centro de protección, y la cuestión de los recursos materiales, nunca puede condicionar la aplicación del interés superior del menor.

⁵⁸⁰ Lafont Nicuesa, Luis. 2010. «La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas.» *Op. Cit.* P.183. Este autor se remite a lo que dispone la Memoria de la FGE de 2010. P. 982.

De lo expuesto hasta ahora, observamos cómo la desconfianza se cernía sobre el contenido de determinados pasaportes procedentes sobre todo del Africa subsahariana, aunque también alcanzaban a los emitidos por el Reino de Marruecos. Respecto a la Fiscalía de Guipúzcoa es altamente significativo, no la reafirmación de la competencia del Fiscal en la materia, sino la imposición de forma excesiva y sin que existiera una concreta cobertura jurídica, de la necesidad de un plus probatorio, máxime cuando se aceptaban copias de documentos que en teoría debían de estar legalizados o apostillados (art. 323 LEC) y que tampoco resolverían la cuestión porque los mismos podrían también ser cuestionados. Así mismo y respecto de la nota de servicio de la Fiscalía de Barcelona, hemos de poner de manifiesto la referencia a la emisión de pasaportes con posterioridad a las pruebas médicas, como fundamento de la duda e indicios de falsedad, cuando la realidad nos dice que la fecha de emisión de un pasaporte por sí misma no es indicio de nada⁵⁸¹, salvo que efectivamente se fundamente en algún otro dato, más allá de la práctica de una prueba ósea.

La Consulta de la FGE 1/2009, que nace como consecuencia de las cuestiones planteadas por la Fiscalía Provincial de Guipúzcoa, se pronuncia respecto a la posible falsedad de los documentos. Llama la atención que por la Fiscalía que formula la consulta, no se plantea la cuestión directamente de la falsedad de los documentos y sin embargo, la FGE, aprovechando una de las dos cuestiones planteadas, concretamente la referida a si el Decreto de determinación de la edad puede modificarse por otra autoridad distinta a la que lo hubiera inicialmente dictado, introduce la doctrina que ya había sido recogida por la DGRN en la Instrucción de fecha 20 de marzo de 2006 y a la que ya hemos hecho referencia. Así la Fiscalía mantiene que “a estos efectos hay que considerar como no documentado, no solo a quienes carezcan de documentación sino también a quien pretenda acreditar su edad e identidad con documentación presuntamente falsa tal como indica la Circular FGE 2/2006, y a quienes hagan uso a efectos de su identificación de cualquier documento

⁵⁸¹ Es más, los extranjeros que se encuentran indocumentados en España, pueden documentarse a través de la expedición de un pasaporte que tendrá una fecha posterior a la entrada del mismo en España, sin que ello implique ninguna deslegitimación de la función del pasaporte y es totalmente aceptado por las autoridades gubernativas.

señalado en el art. 25 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que incorpore datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones, o que no resulten fiables en cuanto a la determinación de la edad, por proceder de países cuyas administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos que sobre fecha, lugar de nacimiento o filiación del interesado se incorporan al pasaporte. También se incluyen en este caso los supuestos en que se ocupen al presunto menor documentos en que consten diferentes filiaciones o fechas de nacimiento”. Esta vez, sí concluye (Conclusión Séptima) a diferencia de la Circular que: “Puesto que el Decreto inicial de determinación de edad tiene efectos provisionalísimos, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales sobre su edad por otros motivos que no se tuvieron en cuenta en el primer procedimiento –especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque, aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones o no fiables para la determinación de la edad–, podrá dictarse un nuevo decreto por parte de la Fiscalía correspondiente al lugar del domicilio o en el que se encuentre el presunto menor, por el que se acuerde una nueva determinación de su edad”.

Así pues, de todo lo expuesto, es clara y fácilmente constatable que, en la Fiscalía también planeaba la duda sobre la realidad de los datos recogidos en los pasaportes expedidos por determinados Estados. Seguimos manteniendo que es una peligrosa conclusión que afecta a la seguridad jurídica por cinco motivos fundamentales que pasamos a recoger sistemáticamente: en primer lugar porque basta la simple duda del Fiscal, como órgano decisor, del pasaporte que presenta una persona, sin que existan otros indicios, más allá del país emisor, sin que éstos queden claramente fundamentados y razonados; en segundo lugar porque a la persona titular de ese pasaporte se le posiciona en una situación procesalmente compleja, puesto que se le somete a la práctica de una prueba diabólica o imposible, por cuanto el pasaporte válidamente expedido es su documentación; en tercer lugar, por cuanto la decisión del Fiscal no es recurrible directamente quedando fuera del control judicial; y en cuarto lugar, porque dudar así sin más de un pasaporte de un Estado, implica dudar sobre la

credibilidad de ese Estado, lo cual es contradictorio a la participación de España en la OACI, organización que ha convenido dotar de fuerza probatoria a cualquier pasaporte emitido por los 193 Estados parte de ésta. Por último y como quinto motivo, porque se confiere una fiabilidad a las pruebas radiológicas que dista mucho de corresponder a la realidad, pues éstas son invasivas, presentan un margen de error por lo que se justifica que a las mismas haya que recurrir como último remedio.

Por su parte el Defensor del Pueblo en su informe de 2012⁵⁸², en materia de documentación, a diferencia de lo que se planteaba en los Tribunales y por la Fiscalía, no entra a discutir sobre qué documentos pueden ser aptos para la determinación de la edad, ni tampoco se pronuncia sobre la posible falsedad en los datos del pasaporte. El Defensor del Pueblo es categórico en su informe pues mantiene que el procedimiento regulado en el art. 35.3 de la LOEX está solo previsto para los presuntos menores indocumentados, dando igual tratamiento a un pasaporte que a otros documentos y así dispone: “se ha podido constatar que cada vez con mayor frecuencia se aplica el procedimiento establecido en el citado precepto, a menores de edad provistos de pasaporte u otros documentos tales como certificados de nacimiento o libros de familia”. A pesar de la importancia que el informe del Defensor del Pueblo supuso en el estudio de la materia y la situación del procedimiento en España, echamos en falta que este informe no expresara de una forma más completa y desarrollada, atendiendo a lo que había dispuesto la Instrucción de la DGRN y cómo ésta estaba influyendo en la Fiscalía, su postura jurídica respecto a la validez y eficacia de los documentos frente a las pruebas médicas.

Sin embargo, el Defensor del Pueblo introduce un nuevo punto de vista respecto a la documentación partiendo del supuesto de hecho de que ésta sea falsa y que ni por los Tribunales, ni la Fiscalía ni la doctrina se había planteado. Se hace eco de la posible comisión de un delito de falsedad cometida por un particular de un documento público, oficial o mercantil, el tráfico de documentos

⁵⁸² Defensor del Pueblo. 2012. «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad» *Op. Cit.* A la materia de la documentación se dedican las Pp 131 y 132.

de identidad falso aunque no se hubiera intervenido en la falsedad, o el uso a sabiendas de un documento de identidad falso. En estos casos, el Defensor del Pueblo, mantiene que la determinación de la edad, directamente deberá ser realizada por el Juez de Instrucción por estar ante la presencia de un presunto delito cometido por quien presenta ese documento que es falso⁵⁸³. Si bien este planteamiento es correcto jurídicamente⁵⁸⁴, no aporta nada al debate que en España se planteaba respecto a la documentación y a su eficacia a los efectos probatorios de la determinación de la edad.

3.3. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DOCUMENTACIÓN TRAS EL PROTOCOLO DE 2014, LAS SENTENCIAS 452/2014 Y 453/2014 DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA LEY 26/2015 DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA.

El año 2014 constituye un punto de inflexión en la ordenación del procedimiento de la determinación de la edad como consecuencia de la aprobación del Protocolo de MENA, el 22 de julio, y con la publicación de dos sentencias consecutivas dictadas por la Sala Primera del TS, números 452/2014⁵⁸⁵ y 453/2014⁵⁸⁶ de 23 de septiembre, que vinieron a establecer la doctrina jurisprudencial, cuando el MENA poseyera un pasaporte o documento de identificación, esto es, cuando estuviera documentado. A la hora de analizar desde el punto de vista de la documentación tanto el Protocolo como la doctrina jurisprudencial, hemos de tener en cuenta que si bien el Protocolo es anterior en

⁵⁸³ Que se el juez de instrucción quien deba decidir en estos casos sobre la determinación de la edad, ya venía establecido en el art. 375, si bien en nuestra opinión aplicando el interés superior del menor, debería ser el Juez de Menores, o bien el Fiscal Instructor quien determinara la edad. El art. 35 LOEX solo está previsto para los casos en los que el presunto menor no esté implicado en ningún procedimiento judicial.

⁵⁸⁴ Desde nuestro punto de vista, si dudamos sobre la edad de la persona que presenta el documento, creemos que en atención al derecho del superior interés del menor, debiera ser la jurisdicción de menores, la competente para la determinación de la edad y no el Juez de Instrucción. Ya nos referimos a este aspecto en el Capítulo II epígrafe 1.3.1 al tratar sobre las especificidades del Protocolo de MENA respecto al concepto de MENA.

⁵⁸⁵ Roj: STS 3817/2014- ECLI: ES:TS:2014:3817

⁵⁸⁶ Roj: STS 3818/2014- ECLI: ES:TS:2014:3818

el tiempo a las sentencias, éste debe ser interpretado conforme a la actual jurisprudencia y por ende a la luz de la legislación existente (LEC, LOEX y LOPJM).

3.3.1. Tratamiento de la documentación en el Protocolo de MENA.

Varios son los apartados que el Protocolo dedica a la documentación de los presuntos menores. El apartado sexto del Capítulo II sigue recogiendo la postura que venía manteniendo la Fiscalía apoyada por la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 2006, si bien algo atemperada: *“Documentación oficial expedida por el país de origen del menor. Si en el instante de su localización o en un momento posterior, el menor presenta documentación oficial expedida por su país de origen serán de aplicación los siguientes criterios: 1. Las certificaciones emitidas por las autoridades extranjeras relativas al estado civil de las personas, así como cualquier otro documento extranjero que recoja datos identificativos del menor, como el pasaporte o los documentos de identidad, no constituyen prueba plena sobre la edad, filiación, matrimonio o emancipación del menor salvo que así venga reconocido expresamente por Convenio o Tratado internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). 2. No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del artículo 25.1 LOEX serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes: A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados. B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente. C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos. D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española. E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y*

la apariencia física del interesado. F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento. G) Incorporen datos inverosímiles. 3. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado”.

Este precepto debe ser sometido a severas críticas por varios motivos. En primer lugar y respecto a la sistemática del mismo no la consideramos acertada. Así en el apartado 2 mantiene la posición privilegiada de los pasaportes y documentos de identidad originales como medios de prueba aptos para determinar la edad de una persona, salvo que estén falsificados. Sin embargo en el apartado 1, niega ese valor a los pasaportes y los somete al “peculiar” régimen del art. 323 de la LEC que describe el Protocolo. En este sentido hemos de mantener como ya hemos explicado que los pasaportes no están sometidos a este régimen probatorio de prueba tasada pues por ley son documentos públicos que identifican a una persona⁵⁸⁷. Y en segundo lugar, decimos “peculiar

⁵⁸⁷ Además la cuestión sobre la validez del pasaporte como documento identificativo “*per se*” y sin necesidad de que sea examinado a la luz de lo dispuesto en el art. 323, queda zanjada en las SSTS 452/2014 y 453/2014 a las que nos referiremos posteriormente cuando disponen (Fundamento Jurídico Segundo): “El pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. Como tal, vale o no vale, con o sin visado, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tenga o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de identidad y nacionalidad de su titular”. En el mismo sentido se pronuncia De Palma del Teso, Angeles, y González García, Almudena. 2015. «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo». *Revista Jurídica de Catalunya* 114 (3): 611-637. P.620 “debe cuestionarse el contenido del Protocolo MENA que, en su Capítulo V, apartado sexto –relativo a la finalización del expediente de determinación de la edad incoado por el Ministerio Fiscal–, en el punto 2 A) prevé que el Decreto del Ministerio Fiscal podrá ser revisado «cuando se aporten documentos o certificaciones genuinas expedidas por autoridades del Estado de donde es nacional el interesado que tengan fuerza probatoria según el artículo 323 LEC por haberse así reconocido por Convenio bilateral o Tratado internacional». Conforme a la jurisprudencia del TS, el Decreto por el que se hubiera determinado la mayoría de edad del extranjero no acompañado debería ser revisado cuando aporte documentación válidamente emitida por las autoridades extranjeras de la que resulte su minoría de edad. En la medida que el procedimiento de determinación de la edad es una «diligencia preprocesal», como se dice en el propio Protocolo MENA (Capítulo V, apartado segundo), incluyendo el procedimiento de revisión, no es conforme a Derecho requerir

régimen” del art. 323 de la LEC que nos ofrece el Protocolo porque, este artículo de la LEC no se limita únicamente a la verificación de la existencia de un Tratado o Convenio Internacional como mantiene el Protocolo. En efecto, este primer apartado no solo niega la eficacia jurídica que los pasaportes poseen, sino que también se refiere a las certificaciones expedidas por autoridades de otros Estados en materia de estado civil, a las que también liga únicamente a la existencia de un Tratado Internacional que permita otorgarles eficacia jurídica conforme al art. 323 de la LEC. El Protocolo olvida el régimen del art. 323 de la LEC al que ya hemos hecho referencia al tratar de la eficacia de los documentos públicos. En efecto el art. 323 de la LEC no solo nos remite a la existencia de un tratado o convenio internacional, que permita dar eficacia jurídica extraterritorial en España a un documentos expedido por las autoridades de otro Estado, sino que a falta de ese tratado o convenio internacional, también permite otorgar eficacia jurídica a los documentos públicos expedidos por autoridades extranjeras que además de contener los requisitos legales para que en ese Estado puedan ser calificados como auténticos, estén bien legalizados o bien sometidos al régimen de la apostilla. En cualquier caso, y respecto al valor de los pasaportes, como mantiene Lázaro González (2016)⁵⁸⁸ “la legalización o apostilla pesan sobre el documento extranjero cuando se pretende de éste cierta eficacia como documento público. Desde luego esta exigencia de legalización del pasaporte no es conocida en nuestro sistema a los efectos de identificación del sujeto”. Por último, el Protocolo olvida que en cualquier caso estamos ante una materia donde rige la libre valoración de la prueba y solo es el legislador quien puede determinar cuando estamos ante una prueba tasada.

El Protocolo parece que supera y elimina la sospecha que planeaba respecto del tratamiento a pasaportes expedidos por determinados países,

que la documentación que aporte tenga fuerza probatoria por haberse suscrito Convenio o Tratado internacional con el Estado emisor. El propio TS ha señalado que el citado precepto de la LEC tiene carácter procesal y que el pasaporte u otro documento de identidad expedidos por las autoridades del país de origen o procedencia tienen validez conforme a los Convenios internacionales, «al margen de la consideración que puedan tener en España como documento público o no», teniendo en cuenta que el citado artículo de la LEC nada señala sobre la validez del pasaporte o documento equivalente de identidad de los que resulte la minoría de edad del extranjero”.

⁵⁸⁸ Lázaro González, Isabel E. 2016. «Documentación y pruebas de determinación de la edad en los extranjeros no acompañados: algunas reflexiones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.» (Editorial Jurídica SEPIN).

puesto que se excluye cualquier referencia a países que no tienen un sistema administrativo fiable en materia de Registro Civil, como de manera expresa recogía la Consulta 1/2009. Y decimos que parece, porque tras mantener el valor de los mismos para poder determinar la edad, los sujeta a su no falsificación introduciendo directamente lo que establece la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 2006, que como ya hemos analizado, no solo se refiere a los indicios de falsedad formal del documento, sino también procede a cuestionar los datos de fondo que el documento contiene, y además no es de aplicación a la determinación de la edad, habida cuenta de los motivos que la inspiraron, como ya hemos adelantado.

Respecto a estas circunstancias, debemos de detenernos en el apartado D) que nos remite a que los pasaportes “*sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancias del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española*”. De acuerdo a este apartado, el Protocolo niega validez a un pasaporte simplemente por el hecho de que la fecha de nacimiento que en él figure no sea la que se hubiera acordado por una prueba médica, olvidando que las pruebas médicas tienen un margen de error, y sin que además se deba alegar conforme a este apartado ningún fundamento e indicio que induzca a pensar que existe una falsedad. Como veremos posteriormente, este apartado se aleja de la doctrina jurisprudencial y además impide modificar el Decreto de determinación de la edad, cuando apareciera con posterioridad la documentación del MENA si su edad no corresponde con la que inicialmente se acordó en el Decreto, lo cual queda fuera de toda lógica. Así también se pronuncian De Palma del Teso y González García (2015)⁵⁸⁹ cuando tras analizar este apartado D) a la luz del informe del Defensor del Pueblo⁵⁹⁰ mantienen que “cuando el extranjero tenga documentación válida de la que resulte su minoría de edad, las pruebas médicas de determinación de la edad no deberían ser, por sí solas, concluyentes para desvirtuar su condición de menor, sino una prueba más a valorar con el conjunto

⁵⁸⁹ De Palma del Teso, Angeles y González García, Almudena. 2015. «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.» *Revista Jurídica de Catalunya* 114 (3): 611-637. Pp 623-624.

⁵⁹⁰ Defensor del Pueblo de España 2012. «¿Menores o adultos? Procedimiento para la determinación de la edad». *Op. Cit.*

de las practicadas en el marco del proceso judicial... Pues bien, si con posterioridad el extranjero aportara documentación válida de la que resulte la minoría de edad, deberá prevalecer la edad que resulte de los documentos... Por todo ello, es cuestionable la adecuación a la legalidad de la previsión del Capítulo II, apartado sexto, letra D), por considerar «indocumentado» al menor extranjero no acompañado con pasaporte u otro documento válido de identidad del que resulte la minoría de edad, cuando de forma previa hubiera sido sometido a pruebas médicas de determinación de la edad a instancia del Ministerio Fiscal al amparo del art. 35.3 LOEX y mediante decreto se hubiera establecido su mayoría de edad”.

Que el Protocolo, que es un texto que tiene por objeto organizar y coordinar las acciones que se deban de realizar para un determinado procedimiento, introduzca el contenido de una Instrucción de la DGRN, que por su naturaleza según dispone el art. 6 de la Ley 40/2015, solo vinculará a los órganos administrativos que la reciban, creemos que también excede al mismo. La Instrucción de la DGRN va dirigida exclusivamente a los encargados de los Registros Civiles, que si bien son jueces, cuando actúan con esa condición no lo hacen con potestad jurisdiccional, sino meramente administrativa. Ninguno de los agentes que intervienen en el procedimiento actual de la determinación de la edad, forman parte de la organización administrativa registral. Tampoco puede vincular al Ministerio Fiscal que no tiene ningún título competencial en su Estatuto Orgánico, para actuar como órgano que pueda decidir sobre el estado civil de una persona. Creemos en consecuencia que el Protocolo en este aspecto supera a la ley e intenta introducir una prueba tasada a través de este apartado, lo cual le está vetado pues la prueba tasada ha de estar establecida por el legislador.

En relación a apartado sexto del Capítulo II, debemos de analizar lo que recoge el apartado tercero del I Capítulo V, en el punto 4 segundo párrafo: *“Las peticiones de incoación del expediente deberán ir acompañadas de una exposición razonada en la que se relacionen las circunstancias de la localización del afectado, motivos que hacen dudar sobre su minoría de edad, y, en caso de existir documentación genuina del menor expedida por autoridades extranjeras,*

los concretos indicios de sospecha sobre su fiabilidad y verosimilitud". Con este precepto se pretendía acabar con las indiscriminadas pruebas invasivas o médicas, de forma que la existencia de un documento deberá ser previamente estudiado a la par que fundamentada la decisión de acudir a la prueba médica. Por lo tanto, si el Fiscal ante la presencia de un documento en el que se fijara la edad de una persona, optaba por someterlo a las pruebas médicas, debía de fundamentar y justificar de forma razonable cuáles eran esos indicios de falta de fiabilidad y verosimilitud evitando así la práctica automática de las pruebas médicas. Sin embargo, este precepto, en el momento en el que se aprobó el protocolo, año 2014, excedía de lo que disponía el art. 35.3 de la LOEX, pues claramente la ley hablaba de presuntos menores indocumentados. El Protocolo introduce un supuesto que si bien hoy en día está recogido en la Ley, concretamente en el art. 12.4 de la LOPJM, en el año 2014, no se reconocía legalmente, y era la determinación de la edad de un presunto menor documentado. Así las cosas, el Protocolo incluía una norma de determinación de la edad para estos supuestos superando nueva y claramente la legalidad vigente en ese momento.

Siguiendo además la recomendación del Defensor del Pueblo⁵⁹¹, el Protocolo se hace eco de la posible falsificación del pasaporte (en cuanto a su soporte físico y no respecto de su contenido). Así dispone el ordinal nº 5 del Apartado primero del Capítulo V que: *"en el caso de que el extranjero sea portador de un documento falsificado al haber sido manipulado de manera manual o química para alterar los datos del documento original emitido por las autoridades extranjeras, se procederá de la manera prevista en el Capítulo III, apartado tercero, 3 del presente Protocolo, poniéndose al afectado a disposición del Juez de instrucción competente"*. Es criticable este precepto⁵⁹², puesto que basta que el pasaporte esté manipulado para que la presunción de minoría de edad, pase directamente a mayor de edad. Lo cierto es que en estos casos seguimos estando ante un presunto menor, puesto que aunque el pasaporte esté

⁵⁹¹ Defensor del Pueblo de España 2012. «¿Menores o adultos? Procedimiento para la determinación de la edad». *Op Cit.*

⁵⁹² Al igual que el precepto al que se remite que vuelve a mencionar al Juez de Instrucción a los efectos de aplicar lo dispuesto en el art. 375 de la LECRIM.

manipulado la duda sigue existiendo⁵⁹³ y en virtud del principio del superior interés del menor, como tal se le debería seguir tratando, en orden a su posible privación de libertad como presunto menor autor de un delito. El presunto menor debería entonces ser puesto a disposición del Fiscal de Menores (reforma), quien será el competente para la determinación de la edad a fin de poder acotar la competencia en el conocimiento de los hechos.

3.3.2. Tratamiento de la documentación del MENA tras las SSTS 452/2014 y 453/2014 de 23 y 24 de septiembre. Doctrina jurisprudencial.

Como ya hemos puesto de manifiesto⁵⁹⁴, hasta el año 2014, las resoluciones de los tribunales de las distintas jurisdicciones en esta materia eran vacilantes y no mantenían un criterio común⁵⁹⁵. Para solucionar esta disparidad y divergencias de criterios, las sentencias dictadas en Pleno por la Sala Primera del TS, vinieron a resolver sendos recursos de casación que fijaron la doctrina jurisprudencial respecto al tratamiento de los documentos de los MENAS en relación al procedimiento de determinación de la edad.

⁵⁹³ Hemos de indicar en estos momentos que los pasaportes no solo se manipulan para parecer menores de edad y evitar así los trámites de la expulsión o la devolución. Existen casos en los que los propios menores están interesados en manipular sus pasaportes, para fijar una edad superior a los 16 años. Esto les permitirá trabajar a la vez que quedan sujetos por un tiempo suficiente al régimen de protección. De otro modo con edades inferiores, el trabajo les estará vetado.

⁵⁹⁴ En el epígrafe sobre el tratamiento de la documentación del MENA anterior al año 2014.

⁵⁹⁵ Como señala Lázaro González, Isabel E. 2016 en «Documentación y pruebas de determinación de la edad en los extranjeros no acompañados: algunas reflexiones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.» *Op. Cit.*: “en los casos que nos ocupan, las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales han sido recurridas en casación porque la resolución del recurso presenta interés casacional. Dispone el art. 477.3 LEC que “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.”... Cuando el recurso de casación sea por infracción casacional, si la sentencia considera fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia”.

En aras a una mayor claridad expositiva y dada la importancia que la doctrina jurisprudencial ha tenido respecto al procedimiento de la determinación de la edad, estructuraremos el presente epígrafe de la siguiente manera. En primer lugar, nos referiremos a la doctrina jurisprudencial; en segundo lugar pondremos en relación la doctrina jurisprudencial con el Protocolo de MENA que como ya advertimos es anterior a ésta; y en tercer lugar se relacionará la doctrina jurisprudencial con lo que dispone la LOPJM en su art. 12.4 que es posterior.

1. Contenido de la doctrina jurisprudencial.

Las SSTS respondieron a dos cuestiones: 1. La referida al valor del pasaporte auténtico y su aptitud como medio probatorio de la edad y 2. Si el mismo puede ser desvirtuado por otras pruebas y la consecuente capacidad y competencia de la administración para averiguar la edad real de un joven cuando de su documentación resulta que es menor de edad y dicha documentación no presenta indicios de falsedad ni manipulación.

Respecto a la primera cuestión se concluye que el pasaporte es un documento con validez internacional cuya finalidad esencial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. La Sala establece que las normas de la LEC que los recursos citaban como infringidas, son normas procesales que nada señalan sobre la validez de un pasaporte, concluyendo que esta valoración no corresponde en absoluto realizarla a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar o no la entrada de un ciudadano extranjero en nuestro país, ya que de lo único que depende es de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para determinar la identidad y la nacionalidad del titular.

De lo dispuesto podemos sacar dos conclusiones: la primera es que el TS vino a reconocer claramente el valor identificativo de los pasaportes sin que éstos tuvieran que ser ligados a la norma procesal recogida en el art. 323 LEC para dotarlos de eficacia jurídica, como ya hemos analizado desde que hemos

comenzado a analizar el valor de la documentación; y la segunda es que la doctrina jurisprudencial se aparta claramente de la regulación que el Protocolo de MENA realiza de los pasaportes.

Respecto a la segunda de las cuestiones, el TS fija la siguiente doctrina jurisprudencial: *“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. 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”*.

La doctrina jurisprudencial consideramos que es de extraordinaria importancia pues extraemos tres consecuencias. La primera es que distingue los supuestos de los menores documentados de los indocumentados. Así mantiene que solo los presuntos menores indocumentados podrán ser objeto de pruebas complementarias de determinación de la edad. Una segunda consecuencia es que si existe un documento identificativo expedido por un país y que su validez no ha sido cuestionada, no basta la mera duda sobre la fiabilidad del contenido del documento para someter a su titular a pruebas médicas; es necesario realizar un juicio de proporcionalidad, esto es, fundamentar y justificar razonablemente el porqué se duda del documento aportando así un principio de prueba, que justifique la duda por parte del órgano que debe de decidir o como mantiene Lázaro González (2016)⁵⁹⁶ “no basta la consideración general (o prejuicio) sobre la falta de rigor con la que se trabaja en algunos Estados en la expedición de la documentación acreditativa de la identidad del sujeto”. En este sentido también

⁵⁹⁶ Lázaro González, Isabel E. 2016. «Documentación y pruebas de determinación de la edad en los extranjeros no acompañados: algunas reflexiones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.» *Op. Cit.*

se pronuncian De Palma del Teso y González García (2015)⁵⁹⁷: “cuando el Ministerio Fiscal promueva realizar pruebas de determinación de la edad a MENA «documentados» deberá expresar de forma motivada, tanto en el acuerdo inicial como en el decreto con el que se pone fin al procedimiento o expediente, la concreta «justificación razonable» que ha llevado a acordar la realización de las pruebas en el caso concreto y, asimismo, ponderar adecuadamente las razones por las que se ha considerado que el documento que aportaba el menor no se consideró fiable. En definitiva, el Decreto del Ministerio Fiscal deberá estar debidamente motivado, de forma que el interesado pueda conocer el «juicio de proporcionalidad» realizado y las concretas razones que han sido ponderadas para someter a un menor documentado a las tradicionales pruebas médicas de determinación de la edad, al amparo del art. 35.3 LOEX. En caso de falta de motivación del Decreto de la Fiscalía estaríamos ante una decisión arbitraria, lo que resulta contrario al art. 9.3 de la Constitución (CE)... Por tanto, no resultaría suficiente que el Ministerio Fiscal se limitara a invocar en el Decreto alguna de las circunstancias previstas en el apartado sexto, punto 2, del Capítulo II del Protocolo MENA”. Estamos de acuerdo con lo que manifiestan estas autoras, pero además añadiremos una puntualización. La fundamentación y justificación razonada de los indicios que llevan a órgano decisor, en este caso al Ministerio Fiscal, a practicar pruebas médicas, cobran sentido pleno, si efectivamente el procedimiento contara con la presencia de un representante jurídico del presunto menor, que comprendiera desde el punto de vista técnico jurídico los mismos y además se permitiera el correspondiente recurso a dicho Decreto. Por último y como tercera consecuencia, el TS se hace eco de los estudios realizados sobre las pruebas médicas, reconociendo que las mismas son invasivas para la salud, e indirectamente reconoce además sus márgenes de error para reforzar el criterio de no practicarlas de forma indiscriminada o de manera automática.

Nos preguntamos ahora cómo ha afectado esta doctrina jurisprudencial a la práctica forense, así como a la actuación de la Fiscalía. Pues bien, a partir de esta doctrina jurisprudencial la Sala Primera del TS ha venido confirmando el

⁵⁹⁷ De Palma del Teso, Angeles, González García, Almudena. 2015. «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo» *Revista Jurídica de Catalunya* 114 (3): 611-637. Pp. 626 - 627.

valor de los pasaportes válidamente expedidos y no impugnados como medios de prueba para la determinación de la edad, así lo podemos comprobar en todas las sentencias que sobre la materia se han dictado tras las resoluciones estudiadas excepto en una. Así las siguientes sentencias siguen la doctrina jurisprudencial: 11/2015 de 16 de enero⁵⁹⁸; 13/2015 de 16 de enero⁵⁹⁹; 318/2015 de 22 de mayo⁶⁰⁰; 319/2015 de 23 de mayo⁶⁰¹; 320/2015 de 22 de mayo⁶⁰²; 368/2015 de 18 de junio⁶⁰³; 411/2015 de 3 de julio⁶⁰⁴; 507/2015 de 22 de septiembre⁶⁰⁵ y 720/2016 de 1 de diciembre⁶⁰⁶. La STS 329/2015 de 8 de junio⁶⁰⁷ sin embargo se apartó de la doctrina anterior, pero porque en este caso se consideró que efectivamente el documento en el que figuraba su edad, en este caso un certificado de nacimiento, estaba manipulado en cuanto a la fecha de nacimiento y porque la propia interesada había reconocido que su pasaporte era falso; dando así mayor valor a las pruebas médicas realizadas.

Sin embargo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, no ha seguido la doctrina de la Sala Primera, y así se constata en la sentencia nº 2194/2016 de 11 de octubre⁶⁰⁸. En este caso, a pesar de que existía un pasaporte que no fue impugnado, la Sala mantiene las pruebas médicas que fueron realizadas a instancias de la Fiscalía quien desconfió del documento por la apariencia física del presunto menor. En la jurisdicción penal hemos de referirnos a la STS 334/2015⁶⁰⁹ de la Sala Segunda, que resuelve un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia dictada de conformidad por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas⁶¹⁰ y en la que nunca se había alegado la minoría de edad de uno de los acusados, hasta que fue puesta de manifiesto en el recurso de revisión. Sin embargo, a tenor de la

⁵⁹⁸ [ROJ: STS 26/2015 - ECLI:ES:TS:2015:26](#)

⁵⁹⁹ [ROJ: STS 27/2015 - ECLI:ES:TS:2015:27](#)

⁶⁰⁰ [ROJ: STS 2064/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2064](#)

⁶⁰¹ [ROJ: STS 2217/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2217](#)

⁶⁰² [ROJ: STS 2065/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2065](#)

⁶⁰³ [ROJ: STS 2574/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2574](#)

⁶⁰⁴ [ROJ: STS 3160/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3160](#)

⁶⁰⁵ [ROJ: STS 4109/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4109](#)

⁶⁰⁶ [ROJ: STS 5227/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5227](#)

⁶⁰⁷ [ROJ: STS 2347/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2347](#)

⁶⁰⁸ [ROJ: STS 4464/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4464](#)

⁶⁰⁹ [ROJ: STS 2581/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2581](#)

⁶¹⁰ Sentencia de fecha 28 de abril de 2009 dictada en el Rollo por Sumario 5/2009.

resolución del TS, no podemos saber qué fue lo que llevó al TS a anular la sentencia de la instancia, pues desde nuestro punto de vista dicha resolución adolece de una correcta motivación, por lo que no sabemos si se valoró un pasaporte, u otro tipo de documentación y bajo qué premisas.

De lo anterior, podemos concluir que aún hoy la situación no es pacífica entre los tribunales, pues si bien, la Sala de lo Civil, está vinculada por su propia doctrina jurisprudencial, no parece que la misma haya vinculado de igual forma a la Sala de lo Contencioso Administrativo, situación esta que creemos debe ser corregida so pena de mantener en esta materia una constante inseguridad jurídica.

Respecto a la postura de la Fiscalía podemos afirmar que tras esta doctrina jurisprudencial, ésta se ha atemperado respecto a la consideración de los pasaportes. No obstante, por algunas Fiscalías Provinciales se siguen insistiendo en la existencia de sospechas respecto de documentos expedidos por algunos países africanos. La Memoria de la FGE del año 2016 (ejercicio de 2015)⁶¹¹, hace mención a la nota explicativa 1/2015⁶¹². Esta nota nace como consecuencia de una petición de la Fiscalía de Granada para la actuación ante los pasaportes o documentos expedidos por las autoridades de Ghana. Después de un exhaustivo examen de la jurisprudencia anterior a 2014, sobre todo de la Sala 3ª del TS que dudaba de la solvencia de las autoridades de algunos países africanos para expedir documentos relativos al estado civil, (como la STS de la Sala 3ª de 30 de mayo de 2012⁶¹³, o la STS de la Sala 3ª de 22 de junio de 2012⁶¹⁴, o la STS de la Sala 3ª de 31 de octubre de 2011⁶¹⁵) analiza las últimas sentencias dictadas por el TS, para concluir que tanto la doctrina jurisprudencial

⁶¹¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado 2016. Pp. 487 - 497. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/!ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsgozNDBwtjNycnDx8jAwszIAK!oEKDHAARwNU_e4Fm4Gju6ewU6mHh7Gwa5GUP14FBBIPw79FkEmhPSH60fhcyLYBLACfF5ENcHfw9clalKhb6iJpYuxgbuhfkFuaGiEQaYnAH2MJjc!/dl5/d5/L2dJQSEvUUt3QS80SmIFL1o2X0IBSEExSVMwSjhSMzYwQTgyRkJCSEwyMDg2/?selAnio=2016

⁶¹² Documento interno de la Fiscalía de Sala de Extranjería incorporado a la Memoria, pero al que no se le da publicidad fuera del ámbito que le es propio.

⁶¹³ [ROJ: STS 3647/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3647](#)

⁶¹⁴ [ROJ: STS 4570/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4570](#)

⁶¹⁵ [ROJ: STS 6997/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6997](#)

como el Protocolo son complementarios, debiendo por lo tanto actuar conforme al mismo. No podemos manifestar nuevamente más que nuestro criterio en contrario, puesto que el Protocolo debe ser un documento que aporte criterios de actuación sobre una materia, y no solo se ha de acudir a la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS para justificar su interpretación, sino que hay que tener en cuenta otras resoluciones dictadas por ese mismo Tribunal, así como la legislación existente.

2. La relación entre la doctrina jurisprudencial y el Protocolo de MENA.

Para la Fiscalía según la Nota Explicativa 1/2015, el Protocolo de MENA complementa a la doctrina jurisprudencial. Alonso Sanz (2016)⁶¹⁶ sin embargo, mantiene que el Protocolo va en contra de la jurisprudencia del TS y declara que “...este documento contradice frontalmente la jurisprudencia aludida, al considerar indocumentado al extranjero que presente pasaportes o documentos de viaje originales que contengan datos contradictorios con los resultados dimanados de pruebas de determinación de la edad practicadas a su titular, así como a aquéllos cuya apariencia física no se corresponda – y ello sea patente, evidente e indubitado- con los datos incorporados al documento público que presente. (...) Por tanto el Protocolo Marco atenta, en este punto, no solo contra la Ley y el Reglamento de Extranjería, que son muy claros, como ha dicho el Tribunal Supremo, en acotar el sometimiento al procedimiento de estimación de la edad a jóvenes indocumentados de dudosa minoría de edad, sino también contra la doctrina jurisprudencial fijada por este último, y contra los principios de legalidad y de seguridad jurídica, por proporcionar cobertura a decisiones cargadas de arbitrariedad”.

Como ya hemos expuesto, el Protocolo pone en duda los pasaportes tanto si efectivamente tienen un defecto de forma que los invalida, como si simplemente se oponen a pruebas médicas ya realizadas, o bien el aspecto físico de su portador no se corresponda de forma evidente con los datos del

⁶¹⁶ Alonso Sanz, Lucía. 2016. *El estatuto constitucional del menor inmigrante*. Editado por Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Pp. 332-334.

mismo. En este sentido no podemos decir que el Protocolo sea complementario a la jurisprudencia del TS, sino que como ya advertimos se excede a ésta y lo que nos parece más grave, a la Ley y al Reglamento. Sí podemos decir que se complementan por cuanto la doctrina jurisprudencial obliga a realizar un juicio de proporcionalidad para ponderar las razones que consideren la no fiabilidad del documento, en tanto que el Protocolo también hace referencia a esa exposición de motivos razonada que justifique las sospechas sobre la fiabilidad del documento.

3. Relación entre la doctrina jurisprudencial y el art. 12.4 de la LOPJM.

El art. 12.4 de la LOPJM, vino a recoger una nueva norma para la determinación de la edad de los extranjeros, pero en esta ocasión circunscrita a los presuntos menores documentados⁶¹⁷. Varios fueron los grupos parlamentarios que pretendieron que se introdujera la doctrina jurisprudencial, en la ley, ésta no fue incorporada tal y como los grupos parlamentarios solicitaban⁶¹⁸. De la redacción legal, sí permite sostener la primacía del pasaporte como medio probatorio de la edad salvo que se dude de su fiabilidad y se justifiquen esos motivos para proceder a la práctica de las pruebas médicas. La ley acoge la necesidad del juicio de proporcionalidad a la hora de ponderar los motivos por lo que se dude de la fiabilidad del pasaporte. Para De Palma del Teso y González García (2015)⁶¹⁹: “El principio de proporcionalidad, que la doctrina del TS obliga a aplicar en el procedimiento de determinación de la edad que tramita el Ministerio Fiscal, requiere que los medios utilizados para desvirtuar la minoría de edad que resulta del pasaporte u otro documento equivalente de identidad sean proporcionados con el fin perseguido”. La ley, recordando lo que mantiene la Ley de Autonomía del Paciente y a imagen de lo que establece la normativa de asilo, también recoge la necesidad del consentimiento para la

⁶¹⁷ En el epígrafe 3.2 dedicado al “Estado de la Cuestión en España” sobre la determinación de la edad, ya fue estudiado ampliamente el origen de esta disposición.

⁶¹⁸ Nos hemos referido a la tramitación parlamentaria de este artículo 12.4 en la LOPJM en el epígrafe 2.1.3 del presente Capítulo y especialmente nos remitimos a las notas a pie de página 509, 510 y 511.

⁶¹⁹ De Palma del Teso, Angeles y González García, Almudena. 2015. «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.» *Op. Cit.* P.627.

práctica de las pruebas médicas así como el principio de celeridad en la práctica de las mismas, de las que se hacía eco el Protocolo MENA, acogiendo igualmente las previsiones y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.

Sin embargo, la Ley no recoge ninguno de los supuestos a los que sí hace referencia el Protocolo, por los que se puede dudar de la fiabilidad del pasaporte, por lo que sigue dejando a éste fuera de las previsiones legales en este sentido.

3.4. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL COMO MEDIO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD. LA IDENTIFICACIÓN DEL MENA A TRAVÉS DE LAS HUELLAS DACTILARES Y EL REGISTRO DE MENA.

Como hemos venido manteniendo, una de las cuestiones a las que hemos de hacer frente en el estudio del procedimiento para la determinación de la edad, son los medios de prueba. En el epígrafe anterior nos hemos detenido en la prueba documental como medio apto y primero a ser valorado junto a la declaración del presunto menor en el ejercicio de su derecho a ser escuchado. De acuerdo a los informes y estudios a los que hemos hecho referencia a lo largo de este Capítulo⁶²⁰, antes de acudir a los métodos médicos que son invasivos para la salud, y además están sujetos a márgenes de error, se tendrá que hacer lo posible por agotar cualquier otro medio de prueba que resulte idóneo. Pues bien, en atención a ello, nos debemos plantear si es posible contar con algún otro medio de prueba al que se pueda acudir distinto a los documentos y que de una manera objetiva pueda ayudar a tomar una decisión, o bien a despejar dudas que puedan quedar planteadas con la presentación de los documentos con los que se pretenda probar la edad.

⁶²⁰ Informe del Defensor del Pueblo de 2012, el informe de Smith, Terry y Brownlees, Laura. 2011. «Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography», el Programa de SCEP.2009 “Statement of Good Practice” avalado por Save the Children, UNICEF y ACNUR y por el Programa Daphne de la Comisión Europea; informe de la FRA. 2011 “Separated, asylum-seeking children in European Union Member States”; las Directrices del ACNUR de febrero de 1997. A todos ellos no hemos referido en el presente Capítulo.

Ninguno de los informes a los que nos hemos remitido, hacen referencia a la posible utilización de las huellas dactilares como medio probatorio, ni a la posibilidad de acudir a la cooperación internacional para el intercambio de información al respecto siempre que ello sea posible. En puridad, las huellas digitales, no son medios de prueba para la determinación de la edad, puesto que el objetivo de éstas es la identificación de la persona. Como ya hemos explicado al principio del presente Capítulo, no hemos de confundir la identidad de una persona con su edad, a pesar de que normalmente la identidad de la persona conlleva la expresión de su edad. Sin embargo, las huellas digitales, servirán de medio probatorio complementario pues a través de ellas podremos despejar las dudas sobre la identidad de aquellos que intentan probar su edad, a través de documentos que no son identificativos, como los certificados de nacimiento.

Este epígrafe tiene por objeto adentrarnos en esta posibilidad, que ya está siendo aplicada en España⁶²¹, pues se cuenta con los medios para ello y que son: el Registro de MENA y la existencia de convenios de cooperación, concretamente con el Reino de Marruecos, lugar de donde proceden la mayoría de los MENA que llegan a España. A los efectos de estructurar nuestro estudio, será necesario en primer lugar estudiar la legitimidad y el fundamento de los poderes públicos para tomar la huella dactilar de un MENA; en segundo lugar debemos hacer una referencia al Registro de MENA como el instrumento en el que quedarán archivadas dichas huellas y la completa reseña del menor; y por último el uso que de las mismas puede hacerse en aras del intercambio de información a través de la cooperación internacional.

3.4.1. La situación personal del MENA mientras se determina su edad. Obtención de la reseña.

⁶²¹ La novedad en la aplicación de esta posibilidad hace que no se haya documentado en informe oficial alguno. Pero esta posibilidad ha sido aplicada en Expedientes de Determinación de la Edad de la Fiscalía de Las Palmas en dos ocasiones (en 2016) y en una ocasión durante el año 2017. También se ha acudido a esta posibilidad por la Fiscalía de Madrid en el año 2017.

En España se denomina reseña al resultado del proceso realizado por la Policía que tiene por objeto obtener las huellas dactilares, datos físicos, fotografía y datos de identificación que nos ofrece una persona que está detenida⁶²². Las preguntas que inmediatamente nos surgen son: ¿es necesario que exista una detención para poder obtener la reseña de una persona?; si ello es así ¿la situación personal del presunto menor en tanto se realizan las diligencias encaminadas a la determinación de su edad es de detención, o cabe obtener la reseña sin que la persona esté detenida?

Uno de los aspectos controvertidos por la doctrina como veremos, es la determinación de la situación personal del presunto MENA en tanto se practican las diligencias para la determinación de la edad. Ya hemos manifestado que en ese lapsus temporal, que debería ser breve, el presunto menor está sujeto a la atención inmediata, que tiene por objeto darle protección y que es prestada por la entidad pública. Ahora bien, ¿está obligado el MENA a permanecer en el centro de atención inmediata y consiguientemente podemos considerarlo privado de libertad?

La cuestión fue tratada por la Instrucción 2/2001 de la FGE⁶²³: *“Por otra parte, la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la L.O. 1/1992, de Protección de la seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del art. 17 de la Constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 341/93, de 18 de noviembre, y 86/96, de 21 de mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que*

⁶²² En España la toma de reseña es llevada a cabo por servicio de identificación de la policía científica (CNP) y su gestión se realiza a través del denominado SAID (Sistema Automático de Identificación Dactilar) que es un sistema informático para gestionar y administrar las impresiones dactilares que son tomadas por la policía al realizar las correspondientes reseñas. Fuente: página web del CNP visitada el 27 de febrero de 2017: https://www.policia.es/org_central/cientifica/servicios/id_identificacion.html

⁶²³ Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion2_2001.pdf?idFile=cf6c5ce0-91be-42d5-82e0-b1eee17bf4ba

dicha situación «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario». No es precisa, por el contrario, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia solo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el art. 520.2.c) LECr limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos. El hecho de que esta situación de privación de libertad no pueda durar más tiempo del estrictamente necesario exige un esfuerzo de coordinación entre todos los agentes que intervienen en el procedimiento, de manera que se reduzcan al mínimo posible los «tiempos muertos» a que podría dar lugar un defectuoso sistema de comunicaciones entre ellos, o una limitación de su disponibilidad para atender inmediatamente este tipo de incidencias”.

Para Madrigal Martínez-Pereda (2013)⁶²⁴, la justificación de lo expuesto por la Instrucción es la siguiente: “tanto el art. 9 de la LO 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana como el artículo 2.2 del RD 1553/2005, de 23 de diciembre, sobre expedición del DNI y certificados de firma electrónica, sientan la obligatoriedad del DNI y de su exhibición a requerimiento de la autoridad o sus agentes. En relación con esto, y aunque parezca sorprendente, está todavía vigente el art. 5 de la Ley de 23 de julio de 1903 sobre mendicidad de menores en el que se permite la detención de éstos si mendigan, vagan o pernoctan en paraje público, con la finalidad de devolverlos a sus padres o tutores. La propia Ley sobre Protección de Seguridad Ciudadana establece, en su artículo 26, que son infracciones leves el incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal y la negativa a entregarla cuando hubiere sido acordada su retirada o retención. El TC reconoció la compatibilidad con la CE del art. 20.2 de esta ley y la privación de libertad que a efectos de identificación, prevé, pero se trata aquí de una privación de libertad en aras de la protección y no propiamente de seguridad ciudadana: la existencia de una situación de desamparo y la obligación de ponerlo a disposición de la entidad

⁶²⁴ Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo. 2013. «Protección Internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento.» En *Infancia y Protección Internacional en Europa. Op. Cit. Pp. 78-79.*

pública y de determinar la edad a tal fin es lo que justifica esta intervención, ajustándose al precepto de la Ley de 1903 cuyo tenor podría admitirse siempre y cuando respetase las exigencias de proporcionalidad que ahora recoge la propia Ley 1/1992 de 25 de febrero”⁶²⁵.

Ruiz Legazpi (2004)⁶²⁶ va más allá en una opinión que como expondremos más adelante no compartimos. Una vez que el presunto menor tiene que acudir al centro médico para la realización de las pruebas óseas, la situación cambia. Así, “aunque el menor siga estando custodiado de hecho por la policía, la situación ha dejado de ser una privación de libertad policial pues se ha debido producir la intervención de un juez. Cuando la autoridad judicial se haya pronunciado sobre la autorización de las pruebas médicas, ha consentido, indirectamente, la situación de privación de libertad de quien, con su visto bueno, va a ser conducido a un centro médico para someterse a las pruebas radiológicas oportunas. La consecuencia más importante que podemos deducir afecta a la posibilidad de interponer un habeas corpus, ya que, a diferencia de lo que ocurre

⁶²⁵ Esta explicación se fundamenta en los artículos de la ya derogada LO 1/1992 sustituida por la LO 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana. A este respecto hay que concretar, que el art. 9.2 actual coincide con el art. 9 anterior (el deber de exhibir el DNI a los agentes que requieren de identificación a una persona); en la actualidad la infracción leve de no identificarse a través de la exhibición del DNI sigue contemplándose en el art. 37.12. El art. 16 de la actual Ley recoge la posibilidad de trasladar a la persona que va a ser identificada a las dependencias policiales más próximas que cuente con los medios necesarios para la identificación de la misma siempre que concurren las circunstancias previstas en ese artículo: que existan indicios que haya cometido un delito, o bien sea necesario de acuerdo a las circunstancias concurrentes para evitar la comisión de un delito; o existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. A nuestro juicio la expresión “comisión de una infracción” incluye también las infracciones administrativas. De especial trascendencia es lo dispuesto en el art. 19 de la ley: “1. Las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con ocasión de actuaciones realizadas conforme a lo dispuesto en esta sección no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención”. Las infracciones previstas en esta LO, podrán ser imputadas a los mayores de 14 años (art. 30.2), si un menor de 14 años cometiera una infracción prevista en la misma, la autoridad competente la pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal.

⁶²⁶ Ruiz Legazpi, Ana. 2004. «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados.» *Revista de Derecho Político*. (61): 141-172. Pp. 166-167. Mantiene la misma opinión en 2008 en su artículo «Los problemas jurídicos de la inmigración infantil.» En *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, de Balado Ruiz-Gallegos, Manuel 507-532. Barcelona: Bosch: “Hay que tener en cuenta, además que, desde que el extranjero es requerido por la policía y conducido a las dependencias policiales para su identificación, y en su caso a las instalaciones sanitarias dotadas de unidades de radiología, hasta que la edad es determinada, se encuentra en una situación jurídico – constitucional de privación de libertad, en el sentido del art. 20.2 de la LO de Seguridad Ciudadana y su interpretación conforme al art. 17.2 CE impuesta en la STC 341/1993... La situación de privación de libertad en que se encuentra el menor a la espera de que le sea practicado el reconocimiento médico habilita constitucionalmente para el ejercicio en última instancia del derecho de habeas corpus.” (Pp 513-514).

durante la retención policial, ahora la situación de privación de libertad es conocida y consentida, si quiera de forma indirecta por un juez. Aunque existe un evidente interés en que la determinación de la edad del extranjero indocumentado se realice sin la menor dilación, no siempre será posible realizarlo con la rapidez necesaria. (...) En efecto, para garantizar que el presunto menor no se fugue, prolongando con ello el círculo de indocumentación – retención, se debe acordar su internamiento. El internamiento en el centro es una medida cautelar para evitar la fuga del menor y garantizar, bien la sanción de expulsión si al final resulta mayor, o bien, lo que es más importante ahora, la protección adecuada si se confirma que es menor. Tratándose de una medida cautelar limitativa de derechos debe ser acordada judicialmente, aplicándose por analogía la figura del internamiento en un centro de educación especial, que cabe dentro de las amplias potestades que el art. 158.3 del CC confiere al juez para que a instancia de parte o de oficio, adopte las medidas necesarias para la protección del menor en cualquier procedimiento, incluso de jurisdicción voluntaria⁶²⁷.

La Instrucción nº 11/2007 de 12 de septiembre de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el “Protocolo de Actuación Policial con Menores”, distingue claramente las actuaciones a realizar cuando se trata de menores infractores de un ilícito penal, de menores no infractores. Respecto a los menores no infractores, en ningún momento se menciona el término detención remitiéndose a la aplicación de la Ley de Seguridad Ciudadana. Pero es que además cuando se refiere al presunto MENA y a las actuaciones a realizar para la determinación de su edad, tampoco se hace alusión alguna a que éstos deban ser detenidos en tanto se practican las diligencias necesarias para la determinación de su edad. Pero sí se hace referencia a la necesidad de obtener la reseña dactilar del mismo⁶²⁸.

⁶²⁷ En otro orden de cosas, la posibilidad que esta autora apunta referida al internamiento de los menores en un centro de educación especial, está actualmente regulado expresamente en el Capítulo IV de la LOPJM.

⁶²⁸ 8.2. Actuación con menores extranjeros no acompañados. 8.2.1. Cuando se localice a un menor extranjero no acompañado deberá ser presentado en las dependencias del Cuerpo Nacional de Policía, donde los funcionarios de Extranjería y Documentación procederán de la siguiente forma: c) Se obtendrá la reseña dactilar y fotográfica del menor, y se consultará el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

La actualización del Protocolo anterior realizada por la Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad tampoco hace referencia alguna a la detención del MENA cuando se ha de determinar su edad, y sin embargo hace referencia a la necesidad de obtener su reseña⁶²⁹.

Que se haya debatido sobre la posible situación personal de detención de los MENA tiene su razón de ser en dos sentidos. El primero está íntimamente ligado a la obtención de la reseña, y el segundo y quizás más importante en el plano de las garantías.

Si justificamos que la situación personal del presunto menor es la detención, entonces también quedaría explicada la necesidad de reseña, que venía establecida en las disposiciones que regulaban desde el año 2001 el Registro de Menores Extranjeros y al que nos referiremos más adelante. La figura de la reseña está íntimamente ligada con la detención de una persona sobre la que existen indicios de haber cometido un hecho delictivo, y por lo tanto es un concepto que contiene una carga negativa y que nos remite al poder represor del Estado. Así ninguna persona que es llevada a comisaría a efectos de identificación, y que no es detenida será reseñada. Tampoco los menores que hayan sido encontrados en situación de riesgo o desamparo son reseñados. Por este motivo, si la reseña era necesaria para poder incorporar los datos del presunto menor al Registro, la consecuencia lógica debía ser que mientras se encontraba a disposición de la policía, estaba detenido.

Pero como adelantamos también la consideración de que el menor está detenido en tanto que se le presta la asistencia necesaria, está ligado a las garantías fundamentales que deben ser respetadas respecto de la persona detenida. De esta forma, si consideráramos que el MENA estaba detenido, sí

⁶²⁹ “b. Se obtendrá la reseña del menor que, inexcusablemente comprenderá la impresión decadactilar y la fotografía del menor. En el caso de que la reseña hubiera sido practicada por un Cuerpo de Policía Autonómica, el Ministerio Fiscal velará para que sea remitida con carácter urgente a las correspondientes Unidades de Extranjería y Fronteras de la Policía Nacional. c. La Brigada de Extranjería y Fronteras dará traslado de la reseña a la correspondiente Unidad de Policía Científica de la Policía Nacional a fin de que se compruebe si el menor se encuentra reseñado, expidiendo certificación negativa en el supuesto de que no figure previamente identificado”.

tendría reconocidas expresamente todas las garantías y derechos que se atribuyen a una persona privada de libertad, en tanto que si no lo consideramos detenido, en la práctica el MENA carece de libertad ambulatoria y además no se le reconocían los derechos de la persona que se encontraba en esa situación.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, hoy no podemos mantener que la situación personal del presunto MENA en tanto se le presta la asistencia inmediata que tiene por objeto su protección y se determina la edad sea la de detención, pues ello iría en contra del interés superior del menor y del concepto mismo de protección. Por lo tanto no compartimos los argumentos dados por Madrigal Martínez-Pereda, ni mucho menos los aportados por Ruiz Legazpi, que se fundamentan en el interés único del Estado a la no fuga del presunto menor y por lo tanto al control de la persona más que a la protección que se le debe de otorgar. Entendemos que el concepto de reseña debe superar la carga negativa que lo asocia a la comisión de delitos, y que se debe de integrar dentro de un sistema normal que permita facilitar la identificación de las personas. Es más, la propia normativa de asilo comunitaria ha permitido la creación del registro llamado EURODAC, que pivota en las reseñas y huellas de los solicitantes de asilo o protección internacional mayores de 16 años, a fin de poder identificar a los mismos y evitar duplicidades de solicitudes, así como para poder aplicar correctamente las llamadas “Reglas de Dublín”⁶³⁰.

3.4.2. El Registro de MENA y las reseñas.

El Registro de MENA, es una herramienta jurídica que tiene una triple función: comprobar si quien dice ser menor ya ha sido sometido al procedimiento de determinación de la edad, y evitar así la reiteración de pruebas médicas, recoger todos aquellos datos que afecten al mismo y que a la postre contribuyen a su protección, y por último lugar efectos estadísticos pues nos podrá mostrar

⁶³⁰ Recientemente la Ley italiana C.1658 que regula de manera integral todos los aspectos afectantes a los MENA, recoge ya en el art. 6 referido que la necesidad de la reseña, a los efectos del registro EURODAC. La ley aún no ha sido publicada, pero la propuesta Zampa como así se llama puede ser consultada en el siguiente enlace de descarga: <http://www.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0014820.pdf>

exactamente cuántos MENA existen en España⁶³¹.

El Comité de los Derechos del Niño recomendó a España que se previera dicho Registro. En las Observaciones Finales de 3 de noviembre de 2010 (CRC/C/ESP/CO/3-4) se dispuso lo siguiente: “18. De conformidad con las recomendaciones anteriores (CRC/C/15/Add.185), el Comité recomienda al Estado parte que refuerce su mecanismo de reunión y análisis sistemático de datos desglosados, entre otras cosas, por edad, sexo y origen étnico, de todas las personas menores de 18 años y respecto de todos los ámbitos incluidos en la Convención, haciendo especial hincapié en los niños romaníes, los migrantes, los extranjeros no acompañados y los pertenecientes a hogares desfavorecidos desde el punto de vista económico y social.” Y posteriormente añade: “59. El Comité toma nota de las medidas adoptadas por el Estado parte, como la creación de un registro de niños extranjeros no acompañados en la Dirección General de la Policía (véase el Real Decreto Nº 2393/2004, de 30 de diciembre)”.

No obstante, la creación del Registro en 2001⁶³² no implicó un adecuado

⁶³¹ En el Capítulo I de esta investigación hicimos referencia a la importancia de la cuantificación del fenómeno con el objeto de poder realizar las políticas adecuadas y gestionar recursos. Además la necesidad de estos registros han sido puestas de manifiesto por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 6, y también en el Plan de Acción de la UE. No obstante, hemos de poner de relieve que para una correcta utilización del Registro de MENA, será necesario aplicar un concepto único de MENA, pues de lo contrario, la imagen que de éste se pretende obtener no sería fiel al fenómeno. A ello nos hemos referido en el Capítulo II de este trabajo cuando hemos analizado el concepto de MENA y hemos comprobado como se incluyen menores comunitarios. A pesar de que es un Registro para menores extranjeros, hay que hacer una salvedad, pues en puridad, también es un registro de mayores, por cuanto ingresarán en el mismo los presuntos MENA de forma que una vez realizadas las pruebas, se determinará quien es mayor y quien es menor, pero en el caso de los mayores, su identificación quedará dentro del registro y no será borrada o anulada.

⁶³² La LO 4/2000 no hizo ninguna mención a la exigencia de un Registro de MENA en el escueto art. 32. La modificación meses después de la Ley a través de la LO 8/2000, recogió en el art. 35.5 la necesidad de que *“los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptaran las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado”*. Se configuraba así el precario embrión de un registro que no era nominado como tal, sino como una “medida técnica” y con un único fin: conocer si el menor extranjero indocumentado estaba ya tutelado por alguna institución pública o extranjera. Además el objeto del registro eran los menores extranjeros indocumentados, lo cual impedía que un menor extranjero documentado aunque estuviera no acompañado no accediera a esa base de datos. Claramente la ausencia de un concepto jurídico de MENA planeaba sobre el sistema. El RD 864/2001 de 20 de julio creó en el art. 60.2 el Registro que estaría alojado en la Dirección General de la Policía. El RD 2393/2004, mantendría su existencia en el art. 111, modificando únicamente la terminología a menores extranjeros no acompañados.

funcionamiento del mismo, y así se puede comprobar en la Memoria de la FGE del año 2010 (ejercicio de 2009)⁶³³ y en la Memoria de la FGE del año 2012 (ejercicio 2011)⁶³⁴.

Es el RD 577/2011 el que reformula el contenido del Registro en el art. 215. Se incluyen así muchos más datos a inscribir haciendo específica mención al Decreto del Fiscal (con su total identificación), pero también a todas las circunstancias que son relevantes jurídicamente para el MENA, en la que se

⁶³³ Memoria de la FGE 2010. Pp. 865-866: “Instrumento fundamental de aplicación del sistema ideado por el artículo 35 LOEX lo constituye sin duda el buen funcionamiento del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados... Sin embargo, su funcionamiento no es igualmente valorado por los FDE. Así mientras algunos le atribuyen una buena eficacia (Valladolid, Palencia, Vizcaya, Zaragoza), otros llegan a afirmar que no tienen constancia de que dicho Registro sea utilizado o funcione en su provincia (Avila).” Las disfunciones venían por la propia reseña del menor a través de las huellas que debían ser introducidas por el SAID, la imposibilidad de consultar el Registro en horas “no laborables” o en fines de semana, así como la falta de inscripción de uno de los elementos fundamentales para el objetivo del mismo: el Decreto del Fiscal identificando no solo la edad, sino lo que es más importante a los efectos de consulta: en qué Fiscalía y en qué procedimiento (identificando el número de expediente, provincia y nombre del Fiscal) se había realizado la determinación de la edad. Los problemas y disfunciones del Registro también fueron puestos de manifiesto en las Conclusiones del encuentro de Fiscales especialistas en Menores y Extranjería celebrada el 20 de abril de 2010. La conclusión 6, comienza con la categórica afirmación que “se constata el defectuoso funcionamiento del Registro de MENA, y la consiguiente necesidad de arbitrar los medios para que tales deficiencias sean superadas”. A continuación se van dando determinadas instrucciones para mejorar el funcionamiento: “Dentro de los problemas detectados se comprueba que en algunos lugares existen limitaciones horarias para consultar el Registro. Se deben establecer vías de colaboración entre Policía Nacional, Guardia Civil y Policías Autonómicas a fin de que todos puedan tener acceso al Registro único. La Policía Nacional debe compartir con las Policías Autonómicas la información sobre MENA. Es imprescindible que se registren los datos establecidos en el art. 111 REX, en especial la reseña decadactilar y la fotografía. Todo MENA debe tener su correspondiente asiento en el Registro, incluso cuando por ser indubitadamente menor de edad no se practican las pruebas por la vía prevista en el art. 35 LEX. Los Fiscales no autorizarán la práctica de pruebas ni determinarán la edad antes de conocer el resultado de la consulta al Registro. La Policía deberá siempre comunicar al Fiscal el resultado de la consulta al Registro. Las Diligencias de determinación de la edad de Fiscalía no deberán cerrarse sin constatar que se ha practicado el correspondiente asiento en el Registro, tras la recepción del acuse de recibo. En los casos en que se dicte nuevo decreto de determinación de la edad habrá de modificarse el asiento registral, debiendo el Fiscal a tales efectos oficiar al Registro. Al amparo del último inciso del art. 111.1.g) del REX que prevé la anotación en el Registro de “cualesquiera otros datos de relevancia a los citados efectos de identificación”, debe anotarse en el Registro la existencia del decreto del Fiscal de determinación de la edad.” Disponible en el siguiente enlace de

descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado!/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsqozNDBwtjNycnDx8jAwszIAK!pEVuPtYuBk4unsGO5l6eBhbBjkQp98AB3A0IKQ_XD8KVYm_h68R0AWGvqEmli7GBu6G6Aq_wOBGsAI8bCnJDlwwyPRUByaZ9lg!!/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/

⁶³⁴ Memoria de la FGE año 2012. P.870. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado!/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsqozNDBwtjNycnDx8jAwszIAK!pEVuPtYuBk4unsGO5l6eBhbBjkQp98AB3A0IKQ_XD8KVYm_h68R0AWGvqEmli7GBu6G6Aq_wOBGsAI8bCnJDlwwyPRUByaZ9lg!!/dl5/d5/L2dJQSEvUUt3QS80SmIFL1o2X0IBSEExSVMwSj_hSMzYwQTgyRkJCSEwyMDg2/?selAnio=2012

incluye la reseña policial⁶³⁵. En 2012, la FGE dictó la Instrucción 1/2012 sobre la Coordinación del Registro de Menores Extranjeros no Acompañados con el objeto de solventar las disfunciones que habían sido ya puestas de relieve⁶³⁶. El Protocolo de MENA, vino a reforzar la necesidad del buen funcionamiento del Registro y fijó como uno de sus objetivos “*el adecuado funcionamiento del Registro de MENA, de acuerdo con el artículo 215 REX, toda vez que no solo constituye uno de los instrumentos más eficaces de la protección del interés superior del menor extranjero, sino también porque será la única fuente de información fidedigna y completa que logre la comprensión del fenómeno migratorio de los niños, base imprescindible para adoptar cualquier iniciativa normativa o administrativa en el sentido que propugna el “Plan de Acción de la Unión Europea sobre MENA” (años 2010 – 2014) adoptado el 6 de mayo de 2010*”.

⁶³⁵ Artículo 215. Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. 1. En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor. El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los siguientes datos referentes a la identificación de los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal: a) Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia. b) Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor. c) Su impresión dactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos. d) Fotografía. e) Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto. f) Centro de acogida o lugar de residencia. g) Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle. h) Traslados del menor entre Comunidades Autónomas. i) Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata. j) Fecha de solicitud de la autorización de residencia. k) Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia. l) Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. 2. Los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a través de las Oficinas de Extranjería, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el apartado anterior. 3. Para garantizar la exactitud e integridad del Registro, el Ministerio Fiscal podrá requerir a los Servicios Públicos de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías autonómicas, Policías locales, Instituciones Sanitarias y a cualquier otra entidad pública o privada, la remisión de cuantos datos obren en su poder sobre menores extranjeros no acompañados. Dichos datos serán remitidos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para la actualización del Registro.

⁶³⁶ Instrucción 1/2012 FGE de 29 de marzo de 2012 disponible en el siguiente enlace de descarga:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion1_2012.pdf?idFile=92946be3-0ed9-43c5-95e9-cc2a5c7d34b3

El registro se encuentra alojado en la base de datos ADEXTTRA⁶³⁷ a la que tienen acceso los agentes de la Policía Nacional habilitados para su gestión, tanto de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Policía Científica (si bien estos últimos de forma limitada, pues solo podrán acceder al campo de la reseña). También tienen acceso al mismo las personas habilitadas de las Subdelegaciones del Gobierno y los Miembros del Ministerio Fiscal, autoridad que en último término tiene encomendada la coordinación del Registro, pues no en vano es el órgano que decide sobre la determinación de la edad.

3.4.3. La cooperación internacional a través del intercambio de información como medio de prueba.

Como ya hemos explicado, antes de proceder a autorizar cualquier diligencia encaminada a la determinación de la edad del presunto menor, se debe de consultar el Registro. Esta consulta es imprescindible para evitar que se realicen pruebas médicas invasivas a personas que ya han sido sometidas a las mismas. Los datos del presunto menor, entre los que se incluye la reseña son incluidos en el Registro como primera actuación en el procedimiento de determinación de la edad.

Pues bien, debemos preguntarnos hasta qué punto la cooperación internacional y concretamente la cooperación policial a través del intercambio de información puede ser un medio apto para la determinación de la edad. Hoy en día el intercambio de información amparado en disposiciones legales es habitual

⁶³⁷ ADEXTTRA es una base de datos gestionada por el Cuerpo Nacional de Policía, que no solo alberga el Registro de MENA, sino también a todos los registros que afectan a la materia de extranjería (trámites de residencia, protección internacional y apátridas, gestión de tarjetas, expedición de documentos de viaje, expulsiones, devoluciones, gestiones de CIE, gestión de inadmisión y entradas de frontera, periodo de reflexión del art. 59 bis LOEX). El Registro es gestionado directamente por las Brigadas Provinciales de Extranjería, y en el caso de que el MENA fuera trasladado a otra provincia, dicha circunstancia habrá que ponerla en conocimiento de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, que autorizará entonces las modificaciones respecto a ese MENA por otra Brigada Provincial. Si apareciera una documentación que permitiera la correcta identificación del MENA, y éste contuviera un nombre distinto al que primeramente se introdujo en el Registro, será necesario realizar una nueva reseña completa con el nuevo nombre.

no solo como lucha de la criminalidad, sino también en aras a la búsqueda de personas desaparecidas. Como quiera que el Registro de MENA se encuentra incardinado en la base de datos ADEXTTRA del CNP, las informaciones en él contenidas referidas a las reseñas, podrían ser de utilidad para la determinación de la edad, evitando así la práctica de pruebas médicas invasivas.

Las críticas podrían venir por esa posible transmisión de datos personales contenidos en un registro público español a otras autoridades, y concretamente a autoridades policiales de otro país. Debemos pues justificar esta posibilidad, puesto que no siempre y en todo caso se podrá utilizar esta vía, ya que habrá que extremar el celo respecto de los datos de presuntos MENA que hayan solicitado asilo o protección internacional, o incluso se pueda sospechar de manera fundada que puedan ser solicitantes de asilo o protección internacional, para lo cual es fundamental que antes de acudir a esta vía el presunto menor se escuchado por personas con la debida formación.

La cooperación judicial internacional de España con los países del Magreb, ya ha sido puesta de manifiesto en el Capítulo dedicado a la eficacia jurídica de los documentos públicos extranjeros. A ella debemos de añadir la cooperación policial de España con esos mismos países, que si bien menos desarrollada, sí existe al menos con el Reino de Marruecos. La cooperación policial con Marruecos se encuentra regulada en el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza de 16 de noviembre de 2010⁶³⁸. No hay que olvidar que Marruecos es uno de los países de donde proceden gran número de inmigrantes a España, incluidos los menores. En virtud de ese convenio han sido nombrados varios comisarios de enlace de Marruecos en España, y otros tanto de España en Marruecos. Los policías de enlace marroquíes, colaboran con la policía y las autoridades judiciales españolas en materia de identificación de personas a través de las bases de datos de la Dirección General de la Seguridad Nacional Marroquí, que tiene acceso a las reseñas de los ciudadanos marroquíes obtenidas cuando éstos son documentados a través de sus cartas

⁶³⁸ BOE núm 116 de 15 de mayo de 2012.

de identidad⁶³⁹. De acuerdo al objeto del convenio (art. 3), los Centros de Cooperación Policial *“tendrán por misión el desarrollo de la cooperación transfronteriza en materia policial, para prevenir y coordinar la lucha contra el terrorismo y la criminalidad transfronteriza, en particular el crimen organizado, el tráfico de drogas y de armas, la inmigración irregular y la trata de seres humanos”*. Haciéndose expresa referencia como ámbito de actividad *“a) la recogida e intercambio de información, respetando las legislaciones relativas a la protección de datos en cada Estado parte”*.

Por lo tanto, podemos concluir que los instrumentos de cooperación policial podrían ser una buena solución para identificar completamente a los menores, así como para evitar la práctica de pruebas médicas, tal y como recomiendan los organismos internacionales.

3.5. LAS PRUEBAS MÉDICAS COMO MÉTODOS PARA DETERMINAR LA EDAD.

Cuando no es posible determinar la edad de una persona acudiendo a los medios anteriores, documentación o cooperación policial, será necesario acudir a métodos médicos o científicos. Existen múltiples discusiones respecto a cuál es el más idóneo, precisamente porque no existe ninguno exacto y porque todos tienen amplios márgenes de error. Así se pronuncia Garamendi González (2012)⁶⁴⁰ *“ésta es una de las cuestiones clave en la interpretación médico legal de la estimación de la edad: los resultados de estimación de la edad cronológica obtenidos por análisis de parámetros de edad biológica nunca ofrecen resultados exactos sino meras estimaciones probabilísticas de edad cronológica. En el mejor de los casos, esta aproximación probabilística puede ser medida y cuando*

⁶³⁹ Según la legislación marroquí, todos los ciudadanos marroquíes mayores de 18 años deben obtener la carta de identidad nacional. Pero también se recoge la posibilidad de que las personas menores de 18 años puedan solicitar la carta de identidad por motivos escolares o por razones de matrimonio. (Art. 1 de la ley 35.06), según la página web del ministerio del interior marroquí consultada el día 25 de agosto de 2017: www.service-public.ma

⁶⁴⁰ Defensor del Pueblo. 2012. *«¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.» Op. Cit. P.38.*

se dispone de estudios de población de referencia aceptables puede llegar a medirse la probabilidad de acierto o de error de estimación, pero nunca se puede dar una estimación de edad como resultado de certeza absoluta”.

En este epígrafe y sin ánimo de hacer un análisis científico - médico pues no es este el objeto de esta investigación, se enumerarán los métodos médicos existentes, sus características, sus ventajas y desventajas. Pero antes de entrar en su estudio debemos hacer dos consideraciones previas: la relativa a la cuestión ética de las pruebas practicadas por médicos y que no tienen una finalidad curativa o preventiva, y la relativa a la llamada concepción holística del procedimiento.

En relación a la primera de las cuestiones hay que partir del hecho de que los profesionales médicos prestarán sus servicios para la administración para practicar pruebas de carácter invasivo, que carecen de un fin puramente curativo o preventivo de enfermedades, destinando sus diagnósticos a procedimientos que producirán importantes consecuencias jurídicas⁶⁴¹. Por este motivo estos profesionales han planteado la llamada cuestión ética en su actuación, tanto en relación a los métodos invasivos, como al uso de los resultados médicos que además no son exactos. Respecto a la utilización de medios invasivos, el Royal College of Radiologist de Londres, consideró en 2003⁶⁴² que era inapropiado usar exámenes radiológicos con el propósito de determinar la edad. Frente a esta afirmación se puede mantener que la exposición a la radiación para la determinación de la edad es mínima, aunque siguen existiendo reticencias y consideraciones éticas a su aplicación a niños. En este sentido la Directiva 97/43/EUROATOM de 30 de junio de 1997⁶⁴³ relativa a la protección de la salud frente a los riesgos derivados de las radiaciones ionizantes en exposiciones

⁶⁴¹ En este sentido se pronuncia Feltz, Vivien. 2015. «Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood». Médecins du monde International Network, Paris, quien pone de manifiesto que “los médicos pertenecientes a la organización Médicos del Mundo, se oponen al uso de los métodos médicos puesto que son usados con un fin puramente de control de la inmigración. Estos métodos son usados como herramienta para regular los flujos migratorios, más que como una herramienta para promover un trato justo en particular a los menores vulnerables” (P.4).

⁶⁴² Smith, Terry, y Brownlees, Laura. 2011. «Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography.» Discussion Paper, UNICEF, Nueva York, 7-42. P.27

⁶⁴³ Diario Oficial n° L 180 de 09/07/1997.

médicas dispone que la mayor fuente de exposición a radiaciones ionizantes de los ciudadanos de la Unión Europea la constituyen las pruebas médicas. El artículo 3 advierte de las especiales atenciones que deben ser dadas para justificar la exposición a la radiación cuando no está directamente relacionada con los beneficios de la salud individual, y si esa justificación no puede darse, la radiación deberá prohibirse. El artículo 9 hace referencia a las especiales consideraciones que hay que tener con los niños, para los cuales se tendrán que usar equipos auxiliares y radiológicos adecuados. Esta Directiva fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el RD 1976/1999 de 23 de diciembre, por el que se establecen los criterios de calidad en radiodiagnóstico⁶⁴⁴.

La segunda de las cuestiones, está íntimamente ligada a los márgenes de error, que Garamendi González (2012)⁶⁴⁵ ha denominado el “error éticamente inaceptable”. Como analizaremos las pruebas médicas, están sujetas a márgenes de error, pero consideramos que este planteamiento no puede ser una justificación suficiente para evitar por sí misma la práctica de las pruebas médicas a través del uso de la radiología, pues las mismas pruebas, sujetas a otros márgenes de error, son usadas con fines curativos y también preventivos, dentro del ámbito sanitario, y no por ello se justifica su no práctica.

Centrémonos ahora en la llamada “concepción o metodología holística del procedimiento”. Debemos de partir de la conclusión a la que los organismos internacionales y el Defensor del Pueblo español en su informe de 2012⁶⁴⁶, han mantenido: no podrá fundamentarse la determinación de la edad, en una sola prueba⁶⁴⁷. Hay que tender a una “metodología holística”⁶⁴⁸. La metodología

⁶⁴⁴ BOE núm 311 de 29 de diciembre. El art. 4 regula los procedimientos para las exploraciones con rayos X, señalando las garantías de calidad y protocolos escritos para cada tipo de práctica radiológica de manera que pueda optimizarse la dosis absorbida recibida por los pacientes en relación con la obtención de la información diagnóstica requerida.

⁶⁴⁵ Defensor del Pueblo. 2012. «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.» *Op. cit.*

⁶⁴⁶ Defensor del Pueblo. 2012. «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.» *Op. cit.*

⁶⁴⁷ No hay que olvidar, que la declaración del presunto menor también podrá ser valorada como medio de prueba, además de constituir la ejecución de un derecho de éste.

⁶⁴⁸ Defensor del Pueblo. 2012. «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.» *Op. cit.* P 73 y European Asylum Support Office. 2013. «Age assessment practice in Europe.» *Op. cit.* P 24.

holística responde a la propia naturaleza inexacta de los métodos usados de forma individual, así como a la aplicación del mecanismo del beneficio de la duda y del derecho del interés superior del menor. Respecto a la utilización de métodos médicos, también existirá una prelación en orden a su realización, desde los menos invasivos hasta los más complejos solo para los casos en que persista la duda y existan otros métodos que puedan ser usados. Para la EASO⁶⁴⁹ todo proceso de determinación de la edad, debería usar métodos cuyo objetivo sea mejorar la precisión general de la evaluación teniendo en cuenta una serie de factores y evidencias, que podrían incluir elementos físicos, psicológicos, de desarrollo, medioambientales y culturales.

No existe un marco legal internacional que fije cuáles son los métodos que han de ser usados por lo que la determinación de la edad queda a las eventualidades que decidan las legislaciones internas de cada Estado⁶⁵⁰. Ni

⁶⁴⁹ European Asylum Support Office. 2013. «Age assessment practice in Europe.» Brussels. *Op. Cit.*

⁶⁵⁰ Por su importancia en la materia, debemos referirnos al sistema seguido en el Reino Unido, fruto de la sentencia dictada por el Juez Stanley Burton en el caso R&B v London Borough of Merton (2003) EWHC 1689 (Admin) (2003) 4 All ER 280 (sentencia disponible en el siguiente enlace de descarga (en inglés) visitado el día 28 de febrero de 2017: http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/UK_060%20Judgment.pdf) así como a la sentencia del Juez Jackson en el caso R(T) v London Borough of Enfield (sentencia disponible en el siguiente enlace de descarga (en inglés) visitado el día 28 de febrero de 2017: <http://www.independentageassessment.co.uk/caselaw/C%20v%20Enfield%202004.pdf>). Ambas resoluciones judiciales, pero sobre todo la primera, establecen unas guías a las que deben atenerse los funcionarios locales, que en el Reino Unido, son los competentes para la determinación de la edad; para la realización de su función. Claramente siguen un sistema holístico a través de los criterios establecidos por el Juez, evitando las pruebas invasivas. Los criterios se basan fundamentalmente en la entrevista con el presunto menor, pero lógicamente, también se analizarán los documentos que éste presenta como medios de prueba. En este sentido los certificados de nacimiento no son aceptados de manera automática pues como establece el informe *When is a child not a child* de la ILPA (*Op Cit*) P.117, éstos pueden ser falsos (en el mismo sentido ya nos hemos pronunciado con las guías dadas por el Gobierno del Reino Unido a los Agentes de aduanas) y exigen un mayor examen. Podemos resumir los criterios de Merton en los siguientes: 1. La apariencia física y el comportamiento no puede aislarse de lo que manifiesta el presunto menor. La apariencia, el comportamiento y la credibilidad del testimonio deben ser tenidos en cuenta en consuno y de forma global, pues cada uno de estos aspectos se reflejan en el otro. (párrafo.28) 2. La evaluación de la edad en casos límite es una cuestión difícil, pero no es compleja. No lo es una cuestión que deba ser judicializada y éste debe ser evitado. Es un asunto que puede determinarse de manera informal, pero que debe de respetar las garantías de las normas mínimas de investigación y de equidad. (párrafo 36). 3. El órgano decisor no puede determinar la edad únicamente sobre la base de la apariencia de la persona. Se debe de tratar de obtener los antecedentes generales del presunto menor, incluidas las circunstancias familiares, historia personal, antecedentes educativos y las actividades que ha realizado en sus años de vida. La información étnica y cultural también puede ser importante. Si existen dudas sobre la edad sobre la declaración del presunto menor habrá que realizar preguntas tendentes a probar la credibilidad de su testimonio. (párrafo 37) 4. La

siquiera la UE ha fijado un criterio común en la materia a pesar de los desvelos que en los últimos años han generado la llegada de MENAS. A este respecto y según la EASO, de los países que este organismo ha estudiado⁶⁵¹, 27 utilizan al menos tres métodos diferentes para la determinación de la edad, 23 combinan métodos médicos y no médicos. Seguiremos en nuestra exposición el completo estudio realizado por EASO⁶⁵².

1. La observación dental.

Este método consiste en la simple observación de la dentadura sin intervención de la utilización de Rayos X. Debe ser realizado por un dentista especializado en el desarrollo del conjunto de etapas de la erupción dental establecidas con valores de referencia. Este método no es usado por ninguno de los países estudiados por la EASO como método único y generalmente va acompañado de un estudio radiológico de la cavidad bucal y al que haremos referencia más adelante. Solo Alemania y Austria han establecido una serie de guías de actuación para su utilización. Como método posee más desventajas que ventajas, puesto que a simple vista y haciendo las comparaciones que se

autoridad local debe hacer su evaluación sobre el material disponible y obtenido por ella. No debe de existir una predisposición previa que se “divorcie” de la información obtenida. (párrafo 38). 5. El departamento de servicios sociales de una autoridad local no puede simplemente adoptar una decisión del Ministerio del Interior. La autoridad local debe decidir si estamos ante un menor necesitado de protección (párrafo 39). 6. Una autoridad local está obligada a ofrecer las razones de su decisión. (párrafo 45). 7. En el presente caso no fue necesario obtener un informe médico pues no habría sido útil. (párrafo.51). 8. Si es necesario un intérprete será necesario que éste esté presente en la entrevista (párrafo 52). 9. El órgano decisor deberá explicar al presunto menor el propósito de la entrevista. (párrafo.55). Vemos por lo tanto como los métodos médicos son utilizados en última instancia, siendo siempre preferente un informe pediátrico y en segundo lugar las pruebas dentales y las que utilizan los Rayos X; conforme a las guías establecidas por el Royal College of Paediatricians (“The health of refugee children: guidelines for paediatricians” Capítulo 5.6. Noviembre. 1999) (Disponible en el siguiente enlace de descarga visitado el 28 de febrero de 2017: http://www.rcpch.ac.uk/system/files/protected/news/refugee_1.pdf). En otros países estudiados, como Italia, Alemania, Grecia, Países Bajos o Francia, junto a la entrevista del presunto menor son usados métodos científicos y médicos acompañados por un informe de los forenses. Los métodos científicos más utilizados son los que usan los Rayos X: la radiografía de la dentadura y la radiografía del carpo informado conforme al Atlas de Greulich & Pyle (Separated Children in Europe Programme. (SCEP). 2011 y European Asylum Support Office 2013. Pp. 88-89; y European Migration Network (EMN). 2015. «Policies, practices and data on unaccompanied minors in the EU Member States and Norway.» European Commission.

⁶⁵¹ Todos los Estados Miembros de la UE, y Noruega, Suiza, Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos.

⁶⁵² European Asylum Support Office. 2013. «Age assessment practice in Europe» Brussels. *Op. Cit.*

hubieran establecido hay un elevado margen de error. Además el único diente que puede usarse como indicador para determinar si alguien es adulto es el tercer molar, que puede aparecer o no aparecer entre los 15 y los 23 años.

2. El examen pediátrico.

Este examen incluye una anamnesis consistente en determinar la altura, el peso y otros parámetros e índices físicos que deben compararse con la población del lugar de donde provenga el presunto menor. Con estos datos se debería de hacer una descripción de la situación de desarrollo o maduración del individuo. Las ventajas del método radican en la propia especialización de los pediatras, habituados a observar y entender los desarrollos normales y anormales de los aspectos físicos, incluido el sexual, y psicológico de los menores. Si además el pediatra es especialista en endocrinología, también deberá observar la incidencia de las hormonas en la persona que examina y la existencia de posibles desórdenes hormonales. El pediatra podrá incorporar la entrevista con el menor. Como desventaja se evidencia la falta de incorporación de factores étnicos, raciales y socioeconómicos con los que el menor ha convivido y que pueden afectar a su desarrollo. No es un método por sí mismo convincente, porque existen pocos pediatras preparados en las características físicas de otras razas y existe una falta de rigurosos protocolos para realizar el examen.

3. El examen psicológico.

El objetivo de este examen es evaluar la maduración mental y psicológica del presunto menor. Se tendrán que examinar áreas del conocimiento y comportamiento, teniendo en cuenta la historia personal del presunto menor. En este examen es necesario y esencial la confianza entre el presunto menor y el examinador. Es un método que se puede considerar invasivo al penetrar en la historia vital de la persona pero la mayoría de los expertos no lo consideran así, y cumple con las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, pues tiene en cuenta la maduración psíquica del presunto menor. No se considera un método científicamente válido y está sometido a un gran margen de error. Desde

nuestro punto de vista, este método, podrá completar la valoración de la declaración del presunto menor.

4. El examen de la maduración sexual.

Con este método se pretende evaluar el desarrollo y madurez sexual de una persona. Se complementa con el examen físico. En los varones el examen está basado en el desarrollo del pene, de los testículos, vello púbico y axilar, crecimiento de la barba y de la nuez. En las mujeres, el examen se focaliza en el desarrollo del pecho, en el vello púbico y axilar así como en el desarrollo de las caderas. Según los expertos, los varones llegan a la maduración sexual a los 17 años en tanto que las mujeres a los 16 años. Este método también tiene importantes márgenes de error, y además requiere una invasión del examinador que puede afectar a la dignidad del examinado.

El método de maduración sexual, fue desarrollado por Tanner a principios de los años 60 del siglo pasado, teniendo en cuenta únicamente como universo muestral a la población inglesa. Tanner propuso un simple y práctico método que estudiaba los caracteres sexuales secundarios. Este estudio divide los grados de desarrollo en cinco estadios, siendo el primero el denominado preadolescente; el segundo la fase denominada pubarca, una tercera fase en la que el vello púbico y los caracteres sexuales aumentan de forma evidente su tamaño; una cuarta fase en la que se continúa con el desarrollo, sin llegar a ser adulto, y por último el desarrollo completo.

5. Los métodos médicos radiológicos. El uso de los Rayos X.

La edad de maduración del esqueleto, se determina por el desarrollo de los huesos. El desarrollo de los huesos puede ser observado a través de las técnicas de rayos X. Los huesos que pueden ser examinados con esta técnica son los del carpo (muñeca), la clavícula, los dientes y la cresta iliaca.

A. El estudio de los huesos del carpo (muñeca y mano).

Siguiendo a Garamendi González (2012)⁶⁵³ “es ésta la región anatómica más estudiadas para el diagnóstico de la edad”. Consiste en el estudio de la epífisis del carpo, esto es, la parte que une las articulaciones y que se encuentra en los extremos de los huesos largos. La epífisis se encuentra separada de la parte central del hueso y es donde se encuentra el llamado cartílago de crecimiento. “Fue Todd TW, quien en 1937 comenzó a estudiar la epífisis del carpo, a través de las radiografías que de las manos se habían realizado a una población blanca americana, publicando así el primer atlas “Atlas of Skeletal Maturation” basado en la selección de una radiografía de la mano representativa para cada edad y sexo. Este atlas fue utilizado como referencia hasta que en 1950 fue revisado por WW Greulich y SI Pyle dando lugar al Atlas que se sigue usando hoy en día de forma habitual. La serie de Greulich & Pyle se basó en una muestra total de 6879 niños sanos de origen norteamericano y de clase media alta. El método valora la edad del sujeto mediante la obtención de un valor “promedio” de edad ósea por similitud de la radiografía problema con las radiografías estándar recogidas en el Atlas y, desde ellas se hacen estimaciones de normalidad basadas en horquillas de resultados mediante valores de desviación estándar. (...) Durante la Segunda Guerra Mundial, el método fue revisado por Roy Acheson, hasta que finalmente quedó refinado por Tanner y Whitehouse en 1983. El estudio de cada mano ofrece con éste método una puntuación total que puede ser procesada para proporcionar un grado de madurez general que se ha de comparar con tablas y distribuciones de resultados por edades y sexos basados en distribuciones por percentiles. Existe por lo tanto dos grandes tipos de métodos destinados al estudio de la edad ósea en el carpo los métodos de atlas de Greulich & Pyle que es la principal referencia internacional y los métodos numéricos de las tres ediciones de Tanner & Whitehouse”.

Como ventajas de este método de estudio de los huesos del carpo señalamos las siguientes: es un método científico con un margen de error que puede mitigarse; es un método objetivo; es realizado por personal especializado

⁶⁵³ Garamendi González, Pedro Manuel. 2012. «La perspectiva médica.» *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*. Madrid: Defensor del Pueblo. 35-72.

de acuerdo a protocolos y guías de ejecución. Como desventajas se consideran las siguientes: tanto el atlas de Greulich and Pyle como el método numérico de Tanner y Whitehouse deben considerar el error que producen factores, raciales, socioeconómicos, nutricionales, higiénico sanitarios siendo este margen de error de +/- 2 años; no necesariamente debe existir una total correlación entre la edad cronológica y la edad biológica del examinado; se usan radiaciones para una finalidad no médica y por eso es considerado como un método invasivo.

El estudio de la EASO, ha determinado además que el Atlas realizado en los años 30 ha quedado obsoleto incluso para los menores blancos caucásicos americanos para los que se previó. Tal y como ha manifestado The Royal College of Paediatrics an Child Health, el esqueleto de un varón de hoy está totalmente desarrollado a los 16 o 17 años y los de una mujer a los 15 ó 16 años. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Atlas de Greulich and Pyle también ha tenido distintas ediciones que tienen este factor en consideración. Por otra parte en algunos estados, como se usa la técnica de rayos x para un fin puramente administrativo y no médico, el método se considera ilegal.

Conforme mantiene Smith y Brownlees (2011)⁶⁵⁴ el atlas de Greulich & Pyle ha sido criticado por algunos autores respecto a su aplicación a determinados grupos étnicos. Mencionan así a Ontell y otros quienes en 1997 concluyeron que “el uso de los estándares de Greulich & Pyle para determinar la edad ósea tiene que ser realizado con reservas, particularmente a la población negra y a las chicas hispanas, así como a los asiáticos y a los chicos hispanos en la última fase de lo que se denomina infancia y comienzo de la adolescencia”. También mencionan a Mora y otros en 2001 para quienes “se necesitan incorporar nuevos estándares para formular decisiones clínicas que con mayor fiabilidad en la edad ósea y que representen una población pediátrica multiétnica”. “No obstante, y a pesar de que el factor étnico ha sido estudiado como un elemento importante a tener en cuenta, en otros estudios como el de Schmeling y otros en el año 2000, se ha discutido la relevancia étnica en la edad ósea. Así además las importantes asociaciones alemanas de Odontología y

⁶⁵⁴ Smith, Terry, y Brownlees, Laura. 2011. «Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography.» *Op Cit.*

Estomatología forense, la Sociedad Alemana de dentistas y la Sociedad Alemana de Medicina Forense en su estudio del año 2000 concluyeron que la maduración ósea es independiente del origen étnico”.

Sí existe unanimidad en fijar que los factores nutricionales y socioeconómicos sí se identifican como elementos que pueden influir en la edad cronológica que se determina utilizando cualquier test de crecimiento óseo.

B. Estudio de los huesos de la clavícula.

Este método estudia la fusión de los huesos de la clavícula. Para considerar que una persona es adulta, los huesos de la clavícula deben estar fusionados, se distinguen así en función del grado de unión o fusión cuatro estadios de desarrollo⁶⁵⁵. Así si la fusión es completa y la cicatriz que aparece como consecuencia, es visible en el caso de una mujer ésta podrá tener al menos 20 años, y en el caso de los hombres al menos 21 años. La total unión y la invisibilidad de la cicatriz se evidencian en todos los seres humanos, hombres y mujeres a la edad de 26 años como pronto. Para Garamendi González (2012)⁶⁵⁶ “en la actualidad el método recomendado para la cuantificación de los cambios de osificación en la clavícula es el método de Schmeling que cuantifica los cambios de fusión epifisaria de la epífisis proximal de la clavícula... Existen tablas de referencia para población europea tanto basadas en métodos radiográficos como en estudios de TAC. En los distintos estudios publicados se ha puesto de manifiesto que haber alcanzado un estadio 4 de fusión (fusión completa con cicatriz epifisaria) es indicativo de una edad cronológica superior a 19 ó 20 años en distintas series en sujetos de ambos sexos (Schmeling y otros 2004 y Kellinghaus y otros en 2010)”.

Como ventajas del método se mantienen las siguientes: se realiza por expertos en la materia que siguen un protocolo, guías prácticas y directivas

⁶⁵⁵ Las últimas investigaciones además han dividido el último estadio en dos subestadios más; según refiere el estudio de EASO, basado en la obra de Schmeling y otros “Studies on the time frame for ossification of the medial clavicular epiphyseal cartilage in conventional radiography” en *International Journal of Legal Medicine*, 2004, Vol.118(1), pp. 5-8.

⁶⁵⁶ Garamendi González, Pedro Manuel. 2012. «La perspectiva médica.» *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. Op cit.*

establecidas; es un método científico con un claro margen de error, que se sitúa en un 2,5% de las probabilidades de que un menor sea considerado como un adulto; es posible aplicar el método a grupos étnicos que hayan sido estudiados. Las desventajas son las mismas que para cualquier otro método médico que implique el uso de radiaciones ionizantes, consideradas invasivas para la salud. Pero la principal desventaja es que si bien es un buen método para determinar las edades por encima de los 21 años, existen más problemas y más márgenes de error para determinar las edades por debajo de los 18 años.

C. Estudio de la dentadura. La ortopantomografía.

El desarrollo esquelético se mide a través de los cambios secuenciales en la erupción y la estructura de los dientes durante el crecimiento. Según Garamendi González (2012)⁶⁵⁷ “la precisión que puede obtenerse a la hora de realizar una estimación de edad dental no es uniforme desde el nacimiento a la madurez, alcanzándose un nivel superior de precisión cuando un número elevado de dientes se encuentran en formación y el crecimiento del individuo es rápido, tal y como sucede durante los primeros años de vida. Después de los 14 años, una vez finalizada la formación de los premolares y caninos, la estimación de la edad se hace más difícil ya que la mayoría de la dentición ya ha completado su desarrollo, salvo los terceros molares, los cuales al continuar su formación se convierten en el único indicador útil”.

El método se basa en el estadio del tercer molar o muela del juicio pues muestra una amplia diferencia respecto al desarrollo de la corona y de su raíz, pero se han conseguido hacer tablas que pueden determinar la edad de una persona a partir del estudio de este tercer molar. Existen dos métodos principales de estudio: el método de Gleiser & Hunt (1955) que describe 15 estadios en el desarrollo dental, y el método de Demirjian (1973) que describe el desarrollo de la dentadura en 8 estadios⁶⁵⁸. Cada uno de estos estadios está ilustrado con una

⁶⁵⁷ Garamendi González, Pedro Manuel. 2012. «La perspectiva médica.» *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. Op cit.*

⁶⁵⁸ Cada uno de estos estadios está ilustrado con una radiografía con una detallada descripción de cada uno, explicativa de la fase del desarrollo.

radiografía con una detallada descripción de cada una, explicativa de la fase del desarrollo.

Atendiendo a lo expuesto y siguiendo siempre el informe de la EASO, las ventajas de este método son las siguientes: las curvas de maduración dental de las distintas regiones son similares; es un método que está sometido a protocolos, guías y directrices concretas; se sabe cual es el margen de error; es totalmente objetivo; es un método en el que los factores ambientales y socioeconómicos no son tan influyentes como los genéticos y sobretodo elimina los factores nutricionales. El método de Dermijian con todo, es un método que sirve tanto para niños como para niñas por igual. En las desventajas podemos enumerar las siguientes: según estudios recientes se ha demostrado que el tercer molar es un marcador imperfecto de la edad cronológica para el intervalo comprendido entre los 15 y 17 años, existiendo un porcentaje de error del 6% respecto de menores tenidos por adultos, en tanto que en el intervalo entre los 18 y 20 años el 64% ha sido declarado menor⁶⁵⁹. El método de Dermijian no fue realizado expresamente para la determinación de la edad, pero sin duda puede ser usado para ello. En otro orden de cosas, también se le han realizado varias críticas como que realmente el único indicador que puede utilizarse es el tercer molar y que éste no aparece en toda la población, la falta de consistencia de los métodos usados (Dermijian y Hunt) o la influencia de factores endocrinológicos en el desarrollo dental.

D. Estudio de la cresta iliaca.

El desarrollo esquelético también puede ser determinado por la apariencia de ciertos huesos de la pelvis. La posición de los huesos, cambia según la persona llega a la edad adulta. Según los estudios de Risser y respecto a esta parte del cuerpo, se pueden distinguir 5 estadios de maduración que son típicos en las mujeres de entre 14 y 16 años y de los varones entre los 15 y 18 años. Es un método que también ha sido estudiado por Schmeling; como todo método científico tiene las ventajas de ser objetivo, que usa protocolos y guías se

⁶⁵⁹ Esta diferencia de porcentajes, sobre todo a partir de la edad de 18 años, puede ser debido a la aplicación del mecanismo del beneficio de la duda, y la supremacía así del mayor interés del menor.

actuación. Como principal desventaja destaca el uso de la radiación en las zonas genitales sin un propósito médico.

6. Nuevas técnicas médicas.

En los últimos años, se han estudiado nuevos métodos para la determinación de la edad, usando la más moderna metodología instrumental médica, como son la resonancia magnética y el ultrasonido (ecografías). A través de esta tecnología se han vuelto a estudiar los desarrollos óseos de la mano, muñeca, rodilla, clavícula y cresta iliaca.

Curiosamente, los estudios respecto al uso de la resonancia magnética, y concretamente en la anatomía de la mano y muñeca, realizados por Dvorak, George, Junge y Holder, en el año 2007; de la rodilla, realizados por Dedouit, Auriol, Rousseau, Rougé, Crubézy y Telmon en 2012 o de la clavícula; no han sido como consecuencia de las importantes cuestiones que generan la determinación de la edad de personas inmigrantes o solicitantes de asilo; sino en el marco de los jugadores de fútbol. De esta forma, se han podido identificar a través de la resonancia, 6 estadios de maduración, para la mano/muñeca y 5 estadios para la rodilla. En cualquier caso todos los estudios remarcan la mayor fiabilidad y exactitud de las imágenes obtenidas por la resonancia magnética que nos permiten obtener nuevos datos del hueso como su consistencia y grado de osificación, respecto a las radiografías.

Este método tiene como ventajas, la ausencia de radiación iónica, por lo que se superan las cuestiones médico-éticas del uso de un método invasivo para fines no médicos. Como desventajas se pueden enumerar las siguientes: que por el universo de la muestra de estudio (futbolistas), no existen datos de mujeres, y como éstas maduran antes que los varones, los datos obtenidos por los análisis anteriores no se les puede aplicar; por sí mismo no tiene en cuenta la maduración psicológica, no se puede utilizar el método si existe algún elemento metálico en el cuerpo. En cualquier caso, es un método que si bien está disponible en los hospitales, demanda un importante esfuerzo tecnológico y de expertos especialistas, considerándolo en última instancia caro.

El ultrasonido (ecografías), también es una metodología de aproximación a la maduración esquelética, libre de radiación que tiene como punto de partida el uso del atlas de Greulich & Pyle para la mano y la muñeca; los estudios con ultrasonido han sido realizados en 2005, 2008 y 2009. También se han estudiado la clavícula en 2009 y la cresta iliaca en 2011. Sin embargo todos los estudios han concluido que todavía los resultados obtenidos a través de ultrasonido no pueden ser considerados como una evidencia válida para la determinación de la edad ósea.

3.6. LAS PRUEBAS MEDICAS EN ESPAÑA.

Hasta la entrada en vigor del Protocolo de MENA de 2014 no existía una unidad de actuación respecto a qué métodos de determinación de la edad eran utilizados en cada una de las provincias⁶⁶⁰. Había territorios en los que por el Fiscal únicamente se pedía la realización de una prueba radiológica de la muñeca bastando el informe del médico radiólogo, en otros territorios se solicitaba por el contrario que dicha prueba también fuera valorada por el Médico Forense. Esta situación no estaba vacía de problemas pues aún realizándose la misma prueba en distintas provincias, los informes variaban sustancialmente, pues en algunos se fijaba una horquilla, y en otros se usaban expresiones vagas e imprecisas como “posiblemente”, “al menos”, “alrededor de”, “superior a”. En otras provincias, simplemente el presunto menor era examinado directamente por un médico forense, concretamente el que estuviera de guardia. En otras, a la prueba ósea se le unía un informe forense que valoraba la anterior. En

⁶⁶⁰ Así lo pone de manifiesto Garamendi González, Pedro M, Rafael Bañón González, Amadeo Pujol Robinat, Fernando F. Aguado Bustos, María Irene Landa Tabuyo, José Luis Prieto Carrero, y Fernando. Serrulla Rech. 2011. «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 (2010).» *Revista Española de Medicina Legal* 37 (1): 22-29 cuando disponen que “Actualmente existe en España una disparidad de procedimientos diagnósticos. El objetivo de este documento es la normalización y armonización de las condiciones mínimas exigibles a los informes periciales, así como de la interpretación de los márgenes de error que se derivan de la distribución normal y la variabilidad del desarrollo madurativo individual”. En el mismo sentido se pronunciaba la Memoria de la FGE de 2014 en la P.399 cuando mantiene que “el propósito prioritario de esta Unidad de Extranjería es conseguir la unidad de criterio en todas las Fiscalías territoriales en la labor de dirección del expediente de determinación de edad encomendada por el art. 35.3 LOEX”.

cualquier caso quedaba claro, que de todos los métodos médicos existentes, solo se hacía uso del estudio de los huesos del carpo (mano y muñeca) conforme al Atlas de Greulich & Pyle.

La Fiscalía que tenía asumida la competencia para el procedimiento de la determinación de la edad desde finales del año 2000, no se pronunció respecto a las pruebas a realizar, ni cómo debían hacerse. No lo hizo en la Instrucción 2/2001, que se pronunciaba al respecto con un lacónico “las pruebas generalmente realizadas, las radiológicas”, sin entrar a especificaciones de acuerdo a los estudios que existían ya en la época; ni en la Circular 2/2006 que incidía en la prueba radiológica de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse con posterioridad y con más tiempo otras pruebas médicas de mayor precisión (ortopantomografía). La Fiscalía también olvidaba la tendencia a la solución holística, pues ésta en aras al derecho del superior interés del menor debía ser dada desde un principio, ya que de lo contrario quien hubiera resultado mayor de edad, no tenía casi tiempo de solicitar más pruebas si era directamente devuelto o rechazado.

La esperpéntica situación anterior se puso de manifiesto en el conocido caso del Alakrana⁶⁶¹, y así lo constató el auto de fecha 2 de noviembre de 2009

⁶⁶¹ El caso del Alakrana tuvo su origen en el secuestro a principios del mes de octubre de 2009 del buque Alakrana de bandera española por unos piratas somalíes en aguas internacionales, pero próximas al cuerno de África. Dos piratas pudieron ser apresados por las autoridades españolas y fueron trasladados a España con el fin de ser juzgados penalmente. A la llegada a la Audiencia Nacional uno de ellos manifestó ser menor de edad por lo que se le realizaron las pruebas médicas que de habitual se practicaban, y que consistía en la prueba ósea de la muñeca. El resultado de la misma fue el siguiente “edad tipo de 19 años” y en todo caso en condiciones normales y sin trastornos de crecimiento, mayor de 17 años, y con conocimiento de manejo de las armas (Auto disponible en el siguiente enlace de descarga visitado el día 5 de noviembre de 2016: <http://s.libertaddigital.com/doc/auto-de-garzon-21006609.pdf>). Posteriormente el juez ordenó que se le realizaran nuevas pruebas, que fueron evaluadas por tres médicos forenses de la Audiencia Nacional quienes manifestaron que no podían determinar la edad exacta, y lo único que podían dictaminar era que tenía una edad de 17 años o superior. A la vista de este informe el juez ordenó la inmediata puesta en libertad del pirata, y se remitió su decisión a la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Madrid a los efectos de su posible responsabilidad penal. La Fiscalía de Menores, atendiendo a los hechos que se le imputaban al pirata determinó que no era competente para la instrucción de los mismos (pues los hechos en sí eran competencia de la Audiencia Nacional de acuerdo a lo que disponía el art. 65.1 de la LOPJ) y los remitió de nuevo a la Audiencia Nacional, concretamente a la Fiscalía de la Audiencia Nacional quien aceptó la inhibición y acordó el internamiento del presunto pirata en un centro de menores de reforma. Sin embargo, el presunto pirata fue sometido a una tercera prueba médica, esta vez, a una radiografía y/o TAC de la clavícula. Una vez realizada y analizados los métodos existentes, se determinó la mayoría de edad del presunto pirata.

dictado por la Sala de lo Penal en Pleno de la Audiencia Nacional en el expediente gubernativo 24/2009 que resolvía una cuestión de competencia⁶⁶². El fundamento jurídico segundo de la resolución disponía: *“desconocido el dato cronológico, la determinación de la edad de un joven solo puede llevarse a cabo mediante estimaciones sobre su edad biológica a partir del grado de maduración de ciertas estructuras anatómicas. La evolución y desarrollo de los seres humanos no es lineal, como construimos el tiempo, sino irregular, está influenciada por factores biológicos y ambientales diversos, algunos de difícil identificación, otros de incierto alcance como la etnia o el grupo de población de procedencia. Para adoptar la decisión sobre ese elemento de hecho el Tribunal precisa del auxilio de las ciencias forenses, que le proveerán de la información y de la opinión necesaria para alcanzar, o no, el grado suficiente de comprobación de la hipótesis de la mayor edad. Se trata de suficiencia de la evidencia, toda vez que si no se puede afirmar con una alta probabilidad científica que se ha alcanzado la cota de los dieciocho años, la alternativa es la menor edad penal, como hecho natural al margen de reglas de interpretación jurídica que resultan aquí irrelevantes. El juez debe controlar la prueba científica y no conformarse con recibir la opinión experta de manera acrítica para ello, está obligado a verificar la calidad de la pericia, su rigor y grado de fiabilidad, precisamente para evitar errores inducidos por la apariencia de autoridad que le confiere la calificación de ciencia. De lo contrario, puede otorgar valor probatorio en el proceso de su decisión a un conocimiento inadecuado o falta de validez. El peligro lo constituye la atribución de la condición de mayor a quien no lo es, un falso positivo inaceptable porque significa someter al joven menor de edad penal a un sistema previsto para la responsabilidad de los adultos. La metodología que ofrece el estado actual de la medicina legal es variable, pero existe consenso en la necesidad de utilizar varias técnicas de diagnóstico, cada una con sus propios medios auxiliares, y en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable. Resulta imprescindible, como han señalado los médicos forenses de este Tribunal, acudir por un lado a la exploración física para hallar las medidas antropométricas y los signos de madurez sexual, por otro indagar el*

⁶⁶² [ROJ: AAN 89/2009 - ECLI:ES:AN:2009:89A](#)

*grado de maduración ósea mediante varias técnicas como son la exploración radiológica de la muñeca izquierda, el examen de la dentición con especial atención al tercer molar, con ayuda de la ortopantomografía, y el estudio del extremo medial esternal de la clavícula*⁶⁶³.

Ante esta situación caótica y sembrada de inseguridad jurídica, la FGE reaccionó antes de que la recomendación del Comité de los Derechos del Niño⁶⁶⁴, se hiciera eco de la misma el 3 de noviembre de 2010. Así el día 20 de abril de 2010 se celebró una reunión en la que participaron tanto Fiscales de Menores como Fiscales de Extranjería de aquellas Fiscalías con mayor nivel de incidencia de expedientes de determinación de la edad, que finalizaron en una serie de conclusiones que fueron sometidas a la aprobación del Fiscal General del Estado para su difusión a todas las Fiscalías⁶⁶⁵. La conclusión 4º se refirió al estado de la cuestión de las pruebas médicas y a las nuevas pautas de actuación de los Fiscales a fin de paliar la situación, puesto que no se terminó de eliminar el caos preexistente. Por su importancia la reproducimos a continuación: *“Los informes médicos sobre determinación de la edad deben especificar el porcentaje de incertidumbre o desviación estándar. Cuando se reciban informes que por no incorporar la horquilla de edades o que por cualquier otro motivo deban considerarse insuficientes, habrán de solicitarse las ampliaciones o*

⁶⁶³ A la vista de lo anterior, podemos constatar que en este episodio fueron vulnerados los derechos del presunto menor. El primer auto del juez, de fecha 13 de octubre de 2009 que acuerda la prisión del presunto pirata, reconoce que le quedan dudas respecto a su edad, una vez obtenida una sola prueba referida a la misma, la prueba ósea de la mano. Por eso manda a realizar otras pruebas. Si quedaron dudas, al órgano decisor, en modo alguno se debió ingresar en prisión al presunto pirata, pues el interés superior del menor (art. 3 de la CDN) así como el beneficio de la duda que le ampara debía ser tenido en cuenta. Si lo que se quería era evitar la fuga de un presunto delincuente, aún siendo menor de edad, se debía haber puesto a disposición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional directamente para que se solicitara el internamiento en el centro de menores a donde fue finalmente enviado hasta que las demás pruebas determinaran su edad. Se vulneró claramente el principio rector que debe mover la acción de los poderes públicos incluido el poder judicial en materia de menores. En segundo lugar, ninguna mención existe respecto al consentimiento del presunto menor a someterse a varias pruebas radiológicas, y ya no solo por someterse a las mismas, sino por encontrarse en el seno de un proceso penal, en el que una prueba de ese tipo debía de contar con el consentimiento del presunto menor. En tercer lugar, quedó reflejado que en efecto se pueden realizar más pruebas para la determinación de la edad, y no solo la radiografía de la mano, realizándose finalmente un completo estudio informado por varios especialistas que fijó la mayoría de edad. Es decir, finalmente se intentó buscar una solución holística al problema, aunque solo fuera por su trascendencia penal y cuando ya se habían vulnerado otros derechos.

⁶⁶⁴ CRC /C/ESP/CO/3-4 Op. Cit.

⁶⁶⁵ Documento al que ya hemos hecho referencia anteriormente y cuyo enlace se encuentra en el epígrafe dedicado a la atención inmediata del Capítulo II.

aclaraciones oportunas. No se dictará decreto de determinación de la edad sin disponer de un informe médico suficiente. En caso contrario, habrá de esperarse a la realización, ampliación o aclaración de las pruebas sin perjuicio de que el presunto menor quede mientras tanto bajo la custodia de los servicios de protección de menores, debiendo a tales efectos el Fiscal remitir el correspondiente oficio. No son admisibles informes en los que se haga referencia a que la edad es de “aproximadamente 18 años”, o expresiones similares (“alrededor de 17 años” o “superior de 17 años”). Siempre se estará, provisionalmente, a la edad inferior de las posibles que se establezcan en el informe médico. Los criterios interpretativos de los informes de determinación de la edad deben ser puestos en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a fin de que adecuen su actuación a los mismos”.

El informe del Defensor del Pueblo de 2012, respondió también a la nefasta situación que se seguía viviendo esta materia en España y que ocasionó múltiples quejas de ONG a esta Institución. Se sentaron así las bases para reformular los métodos que podrían utilizarse, y que además fueran respetuosos con las recomendaciones de los organismos internacionales ya mencionados más arriba.

Tras ese informe hubo Fiscalías, que teniendo en cuenta las Conclusiones anteriores, realizaron protocolos de actuación que pretendían fijar unos criterios no solo para la actuación conjunta de los agentes que debían intervenir en el proceso, adaptando la situación a la legislación de 2009, sino intentando llegar a esa solución holística y por lo tanto aplicando varios métodos de determinación de la edad. Así la Fiscalía Provincial de Las Palmas, elaboró un Protocolo de actuación a finales del año 2013⁶⁶⁶, para el que fueron consultados los médicos forenses y las autoridades médicas de los Hospitales Públicos de la provincia a fin de fijar cuáles eran las pruebas imprescindibles que se debían de realizar, evitar alocuciones ambiguas como ordenaba la Fiscalía General del Estado en

⁶⁶⁶ Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. 2014. «Memoria 2014 (Ejercicio 2013).» Pp. 130 - 148. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Memoria_FS_canarias_2014.pdf?idFile=1d2c1533-b6b7-4027-a085-8fde1911452f

las conclusiones de 2010, exigiendo que dichos informes además contuvieran una motivación aunque fuera mínima del método usado, y la identificación completa del médico responsable de la misma. También se incluyó la necesidad del consentimiento informado al presunto menor y la presencia en todo momento de un intérprete. A partir de ese año, todos los presuntos menores extranjeros no acompañados que se sometían a un expediente de determinación de la edad se les realizaba una prueba radiológica de la muñeca y una ortopantomografía en los Hospitales Públicos. Esas pruebas serían evaluadas por dos médicos forenses⁶⁶⁷, quienes además entrevistarían al menor, constatarían sus rasgos de desarrollo físico, y realizarían un examen del desarrollo de los caracteres sexuales secundarios según los estudios de Tanner.

El Protocolo de MENA de 2014, vino por fin a fijar un estándar de actuación cuando en el apartado 5 del Capítulo V establece expresamente que *“corresponde a los facultativos médicos según las leyes de su ciencia determinar las pruebas adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del extranjero afectado. Se recomienda seguir los parámetros y pautas de actuación fijadas en las Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENA. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. En: Revista Española de Medicina Legal. 2011, Vol.37, número 1, enero-marzo”*.

Debemos acudir pues, a esa referencia documental, para saber cuáles son las pruebas y métodos que se recomiendan y cómo han de realizarse. Si bien claramente es una recomendación, según la dicción del texto, en realidad lo que se dispone en ese artículo especial de la Revista de Medicina Legal, se convierte en la pauta de actuación que deberían seguir todos los procedimientos

⁶⁶⁷ En este sentido se determinó que fueran siempre los mismos Médicos Forenses los encargados de esta materia con el objetivo de que mantuvieran siempre un mismo criterio, y que adquirieran la formación y especialización suficiente necesaria para realizar en un futuro informes adecuados a los grupos étnicos que habitualmente examinaban. No ha estado exento de problemas en un principio la determinación de los médicos, puesto que si bien la plantilla del Instituto de Medicina Legal de Las Palmas, es actualmente bastante estable, existieron problemas inicialmente en determinaciones de edades de Fuerteventura y Lanzarote, a donde tuvieron que desplazarse inicialmente los forenses para mantener la unidad de criterio. Hoy la situación ha cambiado porque la mayoría de los menores llegan directamente a la isla de Gran Canaria, como consecuencia de otros criterios de actuación dependientes únicamente del Ministerio del Interior.

de determinación de la edad. De hecho, los autores de la publicación Garamendi González, y otros (2011)⁶⁶⁸ ya apuntaban que el objetivo del trabajo era “sentar las bases para la elaboración de un protocolo de actuación normalizado, racional, de ámbito nacional y con adecuados fundamentos científicos sobre los métodos destinados a la estimación de la edad de supuestos menores indocumentados desde el punto de vista estrictamente medico-forense. El grupo de trabajo formado por 33 profesionales⁶⁶⁹ y sus recomendaciones parten de una iniciativa de la Oficina del Defensor del Pueblo, el día 7 de octubre de 2010⁶⁷⁰ ante la necesidad de armonizar la actividad social y médica en esta materia”. Estas recomendaciones, posteriores a las Conclusiones adoptadas por la Fiscalía General del Estado, e incorporadas dos años después al informe del

⁶⁶⁸ Garamendi González, Pedro M; Bañón González, Rafael; Pujol Robinat, Amadeo; Aguado Bustos, Fernando F.; Landa Tabuyo, María Irene; Prieto Carrero, José Luis y Serrulla Rech, Fernando. 2011. «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 (2010).» *Revista Española de Medicina Legal* 37 (1): 22-29.

⁶⁶⁹ Todos Médicos Forenses, pertenecientes a todos los Institutos de Medicina Legal de España, excepto uno de ellos que era médico radiólogo del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares.

⁶⁷⁰ Las conclusiones a las que se llegó en esa jornada de trabajo, se incluyen en el editorial del artículo de la Revista de Medicina Legal que venimos analizando y fueron las siguientes: 1. La determinación de la edad en menores no acompañados por medio de la estimación de la madurez ósea y la mineralización dental es un método sujeto a grandes márgenes de error. Sin embargo, en ausencia de otros elementos probatorios documentales y utilizada adecuadamente es la metodología más fiable de la que se dispone. 2. La estimación médica de la edad en un supuesto menor debe ser ordenada por la autoridad judicial o por el Ministerio Fiscal, y realizado preferentemente en un instituto de medicina legal. El informe resultante debe ser presentado a la autoridad que lo solicitó, a la que le corresponde tomar la decisión definitiva, con las garantías del procedimiento judicial. 3. La estimación médica de la edad es un proceso que debe ser realizado por profesionales con formación específica y los informes emitidos deben ser sometidos a algún sistema de control de calidad. 4. Los institutos de Medicina Legal deben asignar facultativos expertos para realizar de forma centralizada este tipo de exámenes. La creación de unidades especializadas debe ser considerada en función de la causística de cada Instituto de Medicina Legal. 5. Para ofrecer una respuesta científicamente competente y especializada se considera necesario completar la puesta en funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal en aquellos lugares en que todavía están por desarrollar. 6. La estimación médica de la edad es un procedimiento complejo al que se le debe conceder el tiempo suficiente para su realización. En la medida de lo posible debe evitarse su asignación a los servicios forenses en funciones de guardia. 7. Para la realización de los exámenes complementarios radiológicos, se deben establecer los oportunos convenios con establecimientos públicos o privados que permitan su realización en condiciones técnicas adecuadas, y teniendo en cuenta el impacto que estos exámenes suponen sobre el funcionamiento normal de dichos servicios. 8. La exploración deberá preservar la dignidad y seguridad de la persona explorada. Debe ser comprensible para el presunto menor y expresamente consentida. 9. La identificación del presunto menor debe hacerse de forma fehaciente, mediante técnicas que minimicen la posibilidad de reevaluación y reexposición de la persona. 10. La evaluación médica de la edad debe seguir un procedimiento técnico basado en evidencias científicas. Se respalda expresamente el “Documento de recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados” presentado en esta Jornada.

Defensor del Pueblo sobre la determinación de la edad, hacen un completo recorrido sobre el estado de la cuestión, los objetivos de las mismas, los medios de diagnóstico recomendados, las condiciones técnicas mínimas de las actuaciones médicas, los métodos de interpretación de los resultados y características de los estudios de población que deben servir de fundamento a las estimaciones de la realidad y el contenido de los informes periciales.

Respecto a los medios diagnósticos recomendados en los casos de menores comprendidos entre 14 y 18 años se aconsejan los siguientes:

- Anamnesis dirigida.
- Examen físico general: se especificarán el peso, la talla del sujeto, biotipo e índice de masa corporal, evolución de signos de maduración sexual y conclusiones del examen médico general; se describirá cualquier tipo de signo indicativo de una condición patológica que pudiera interferir con el ritmo madurativo del menor.
- Estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda.
- Examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental. Esta exploración estaría orientada a definir condiciones patológicas que pudieran alterar el ritmo de maduración dental y a valorar el estado de desarrollo y mineralización dentales.

En los casos dudosos con los estudios anteriores y cuando se solicitan estimaciones que pueden estar entre los 18 y 21 años, recomiendan los siguientes medios diagnósticos:

- Estudio radiográfico de la extremidad proximal de la clavícula.
- Estudio con tomografía computarizada de la extremidad proximal de la clavícula mediante método multicorte fino.

Nada impide que se utilice otro método por el examinador siempre que se halle refrendado por estudios de población correctos en su diseño adecuados a la población a la que correspondería el supuesto menor estudiado. En todo caso los métodos radiográficos centrados en el estudio de la maduración ósea en la pelvis, como los destinados a valorar el signo de Risser en la cresta ilíaca, no

resultan recomendables dada la necesidad de someter al supuesto menor a radiación ionizante en la región pelviana.

En cuanto a los profesionales que deben intervenir además de los Médicos Forenses, los médicos radiólogos para informar las radiografías del carpo y otras regiones anatómicas; y respecto a la prueba dental, debería ser interpretada e informada por un médico estomatólogo u odontólogo. Respecto a las condiciones técnicas, se mantienen las conclusiones a las que llegaron en la jornada de trabajo de 7 de octubre de 2010⁶⁷¹. Especial referencia se hace de la obtención del consentimiento informado, al que nos referiremos más adelante⁶⁷², siguiendo así las recomendaciones de los organismos internacionales.

Continuando con el estudio realizado por Garamendi González, y otros (2011)⁶⁷³, también se fijan los métodos de interpretación de los resultados obtenidos tras las pruebas. Se dispone lo siguiente: “los cambios morfológicos apreciados con los medios diagnósticos recomendados siguen una secuencia común en todos los seres humanos guiada por una influencia genética. Sin embargo, diversos factores individuales y ambientales pueden hacer que esta secuencia de cambios no se ajuste con una norma cronológica exacta y común. Por ello, la interpretación de los resultados de los anteriores medios diagnósticos debe tomar en consideración estos posibles factores de variación. Diversos estudios han demostrado la influencia de factores patológicos específicos, nutricionales, higienicosanitarios y factores de actividad física en la cronología de las secuencias de cambios morfológicos. (...) En relación con las pruebas diagnósticas radiológicas, existen diversos métodos de interpretación de resultados. Se recomienda la aplicación indistinta, según la experiencia del examinador, para los estudios radiográficos del carpo de la mano izquierda de

⁶⁷¹ Dejaremos de referirnos aquí deliberadamente la cuestión de la competencia para ordenar las pruebas médicas, pues su estudio tendrá una mejor exposición sistemática en el epígrafe referido al procedimiento.

⁶⁷² La necesidad de consentimiento informado ya ha sido apuntada en el Capítulo II de este trabajo, y será desarrollada al tratar sobre el procedimiento actual ante el Ministerio Fiscal.

⁶⁷³ Garamendi González, Pedro M; Bañón González, Rafael; Pujol Robinat, Amadeo; Aguado Bustos, Fernando F.; Landa Tabuyo, María Irene; Prieto Carrero, José Luis y Serrulla Rech, Fernando. 2011. «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 (2010).» *Op cit. Pp. 26-27.*

los métodos de Greulich y Pyle (1959), Tanner-Whitehouse versión 3 (2001) o Thiemann, Nitz y Schmeling (2006) en población general, y de Hernández, Sánchez, Sobradillo y Rincón (1991) en población de origen español. Entre los estudios de maduración dental se recomiendan como métodos descriptivos, por su simplicidad y validez, el método de Demirjian para la estimación de la maduración de la dentición decidual a definitiva y el esquema de mineralización de los molares descrito por Demirjian en la evolución del tercer molar”.

Por último se recoge el contenido del informe pericial: “Debiera incluir los resultados de los exámenes practicados, con especificación independiente de las estimaciones de edad por cada medio diagnóstico y con explicación del método de interpretación de resultados utilizado por el perito médico para cada prueba estudiada. También debiera especificar los estudios de población en los que se fundamenta la interpretación de los resultados de cada medio de diagnóstico. En el caso de existir una interferencia por factores patológicos, raciales, nutricionales, higienicodietéticos o de estatus socioeconómico, el informe pericial debiera incluir una discusión sobre la posible capacidad de estos factores para modificar la estimación de la edad en el sujeto estudiado. Los resultados de las estimaciones de edad parciales se expresarán, en la medida de lo posible, en forma del resultado más probable estimado (promedio o media aritmética) y de intervalo de variabilidad normal de este (desviación estándar) en la población de referencia, con la que tendrá que ser congruente el sujeto de estudio. La estimación forense de la edad global habrá de tomar en consideración los resultados de las estimaciones parciales y sus posibles factores de alteración frente a la norma poblacional. Para ello, cuando estén disponibles, se utilizarán estudios de población basados en la aplicación de medios de diagnóstico conjuntos frente a aquellos basados en un solo medio diagnóstico. En todo caso, la estimación final de la edad deberá expresarse como la edad mínima más probable o, en otros términos, como el margen mínimo dentro de la horquilla de desviaciones máximas en torno a la media. En caso de discrepancia entre los resultados de las distintas pruebas, se elegirá el menor entre los valores mínimos para cada una de las pruebas interpretadas con carácter independiente. En todo caso, el informe pericial deberá ser explícito en el sentido de que las estimaciones forenses de la edad basadas en estos criterios

están sujetas a un riesgo de error no despreciable”.

El Protocolo de MENA también se refiere al contenido del informe⁶⁷⁴. En cualquier caso el contenido indispensable del mismo y del que no se puede prescindir, tal y como habían establecido las resoluciones judiciales que ya se habían dictado⁶⁷⁵, será la inclusión de una horquilla que fije la edad mínima y la edad máxima, debiendo siempre en interés del menor estarse a la edad mínima.

4. EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD EN ESPAÑA.

Hasta este momento, tanto en el Capítulo II como en el presente, hemos ido analizando cuestiones básicas de índole material, consustanciales al fondo del procedimiento para la determinación de la edad de un presunto MENA. Nos hemos referido al ámbito subjetivo, esto es, a quiénes afecta y su capacidad para intervenir en el mismo, cuáles son los derechos implicados que habrán de ser respetados y cómo deben de tener su reflejo en el procedimiento y por último a través de qué medios se podrá determinar esa edad y su valoración. Es el momento ahora, de detenernos en las cuestiones de índole formal que afectan al objeto de nuestro estudio: quién es el órgano competente para adoptar la decisión y directamente relacionado con esto, debemos estudiar el procedimiento o cauce formal que como instrumento debemos aplicar para llegar a una decisión. Una vez analizado lo anterior, estaremos en condiciones de llegar a la conclusión de si nuestro sistema permite adoptar con total respeto a

⁶⁷⁴ “6. Informe médico. El informe médico de determinación de edad deberá ser emitido en el plazo más breve posible; hará referencia a la identidad del médico informante, fecha y hora de la emisión; y expondrá de manera clara y motivada la técnica o técnicas que se hayan seguido para la determinación de la edad. Justificará razonadamente el resultado de cada prueba practicada y contendrá una conclusión en la que se establecerá de manera precisa una horquilla de edad mínima y, si es posible, máxima del examinado que se corresponderá con el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pueda tener. El Fiscal pedirá la repetición o ampliación del informe cuando se omita cualquiera de los datos reseñados, carezca del suficiente grado de motivación, o se sustituya la delimitación de la horquilla con otras locuciones o expresiones ambiguas e imprecisas.”

⁶⁷⁵ Sentencia 201/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 4 de mayo.

todos los derechos y garantías que ya hemos analizado, la decisión sobre la determinación de la edad de una persona y en, su caso, proponer nuevos modelos. Como hemos constatado a lo largo de este trabajo, es la cuestión del procedimiento y del órgano decisor una de las mayores críticas que se formulan por la doctrina y ONG⁶⁷⁶ dedicadas a la protección de MENA en esta materia.

Según a quien atribuyamos la competencia, podremos diferenciar dos modelos: el administrativo, si el órgano decisor es una administración pública⁶⁷⁷; y el judicial si el órgano decisor recae sobre la figura de un juez, independientemente de la jurisdicción a la que éste pertenezca. No obstante, como tendremos oportunidad de analizar, España no sigue un modelo puramente administrativo o puramente judicial. La LO 4/2000, introdujo un sistema judicial que apenas tuvo recorrido pues desde la LO 8/2000 el legislador atribuyó la competencia al Ministerio Fiscal. En nuestra opinión, esta atribución, no es la adecuada y tiene un mal encaje jurídico atendiendo tanto a la naturaleza del Ministerio Fiscal como las competencias y funciones que le son propias. Así las cosas, estamos de acuerdo con lo que mantiene Alonso Sanz (2016)⁶⁷⁸ quien aplicando la estructura lógica del estudio constitucional de cualquier norma o procedimiento⁶⁷⁹ mantiene que “el procedimiento de determinación de la edad, atendiendo a su regulación y aplicación actual, no cumple el estándar de idoneidad del principio de proporcionalidad, es decir, no es idóneo para conseguir la finalidad inmediata de estimar la edad”.

⁶⁷⁶ Estas críticas son vertidas por muchos autores, que parecen inclinarse por sistemas judiciales, al entender que los derechos quedan mejor garantizados si es un juez quien tomara la decisión, pero también por el Defensor del Pueblo en el informe que venimos haciendo referencia sobre ¿Menores o adultos?. Especialmente virulento es el informe redactado por la Fundación Raíces “Solo por estar solo” publicado en el año 2014, basado en hechos concretos estudiados sobre todo en MENA sometidos al procedimiento de determinación de la edad de la Fiscalía de Madrid. Informe que sirvió de base para la impugnación del Protocolo formulada por demanda contenciosa administrativa el día 15 de diciembre de 2014 ante el TSJ de Madrid, y que finalmente fue resuelta por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y a la que ya hemos hecho referencia.

⁶⁷⁷ Como analizaremos, si tenemos en cuenta que en España existen distintos tipos de administraciones públicas atendiendo a nuestra distribución territorial (estatal, autonómica, corporaciones locales), también se deberá de estudiar la competencia desde este ángulo.

⁶⁷⁸ Alonso Sanz, Lucía. 2016. *El estatuto constitucional del menor inmigrante. Op. Cit.* P.331.

⁶⁷⁹ El estudio constitucional de cualquier cuestión lleva a plantearnos las siguientes cuestiones: finalidad constitucionalmente legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En el ámbito del derecho comparado europeo, estudiado (Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y Grecia)⁶⁸⁰, todos permiten la práctica de métodos

⁶⁸⁰ Se han examinado los sistemas de cinco países europeos por los siguientes motivos: por la importancia que han tenido en la evolución de la materia como es el caso del Reino Unido, así como por su experiencia en la recepción de menores extranjeros no acompañados, bien como solicitantes de asilo (Alemania y Francia), bien por encontrarse en la misma situación que España (recepción de menores migrantes “económicos”, Italia), bien por la cantidad de menores que llegan al país, como Grecia. En este marco de derecho comparado, un interesante estudio ha sido el realizado en el seno de la European Migration Network en el año 2014 donde todos los países pertenecientes a dicha organización presentaron su correspondiente informe sobre los procedimientos para la determinación de la edad, así como protección y búsqueda de una solución duradera para los menores extranjeros no acompañados. Un resumen de todos los casos fue publicado en 2015 por la propia EMN (*Op. Cit*). Podemos concluir, que de todos los sistemas, el del Reino Unido es el que más se adapta a los estándares de las Naciones Unidas y a las recomendaciones internacionales sobre el procedimiento de la determinación de la edad. En el Reino Unido la competencia para la determinación de la edad la tienen los servicios asistenciales de las entidades locales. Estos servicios asistenciales estarán especialmente capacitados en el tratamiento de menores extranjeros. Una vez determinada la edad, la decisión siempre puede ser apelada ante el Juez de Inmigración, bien por el interesado, bien por el Ministerio del Interior. (Immigration Law Practitioners' Association. 2007. «When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process of age assessment.» Londres. Pp 109-116 y Assessing Age Instruction to the UK Border Agency's 2011 *Op.Cit*). Un completo resumen de la situación actual sobre la determinación de la edad en el Reino Unido, que sigue las líneas ya anunciadas anteriormente, se encuentra en el informe “Children in Crisis unaccompanied migrant children in the EU” realizado por la Cámara de los Lores (House of Lords) en el 2nd Report of Sessions 2016-17 publicado el 26 de julio de 2016 “HL Paper 34” Pp. 15 – 19. Disponible en el siguiente enlace de descarga: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/34/34.pdf>

En Alemania también es la administración la encargada de la determinación de la edad (Amtsvormundschaft). No obstante Alemania distingue dos tipos de procesos según el presunto menor haya solicitado asilo o no lo haya hecho, distinguiendo además, los supuestos en los que el menor es localizado en algún aeropuerto internacional o en un radio de 30 km del mismo; de los que son localizados fuera de esas áreas. La regulación es compleja, pero las normas en las que se recogen los derechos de los presuntos menores, mientras se determina su edad, así como la de los que finalmente son declarados como MENA son: SGB VIII (Sozialgesetzbuch Aches Buch Kinder und Jugendhilfe –Ley de Asistencia Social dedicada a los niños y adolescentes), AsylG (Asylgesetz (1992) –Ley de Asilo) y AufenthG (Gesetz über den Aufenthalt die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (2004) – Ley de Extranjería). Las decisiones sobre la determinación de la edad, pueden ser recurridas ante los Tribunales. Fuente: Müller, Andreas. 2014. «Unbegleitete Minderjährige in Deutschland. Fokus - Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN)». *Op. Cit.* (Disponible en el siguiente enlace de descarga visitada el 3 de marzo de 2017: [https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/EMN/Studien/wp60-emn-minderjaehrig-in-deutschland.pdf? blob=publicationFile](https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/EMN/Studien/wp60-emn-minderjaehrig-in-deutschland.pdf?blob=publicationFile))

En Italia, se ha aprobado el 29 de marzo de 2017 una reciente ley en materia de medidas de protección de menores extranjeros no acompañados (Ley nº 47 de 7 de abril disponible en la siguiente página web visitada el día 25 de agosto de 2017 y en vigor desde el 6 de mayo de 2017 <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017-04-07;47>) conocida como ley Zampa, que viene a regular de forma integral todos aquellos aspectos. El procedimiento para la determinación de la edad, viene recogido en el art. 5. Establece la posibilidad de la práctica de pruebas médicas a petición del Fiscal y acordadas por el Juez, sin perjuicio de que el procedimiento tenga carácter multidisciplinar, siendo finalmente el órgano competente para la determinación de la edad, el Juez. que afectan a los menores extranjeros.

En Grecia, la competencia para la determinación de la edad, es competencia del Fiscal (District Attorney), quien se auxiliará de los informes médicos necesarios. Es el Fiscal, quien además deberá determinar el representante o bajo qué organización quedará el menor para su protección. Tampoco hemos encontrado referencia alguna a la posibilidad de recurrir la decisión del Fiscal, o bien si es Fiscal oye al menor, o si se le nombra un representante desde el primer

médicos para la determinación de la edad en caso de dudas y se garantiza el derecho a la audiencia del presunto menor. Se regula también la posibilidad de que el presunto menor esté representado durante el procedimiento y por último se garantiza el derecho al recurso. Respecto al órgano competente para la determinación de la edad, Reino Unido y Alemania lo residen en la administración, Italia en el Juez y Francia y Grecia en el Ministerio Fiscal.

El presente epígrafe, tendrá por objeto el estudio del Ministerio Fiscal como órgano competente en el actual procedimiento de la determinación de la edad de los presuntos MENA y el procedimiento existente. Seguidamente se analizarán los otros dos posibles modelos que podrían adoptarse: el judicial y el administrativo. Al final de este examen, estaremos en condiciones de justificar no solo nuestras conclusiones, sino además de proponer un nuevo procedimiento que desde nuestro punto de vista podría colmar las exigencias constitucionales.

momento. (Fuente EMN Study 2014. Policies, practices and data on unaccompanied minors in 2014. Greece case (disponible en el siguiente enlace de descarga: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/unaccompanied-minors/greece_national_report_uams_en.pdf)

En Francia, al presunto menor se le nombra de manera inmediata un representante que los asistirá durante todos los procedimientos administrativos y judiciales en el que pueda tener algún tipo de participación. Este representante es el que podrá ejercer el derecho al recurso de apelación a las decisiones que sean tomadas por la autoridad competente ante la jurisdicción contenciosa administrativa. También será posible recurrir ante la jurisdicción de menores las medidas de protección que se hubieran adoptado por la autoridad competente. La autoridad competente en Francia para la determinación de la edad es el Fiscal, además de determinar la edad, la Fiscalía tendrá el control de las distintas asociaciones u organizaciones que estén registradas como posibles prestatarias de protección. Francia también recoge un doble procedimiento según el menor sea o no sea solicitante de asilo y por lo tanto sea identificado en la frontera o dentro del territorio nacional. En Francia la regulación del procedimiento se encuentra en una Circular de 31 de mayo de 2013 (disponible en el siguiente enlace de descarga visitado el 3 de marzo de 2017: https://www.gisti.org/IMG/pdf/circ_2013-05-31_norjusf1314192c_mie.pdf). Fuente (EMN Policies, practices and data on unaccompanied minors in 2014. French case. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/unaccompanied-minors/10a_france_uams_study_english_version_final.pdf)

4.1. EL MODELO ACTUAL ESPAÑOL: LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO ANTE EL MINISTERIO FISCAL.

Para poder valorar si el procedimiento actual previsto en la ley para la determinación de la edad de los MENA es o no es el adecuado, debemos comenzar nuestro estudio, analizando el sistema actual. Consideraremos en primer lugar si a la luz de las competencias atribuidas al Ministerio Fiscal, es éste el órgano adecuado para adoptar la decisión y en segundo lugar, si consecuentemente el cauce formal permite el ejercicio de los derechos que ya hemos estudiado en el Capítulo III.

4.1.1. La competencia del Ministerio Fiscal.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 35.3 de la LOEX, la competencia para la determinación de la edad de los presuntos MENA es del Ministerio Fiscal. Sin embargo, lo dispuesto en esta ley no debe llevarnos a equívocos, puesto que en nuestro actual modelo también tienen la misma competencia los jueces de distintos órdenes jurisdiccionales⁶⁸¹. Esta disparidad de autoridades competentes debe hacernos preguntar si estamos ante un sistema eficaz, eficiente y garantizador de los derechos del niño⁶⁸².

El art. 35.3 de la LOEX y el art. 12.4 de la LOPJM parten de un supuesto muy específico: presunto menor no documentado (LOEX) o documentado (LOPJM) localizado y de cuya edad se duda. La localización del presunto menor tiene lugar fuera de cualquier procedimiento judicial. Solo en este supuesto la competencia recae en el Ministerio Fiscal. Cuando la duda surge como presupuesto o como incidente en un procedimiento judicial ya iniciado, el órgano competente será el juez que conoce del asunto y quien en consecuencia debe resolver lo procedente sobre la edad de aquél sobre el que duda, para así aplicar correctamente la ley, cumpliendo con su función jurisdiccional de juzgar (art. 117

⁶⁸¹ Así lo hemos puesto de manifiesto al estudiar las resoluciones judiciales que hacen pronunciamiento sobre la documentación de los MENA (Epígrafe 3.2 de este trabajo).

⁶⁸² Ya hemos tenido oportunidad de estudiar los problemas que este sistema ha generado en orden a dar una solución unívoca en la materia de la documentación del MENA, que solo fue resuelta con una decisión del Pleno de la Sala Primera del TS.

CE). Por tanto la determinación de la edad que realizan los jueces tiene lugar dentro del marco de un proceso y la decisión quedará integrada en una resolución que pondrá fin al procedimiento y que podrá ser recurrida a través del sistema ordinario de recursos previstos en la ley. El procedimiento que siga el juez para la determinación de la edad, será aquel al que se someta la cuestión principal. No hay que olvidar que el Protocolo de MENA, no vincula directamente a los Jueces, pues éstos son independientes y además el texto no fue firmado por el CGPJ.

En su origen la LO 4/2000, reguló esta materia en el art. 32, atribuyéndosela a los Jueces de Menores. España optaba por un sistema judicial que ningún país de nuestro entorno mantenía, y además residenció la competencia en un juez de naturaleza netamente penal. De las discusiones parlamentarias no podemos saber el porqué se optó por esta fórmula, puesto que no hubo debate en este sentido⁶⁸³. Conforme al art. 97 de la LOPJ en su redacción originaria vigente hasta que fue modificada por LO 6/2014,

⁶⁸³ En la proposición de ley original, la cuestión venía recogida en el art. 33.2 y la competencia se atribuyó a los “Tribunales Tutelares de Menores”, que ya no existían en ese momento. Así en el Congreso de los Diputados en el trámite de enmiendas (debate en la Comisión Constitucional del Congreso en el que se debatía el informe de la ponencia), la única discusión entre los grupos parlamentarios (Grupo de Izquierda Unida, grupo Popular y grupo Socialista) fue el cambio de nomenclatura de “Tribunales Tutelares de Menores” a “Juez de Menores” y así lo podemos advenir en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. VI Legislatura; de 10 de noviembre de 1999, núm 795. En La sesión plenaria celebrada el día 10 de noviembre de 1999, no hubo ninguna discusión sobre el procedimiento ni la competencia de los Jueces de Menores, quedando en consecuencia aprobado el cambio de nomenclatura (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Diputación Permanente VI Legislatura; de 25 de noviembre de 1999, núm 277). Fue en el trámite de enmiendas en el Senado, donde la número 54 propuesta por el Grupo Popular, introdujo la posibilidad de que el órgano decisor y competente fuera el Ministerio Fiscal. Se mantenía para ello la siguiente justificación: “Con la finalidad de agilizar los trámites burocráticos, se estima conveniente que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan llevar a cabo, con conocimiento del Ministerio Fiscal, las acciones precisas, recabando la colaboración de los servicios sanitarios correspondientes, para averiguar la edad real de aquellos extranjeros indocumentados de los cuales no se sepa con certeza si son menores de edad. Se trata, en todo caso, de dar una solución rápida y eficaz para que estos menores, una vez determinada la minoría de edad y constatando que se hallan en situación de desamparo, puedan ser tutelados por la Administración competente, tal como dispone la legislación vigente.” (BOCG, Senado, de 10 de diciembre de 1999 núm. 44). Sin embargo, la propuesta no prosperó y fue la siguiente disposición la que resultó aprobada en la LO 4/2000: Art. 32.2. *“En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a una persona indocumentada, respecto de la que no pueda ser establecido con exactitud si es mayor o menor de edad, lo pondrán en conocimiento de los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares. Determinada la edad y demás datos a que se ha hecho mención, si se tratase de un menor, la Administración competente resolverá lo que proceda sobre el retorno o no a su lugar de origen o sobre la situación de su permanencia en España.*

“corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes”. La cláusula que permitía que el Juez de Menores conociera de otras funciones referidas a los menores de edad, nunca fue desarrollada para atribuirle las funciones de la determinación de la edad. Si bien este sistema tuvo un escaso recorrido, pues sería modificado meses después, la principal crítica que debemos formular es que precisamente la naturaleza penal del Juez de Menores, aboca a la visión criminológica de los MENA, que se encuentra en un plano antagónico de la visión protectora que hay que mantener durante el proceso.

El proyecto de LO que modificaría la LO 4/2000, no contemplaba *ab initio* un cambio de órgano competente, manteniendo pues la decisión en el Juez de Menores. Sí introducía la referencia al Ministerio Fiscal, pero sin que éste hubiera de realizar ninguna actividad. Solo se obligaba a informar al Ministerio Fiscal, de la existencia de un presunto menor no acompañado⁶⁸⁴. Esta propuesta de redacción fue objeto de enmiendas por los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierda Unida, Mixto y Convergència i Unió. De estas enmiendas la más innovadora fue la del Grupo Catalán (enmienda núm 306), puesto que cambió el órgano competente de los Jueces de Menores al Ministerio Fiscal. Concretamente su propuesta en este punto fue la siguiente: “*Artículo 33.2. En los supuestos en que desde cualquier servicio público se localice a un extranjero indocumentado que aparente minoría de edad y esta circunstancia no pueda ser establecida con seguridad, se le dará la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de*

⁶⁸⁴ Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LO 4/2000. Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados VII Legislatura de 11 de septiembre de 2000 núm 12-1. Serie A. Proyectos de Ley. “27. *El artículo 33 queda redactado como sigue: 2. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya edad no pueda ser determinada, lo pondrán en conocimiento del Juez de Menores, informando al Ministerio Fiscal, para la determinación de su minoría de edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas. Determinada la edad, si se tratase de un menor, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno o no a su lugar de origen o sobre la situación de su permanencia en España.*”

enero, de Protección Jurídica del Menor, poniéndose el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual dispondrá la determinación de su edad por medio del Servicio Público de Salud correspondiente y su posterior identificación por la Administración competente en materia de Extranjería. Si resultara acreditado que se trata de un menor de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de la Entidad Pública de Protección de Menores competente, proviniéndole de un documento en el que conste fotografía, huella dactilar, datos de filiación ciertos o aparentes que servirá de referencia personal única hasta que sea acreditada plenamente su identidad. La Administración del Estado resolverá posteriormente, previo informe de la Entidad Pública de Protección de Menores competente, lo que proceda sobre el retorno o no del menor a su lugar de origen o sobre la situación de su permanencia en España". Interesante es así mismo la justificación que se daba de la propuesta de enmienda: "Con la finalidad de agilizar los trámites burocráticos de averiguación de la edad real de aquellos extranjeros indocumentados de los cuales no se sepa con certeza si son menores de edad, se estima conveniente que sea el Ministerio Fiscal quien disponga la determinación de su edad por medio del Servicio Público de Salud correspondiente, una vez cualquier servicio público que haya localizado el extranjero indocumentado haya puesto el hecho en su conocimiento. Asimismo, no se considera oportuna la intervención previa del Juzgado de Menores, para no criminalizar su sola presencia en España y no entrar en procedimientos judiciales. Esta medida se aplica únicamente para determinar la edad de aquellos extranjeros indocumentados que presenten dudas sobre su minoría de edad, sin que por ello tengan necesariamente la consideración de delincuentes. Se trata, en todo caso, de dar una solución ágil y eficaz para que estos menores, una vez determinada su minoría de edad y constatado que se hayan en situación de desamparo, puedan ser tutelados por la Entidad Pública de Protección de Menores competente, tal como dispone la legislación vigente"⁶⁸⁵.

Así pues fueron dos los motivos para el cambio de sistema: dotar de agilidad al procedimiento evitando procedimientos judiciales y evitar la criminalización del fenómeno. Creemos que es acertada la justificación respecto

⁶⁸⁵ Enmiendas al Texto. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. 18 de octubre de 2000, núm 12-5 Serie A. Proyectos de Ley.

a la evitación de la apariencia de criminalización que llevaba implícita la competencia del Juez de Menores, que nunca ha asumido otra competencia que no sea de carácter penal. Por su parte la mención a la agilidad del procedimiento, solo se podría entender si lo que latía detrás de la reforma era evitar los largos procesos judiciales a los que España está acostumbrada, en una materia donde la decisión debía de tomarse de forma ágil⁶⁸⁶.

El trámite parlamentario posterior, tampoco fue pacífico con la propuesta del Grupo Catalán de atribuirle la competencia al Ministerio Fiscal. El Grupo Parlamentario Vasco planteaba la siguiente cuestión: “En cuanto al artículo 33, la residencia de menores, mi grupo votaría a favor de su contenido, pero nos suscita una duda. En el texto inicial del anteproyecto del Gobierno no se daba entrada a los jueces de menores, parece que lo pedía el informe del Consejo de Estado y aparece entonces ya en el proyecto; nuevamente vuelve a desaparecer fruto de la enmienda 306 de Convergència i Unió, que en el texto que como transacción nos ha ofrecido el partido mayoritario. La enmienda de Convergència i Unió contemplaba solo la intervención del Ministerio Fiscal y nos gustaría saber por qué se considera suficiente solo la intervención de éste y se ha hecho desaparecer a los jueces de menores, tal y como dictaminaba el Consejo de Estado en el informe al texto de esta ley. Simplemente es una pregunta. No obstante, el régimen, en general, es correcto y mi grupo votará a favor de la regulación que se contiene”⁶⁸⁷. Especialmente elocuente es la contestación que daba el Grupo Parlamentario Catalán: “La enmienda 306 afecta al artículo que regula una de las situaciones de más difícil gestión real en estos momentos por parte de las administraciones competentes, como es la situación de los menores

⁶⁸⁶ Además de evitar los principios básicos de todo procedimiento judicial: contradicción, asistencia letrada, introducción de recursos.

⁶⁸⁷ El Consejo de Estado en su Dictamen con número de expediente 2606/2000 a propuesta del Ministerio del Interior, para someter a la consideración de ese órgano las modificaciones propuestas a la LO 4/2000 que operaría el Anteproyecto de LO de reforma de la LO 4/2000, de fecha 28/07/2000 dispuso lo siguiente respecto a la competencia: “Por último la modificación propuesta en el art. 33,2 del anteproyecto al actual art. 32,2 de la Ley no parece correcta a este Consejo. La Jurisdicción de menores puede y debe intervenir si se trata de una persona sobre cuya mayoría de edad se dude, como dice el texto hoy vigente; pero no en el caso de cualquier persona cuya edad no pueda ser determinada. Es frecuente que muchos inmigrantes, especialmente africanos, desconozcan exactamente su edad, pero no quepa duda alguna sobre su mayoría. Parece, en consecuencia, más correcto mantener en este punto la vigente redacción”.

indocumentados. Yo creo que ahí la oferta de transacción que nos efectuaba el Grupo Popular es positiva, garantiza que no sean los jueces de menores quienes tengan que hacerse cargo de la determinación de la edad de estas personas. En el texto de la Ley 4/2000 se incorporaban los jueces de menores, y yo no recuerdo, siendo ponente, junto con la señora Uría, en los debates de la ponencia ni de la Comisión, por qué decidimos en aquel momento dar esa competencia a los jueces de menores. Visto con perspectiva posterior, nos ha parecido que estábamos cargando a una jurisdicción de unas competencias que no le eran propias desde ningún punto de vista y nos parecía que era más lógico que fuese el ministerio fiscal quien tuviese que hacerse cargo de la determinación de esta edad. La propuesta en cuestión, junto con otra enmienda, abre la vía de la plena regularidad de los menores una vez se asume su tutela por las administraciones competentes, creando un marco de seguridad jurídica muy importante de cara a los procesos de inserción social y laboral de estas personas. Aquí creamos un marco que puede permitir a las administraciones competentes trabajar en una realidad tan compleja como es la realidad de los menores indocumentados⁶⁸⁸. Y decimos que es especialmente elocuente, puesto que más allá de un informe del Consejo de Estado, para la elaboración de la LO 4/2000, cuyo contenido nadie introduce en el debate; no se da ningún tipo de explicación por los propios ponentes de la ley originaria a por qué eran los jueces de menores los que habían recibido esa competencia.

Así pues, junto a los motivos esgrimidos por el Grupo Parlamentario Catalán de evitar la criminalización del presunto menor, y conseguir un proceso más ágil, podríamos también añadir nosotros, como otro motivo la desjudicialización de la toma de decisiones que afectan a la vida jurídica de las personas⁶⁸⁹, concepto al que volveremos más adelante.

Sometida la propuesta resultante del Grupo Parlamentario Popular que acogía la propuesta del Grupo Parlamentario Catalán (como una enmienda

⁶⁸⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 6 de noviembre de 2000, núm 94. Sesión nº 5. Comisión Constitucional. VII Legislatura.

⁶⁸⁹ Ya hicimos referencia a la desjudicialización de la toma de decisiones al tratar el concepto de desamparo.

transaccional) a debate en el Senado, fue cuestionada nuevamente por dos grupos parlamentarios que proponían volver al sistema anterior donde la competencia para la determinación de la edad, fuera de los jueces de menores, con la lacónica justificación de que con ella se daba mayores garantías a éstos, sin mayor explicación⁶⁹⁰. Pero, tampoco se explicaba correctamente el porqué la competencia se desplazaba al Ministerio Fiscal. Por lo tanto hemos de estudiar en este momento si realmente el Ministerio Fiscal es un órgano que por su propia naturaleza y funciones es el más apropiado para asumir esta función.

No entraremos a realizar un exhaustivo estudio de la naturaleza y configuración del Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento jurídico, pues no es este el objeto del presente trabajo de investigación. Sin embargo, sí debemos hacer referencia a algunas notas que nos parecen relevantes.

El Ministerio Fiscal es un órgano constitucional, pues así lo dispone el art. 124 de la CE. Respecto a la ubicación del Ministerio Fiscal en la estructura del Estado, es unánime el reconocimiento de que el Ministerio Fiscal no es poder judicial (al que solo pertenecen los Jueces y Magistrados y cuya única función es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado según el art. 117.3 CE), pero sí se considera que es un órgano que coadyuva a la administración de la justicia. Por algún autor es considerado como un órgano estatal en el sentido que pertenece a la Administración Central del Estado⁶⁹¹. Sin embargo, esta consideración de que

⁶⁹⁰ Así la enmienda número 27 del Grupo Mixto e Izquierda Unida, y la enmienda número 161 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado VII Legislatura de 4 de diciembre de 2000 núm 9 (c) Serie II Proyectos de Ley.

⁶⁹¹ Flores Prada, Ignacio. 1999. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 334-339. En cuanto a la afirmación de que estamos ante un órgano estatal "... no se trata de construir un órgano independiente, pero sí de subrayar las singularidades del Ministerio Público como institución de naturaleza administrativa especial, no encuadrada en el esquema jerárquico ni propiamente funcional del aparato administrativo. (...) Los cambios y transformaciones estructurales del Estado contemporáneo vienen a configurar el llamado "Estado complejo", en el que los tres clásicos poderes se hacen insuficientes para explicar todo un entramado institucional destinado a paliar la estricta separación de poderes en la que desembocó el Estado Liberal. En este contexto... se alude a una posición institucional dotada de singularidad propia en cuanto órgano del Estado; una posición más sutil, y desde luego de más difícil definición, que exige acudir a parámetros nuevos, distintos de la dependencia y que apuntan al funcionamiento de mecanismos interorgánicos basados en criterios de coordinación, relación y colaboración. (...) La condición de órgano del Estado que cabe atribuir al Ministerio Fiscal no se basa en el mero hecho de que la institución sirva a los fines del Estado. Dicha condición proviene de su singularidad en la estructura jurídico – política, una singularidad que ha sido puesta de relieve en el marco de las transformaciones del Estado contemporáneo como órgano que encarna el

sea un órgano estatal, no debe llevarnos a entender de que el Ministerio Fiscal sea un órgano administrativo con las mismas características que cualquier administración que forma parte del Poder Ejecutivo. Es importante destacar esta afirmación, por cuanto por algún sector doctrinal se ha planteado, que como quiera que el Ministerio Fiscal puede ser considerado como parte de la estructura del aparato del Estado, la consecuencia más importante es que cuando el Fiscal actúa fuera del proceso judicial, sus actos pueden estar sometidos al régimen de recursos administrativos como afirma De Ramón Fors (2010)⁶⁹² y sobre el que volveremos más adelante.

Es el art. 124 de la CE, el que define las competencias del Ministerio Fiscal *“el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”* y el art. 3 del EOMF las enumera de manera más pormenorizada⁶⁹³. Tras una detenida

ejercicio de un conjunto de funciones esenciales para el mantenimiento y garantía del Estado de Derecho.

⁶⁹² De Ramón Fors, Ignacio. 2010. «La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal.» *Diario La Ley* (7433).

⁶⁹³ Art. 3 EOMF: *“Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: 1. Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes. 2. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales. 3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa. 4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda. 5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas. 6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley. 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación. 8. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros. 9. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social. 10. Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. 11. Intervenir en los procesos judiciales de amparo así como en las cuestiones de*

lectura de las mismas, vemos como todas ellas, que tienen contenido concreto, están relacionadas de alguna manera con funciones dentro de un proceso judicial, o están encaminadas a iniciar o promover un proceso judicial. Esto no es más que una consecuencia de lo que dispone el art. 124 CE que mantiene que la función del Ministerio Fiscal es “promover la acción de la justicia”.

Solo es la cláusula de cierre la que determina de forma genérica que también tendrá aquellas otras funciones que el ordenamiento jurídico estatal les atribuya. Podemos criticar esta última cláusula, puesto que aleja la figura del Fiscal del cometido natural del mismo como órgano promotor y cooperante de la administración de justicia; y también lo aleja más si cabe de los postulados del derecho comparado que limitan el diseño de las funciones del Ministerio Fiscal al ejercicio de la acción penal. Desde nuestro punto de vista la redacción del art. 3.16 del EOMF⁶⁹⁴, queda como una suerte de cajón de sastre, muy del gusto del legislador español que lejos de dar soluciones concretas, dificultan en extremo cada vez más la configuración y el contenido de lo que en nuestra opinión debería ser el Ministerio Fiscal, un órgano que colabora con la administración de justicia, al dejar abierta la posibilidad de asunción de cada vez más competencias. En este sentido se pronuncia el Libro Blanco del Ministerio Fiscal⁶⁹⁵, cuando tras analizar sus funciones mantiene las siguientes

inconstitucionalidad en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 12. Interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan. 13. Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor. 14. Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención. 15. Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales. 16. Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya.”

⁶⁹⁴ Esta cláusula de cierre estuvo siempre prevista en el EOMF, no obstante fue objeto de modificación por Ley 14/2003 de 26 de mayo (BOE nº 126 de 27 de mayo), para establecer que solo por ley estatal podría atribuírsele competencias al Ministerio Fiscal. Ello fue así, puesto que antes de la reforma, e incluso con posterioridad se ha asistido a una generalizada atribución de competencias al Ministerio Fiscal por normativa procedente de las CCAA que contradice el espíritu y la letra del Estatuto y su carácter de Institución única. (Fuente: Libro Blanco del Ministerio Fiscal, elaborado por el Consejo Fiscal. Madrid. 2013. P.16. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/LIBRO_BLANCO.pdf?idFile=9cec580c-33b6-49a4-9848-d97493c72518).

⁶⁹⁵ Libro Blanco del Ministerio Fiscal, 2013 *Op. Cit.* P.17

conclusiones que consideramos de especial significación y relevancia para nuestro trabajo y nuestra propuesta: “1. Las funciones del Ministerio Fiscal deben desarrollarse principalmente en el ámbito judicial y no en el administrativo, por lo que han de limitarse al máximo todas las que no respondan a ese esquema. Estas últimas han de ser sometidas a profunda revisión por el Legislativo. 2. Como órgano de relevancia constitucional, las funciones le deben ser atribuidas solo por una Ley de las Cortes Generales, lo que contribuiría a evitar la actual dispersión normativa y competencial”.

Sin perjuicio de que conforme al art. 3.16 del EOMF, la ley estatal (LOEX) haya atribuido una competencia específica al Ministerio Fiscal, cabría preguntarnos si además de en esa cláusula de cierre, es posible que el Ministerio Fiscal, pudiera asumir esa competencia en base a algún otro título legal. Hemos de partir de las fechas en las que la LOEX se gestó y aprobó. Si la atribución al Ministerio Fiscal de esta competencia, tuvo lugar en el año 2000, las funciones que el EOMF otorgaba al Fiscal eran las de su texto original de 1981⁶⁹⁶. En este sentido el art. 3.7 disponía: *“Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos”*. Como manifiesta Flores Prada (1999)⁶⁹⁷ “uno de los cometidos más importantes que corresponde al Ministerio Fiscal como defensor de los derechos de los ciudadanos es el velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas. No en vano el art. 10.1 CE define su protección y respeto como el fundamento del orden político y la paz social. A este respecto puede decirse que una de las mayores preocupaciones del constitucionalismo moderno pasa por establecer adecuados mecanismos de garantía capaces de hacer efectiva la cláusula constitucional a la que acabamos de aludir. Y es en esta línea donde hay que entender la función del Ministerio Fiscal como defensor de los derechos fundamentales, una función que se desarrolla en dos niveles complementarios. De una parte a través del proceso, y

⁶⁹⁶ Ley 50/1981 de 30 de diciembre. BOE núm 11 de 13 de enero de 1982.

⁶⁹⁷ Flores Prada, Ignacio. 1999. *El Ministerio Fiscal en España. Op. Cit.* Pp 474 – 479.

en un segundo nivel, cuando su intervención queda prevista en los procedimientos que tienen por objeto la defensa de derechos en representación de menores o personas desvalidas...”. Y analizando concretamente el apartado 7 mantenía que: “bajo el título general de protección de menores o incapacitados, básicamente son tres los ámbitos de intervención que en este precepto se señalan al Ministerio Público: garantizar la defensa de menores o incapacitados en juicio o fuera de él, promover la constitución de los organismos tutelares pertinentes y, finalmente, formar parte de aquéllos destinados a la protección y defensa de menores y desvalidos. (...) Lo más significativo que aporta la regulación que examinamos se centra en las competencias extraprocesales que al Ministerio Fiscal se encomiendan: de una parte, como defensor de incapacitados o menores sin representación en los negocios jurídicos en que deban intervenir fuera del ámbito estrictamente procesal y, de otra, la participación en organismos que tengan por objeto la defensa de los menores y desvalidos”.

Sin embargo en el año 2003, el art. 3.7 fue modificado por Ley 14/2003 de 26 de mayo por la que se modificaba la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el EOMF⁶⁹⁸. La actual redacción dice así: *“Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”*.

Pues bien, si atendemos a la primera redacción originaria, el Fiscal, tenía atribuida una función extraprocesal de defensa de los menores. Esto quiere decir que su ámbito de actuación podría situarse fuera de un proceso judicial. Pero si analizamos los motivos que justificaban la intervención del fiscal, podemos observar cómo ninguno de ellos está relacionado con la posibilidad de la determinación de la edad. Así la primera finalidad es la de promover la representación y defensa de quienes carecen de capacidad de obrar o de representación y no puedan actuar por sí mismos. Esta primera finalidad para Flores Prada (1999) está prevista únicamente para los casos en los que hay que

⁶⁹⁸ BOE núm 126 de 27 de mayo.

velar por los derechos del menor ante negocios jurídicos, y el procedimiento para la determinación de la edad no es ningún negocio jurídico. Y la segunda de las finalidades es la promoción de la constitución de organismos tutelares, o formar parte de ellos. Ciertamente cuando una persona es sometida a un procedimiento de determinación de la edad, necesitará de un representante legal⁶⁹⁹, pero este representante legal, en el caso del MENA, será el que la ley determine, puesto que el Fiscal no constituye ni promueve ningún organismo tutelar, ya que estamos ante un sistema de tutela legal y no ordinaria. Por lo tanto, tampoco parece que la competencia del Ministerio Fiscal para la determinación de la edad, tiene encaje en esta disposición⁷⁰⁰.

Más importancia tiene la nueva redacción dada al art. 3.7. Hoy queda totalmente claro que la función del Ministerio Fiscal en cuanto a la protección y defensa de los menores, en tanto se provean los mecanismos ordinarios de representación, se articula directamente dentro del procedimiento civil, esto es, dentro del proceso y con presencia de un juez. Así pues, mientras el menor no cuente con un representante, será el Ministerio Fiscal quien lo represente y defienda pero siempre que ya exista un proceso. Parece que tampoco encuentra acomodo la función del Fiscal como determinador de la edad de un presunto menor, justificándolo como representante del mismo o defensor del mismo ya que no existe ningún proceso judicial. Es más, como sostuvimos anteriormente, basta leer la nueva redacción del art. 3.7 del EOMF, para darnos cuenta que el legislador ha querido limitar las amplias funciones que el Ministerio Fiscal tiene en nuestro ordenamiento jurídico al seno de un procedimiento, bien una vez iniciado, bien como promotor del mismo; a pesar de que sigue manteniendo la cláusula general de cierre que criticamos.

⁶⁹⁹ Otra cosa es lo que ocurre en la realidad, que ya ha sido suficientemente analizado en el epígrafe dedicado a la atención inmediata, en el Capítulo II.

⁷⁰⁰ No obstante, la realidad nos puede ofrecer casos en los que puntualmente el Fiscal, sí pueda promover una tutela ordinaria respecto de un MENA. Pero esta posibilidad entraría ya en el ámbito propio de su competencia, y en nada afectaría a lo que venimos explicando sobre la inadecuación de la competencia del Fiscal en el procedimiento de determinación de la edad. Así se trataría de aquellos casos en los que el menor viniera acompañado de una persona que no asumiera responsabilidades parentales de acuerdo al concepto jurídico de MENA, pero del que quedara claro en el procedimiento de que se trata de una persona que tiene relación con el mismo y que pudiera en su caso hacerse cargo del mismo. En este caso si fuera preferible una tutela ordinaria, el Fiscal, de acuerdo a lo que dispone el art. 239 CC tendrá legitimación activa para solicitar el nombramiento de tutor ordinario.

Podríamos afirmar que la determinación de la edad, estaría incardinada en el art. 3.6: *“Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley”*. Se podría defender por cuanto la edad forma parte del estado civil de la persona y como ya estudiamos en el Capítulo II, el estado civil es una materia de orden público en el que debe intervenir siempre el Ministerio Fiscal. Sin embargo, nuevamente el tenor literal del precepto nos obliga a la existencia de un proceso y sobre todo a “tomar parte” por lo que difícilmente el Fiscal, tal y como se configura el procedimiento de determinación de la edad, puede tomar parte de un proceso, si no hay ninguna otra parte que alegue otra cosa, máxime cuando el presunto menor no está representado. A esta cuestión se refiere el Protocolo de MENA cuando intenta justificar en el apartado primero del capítulo V la competencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento: *“Los expedientes incoados por el Ministerio Fiscal al amparo de dicho precepto y, en su caso la resolución adoptada, no persiguen la determinación de la edad del afectado en cuanto una de las manifestaciones de su estado civil, sino exclusivamente decidir con carácter cautelar y urgente, incluso si es posible durante el servicio de guardia si debe ser acogido en un centro de protección de menores de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor o por el contrario debe ser sometido al régimen ordinario de mayores de edad”*. No estamos de acuerdo con la afirmación de que con la determinación de la edad no se persigue una de las manifestaciones del estado civil. Creemos que la determinación de la edad, necesariamente lleva consigo un estado civil (mayor o menor de edad), que no puede ser desligado del procedimiento. Y es este estado civil precisamente el que determina el régimen jurídico que ha de seguir la persona que se somete al procedimiento: bien seguir en un régimen de protección, bien pasar al régimen ordinario del extranjero que se encuentra en España en situación irregular. En este sentido se pronuncia el ATC 151/2013 de 8 de julio de 2013⁷⁰¹ y ATC 172/2013 de 9 de septiembre⁷⁰² que disponen en su fundamento jurídico 4º: *“Pero, más allá de lo anterior, el decreto de determinación de la edad va a tener su importancia a la hora de fijar la identidad del menor y su estado civil, vinculados obviamente a la fecha de nacimiento y*

⁷⁰¹ BOE núm 183 de 1 de agosto.

⁷⁰² BOE núm 242 de 9 de octubre.

considerados como un derecho básico de los niños a la luz del art. 8 de la Convención sobre derechos del niño, vinculante para España por la doble vía de lo dispuesto en los arts. 96 y 10.2 CE”.

Así pues, como conclusión una vez examinada las competencias propias del Ministerio Fiscal atribuidas por el EOMF podemos afirmar que el proceso de determinación de la edad, no es un proceso que de forma autónoma esté incardinado en ningún proceso judicial, ni tampoco está dirigido a promover la acción de la justicia ante los tribunales, puesto que la decisión sobre la edad, solo determinará bien un régimen de protección de menores, bien un régimen estrictamente de extranjería que llevará consigo la aplicación de dos procedimientos administrativos: la repatriación o bien la expulsión del extranjero mayor de edad. Volviendo a las conclusiones del Libro Blanco del Ministerio Fiscal, creemos en consecuencia que esta competencia del Ministerio Fiscal en este ámbito debería ser revisada pues excede del ámbito judicial.

4.1.1.1. Las intervenciones corporales y la competencia del Ministerio Fiscal.

La competencia del Ministerio Fiscal, ha sido estudiada y criticada desde otra óptica. Aquella que se refiere a la autorización de las pruebas médicas como una diligencia consistente en una intervención corporal. En este sentido la doctrina como tendremos oportunidad de analizar se ha planteado si el hecho de autorizar pruebas médicas que pueden afectar al derecho a la vida, a la integridad física, o incluso intimidad de una persona, justifica la atribución de la competencia al Ministerio Fiscal, o bien ésta debiera ser atribuida a los jueces, que conforme a sus funciones, son los únicos que pueden limitar derechos fundamentales. Según lo afirmado por los Médicos Forenses en sus «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 (2010)»⁷⁰³ “las pruebas médicas precisamente por no ser inocuas, deben ser solo autorizadas por la autoridad judicial o fiscal y nunca por la policía. Deben tener una adecuada indicación médica para considerarla aceptables desde un punto de vista ético”. No compartimos esta opinión ni tampoco lo hace el TC. Veamos a continuación la fundamentación en la que trataremos a su vez dos cuestiones de relevancia: la justificación de la medida y el consentimiento a su práctica.

1. Las pruebas médicas: justificación constitucional y legal de la medida.

El apartado quinto del capítulo V del Protocolo dispone: “*En el ámbito de aplicación del artículo 35.3 LOEX, la decisión sobre la práctica de pruebas médicas dirigidas a eliminar las dudas sobre la mayoría o minoría de edad del extranjero indocumentado es exclusiva del Ministerio Fiscal que la adoptará mediante acuerdo*”. Es necesario por tanto, hacer referencia en este momento a la doctrina establecida respecto a las intervenciones corporales.

Según Reviriego Picón (2013)⁷⁰⁴ “las intervenciones corporales, como diligencias de investigación en el proceso penal pueden incidir indudablemente en diferentes derechos fundamentales de la persona que a ellas quede sujeto, como el derecho a la integridad física o a la intimidad.(...) Hubo que esperar hasta hace poco menos de una década, y con una técnica legislativa ciertamente deficiente, para que se recogiera en la LECRIM la habilitación de determinados actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal (...) la lenidad del legislador convirtió a los jueces en protagonistas de un juicio de idoneidad que no les correspondía y al TC en un verdadero legislador suplente. Todo ello, en el curso del conflicto planteado por la necesidad de su aplicación entre los derechos afectados, el deber de colaboración con la justicia, el interés público

⁷⁰³ Garamendi González, Pedro M; Bañón González, Rafael; Pujol Robinat, Amadeo; Aguado Bustos Fernando F; Landa Tabuyo, María Irene; Prieto Carrero, José Luis y Serrulla Rech, Fernando. 2011. «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 (2010).» *Op Cit.* P.26.

⁷⁰⁴ Reviriego Picón, Fernando. 2013. «Intervenciones corporales y derechos fundamentales.» *Revista General de Derecho Constitucional.* (16)

propio de la investigación de un delito y la determinación de los hechos relevantes para el proceso penal”.

Si bien nos movemos en un procedimiento que nada tiene que ver con el Derecho penal, hemos de adelantar que toda la doctrina sobre las intervenciones corporales tiene su justificación y fundamentación en esa rama del Derecho⁷⁰⁵, sin olvidar la vertiente constitucional al poder verse afectados los derechos de la vida y la libertad de creencias. Pero esto no es óbice para no aplicarla a nuestro caso, puesto que en la doctrina penal los fundamentos y principios aplicables son restrictivos; al encontrarnos en un procedimiento de otra naturaleza no existe inconveniente de que la doctrina jurisprudencial sea aplicada a nuestro supuesto de hecho.

El TC se ha convertido en un auténtico órgano regulador de esta materia. Las SSTC 37/1989 de 15 de febrero⁷⁰⁶ y 35/1996 de 11 de marzo⁷⁰⁷ fijaron las primeras posiciones en la materia. Esta última en su fundamento jurídico 4º declara *“la constitucionalidad de las medidas que no vulneran la integridad física, siempre que se realicen de forma aislada, por personal médico especializado, previos informes de éstos, se utilicen aparatos homologados y el nivel de radiación resulte ser de menor intensidad que los máximos permitidos por la Organización Mundial de la Salud”*. Pero podemos afirmar que ha sido la STC 207/1996 de 16 de diciembre⁷⁰⁸ la que un mejor desarrollo ha realizado de la cuestión. Esta sentencia diferenció en el Fundamento Jurídico 2º las inspecciones y registros corporales en los que resulta afectado el derecho a la intimidad corporal (art. 18 CE) de las que afectan al derecho a la integridad física (art. 15 CE). Concretamente respecto a las primeras dispone: *“las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en*

⁷⁰⁵ Art. 363 apartado 2 de la LECRIM introducido por LO 15/2003 por la que modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, BOE núm 283 de 26 de noviembre: *“Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*.

⁷⁰⁶ BOE núm 52 de 2 de marzo.

⁷⁰⁷ BOE núm 93 (suplemento) de 17 de abril.

⁷⁰⁸ BOE núm 19 (suplemento) de 22 de enero de 1997.

cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad”. Y respecto de las segundas manifiesta: “las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa”. A su vez, en esta categoría diferenció las intervenciones leves de las graves: “y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por eje., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)”.

La justificación de la medida debemos realizarla desde la óptica constitucional y con ello se pretende “justificar si la intervención es constitucional objetiva y razonable”. A estos efectos dispone la STC 207/1996 en el fundamento jurídico 4º: “A tal efecto, conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los

siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante (STC 7/1994, fundamento jurídico 3º)". No podemos perder de vista que el estudio está sometido a la óptica del Derecho penal, pero como ya hemos advertido nada obsta a que lo apliquemos a nuestro supuesto de hecho y de esta forma obtenemos las siguientes conclusiones:

1º Previsión legal. En efecto la práctica de las pruebas médicas viene recogida en el art. 35 de la LOEX.

2º Que se adopte por resolución judicial salvo razones de urgencia y necesidad. Nos podríamos plantear en este punto, si esta conclusión no es por sí suficiente para otorgar la competencia al Juez y no al Ministerio Fiscal. Las limitaciones de los derechos fundamentales en el seno de un proceso judicial, tienen que ser autorizadas por un juez. Así lo dispone claramente la Constitución cuando se refiere a determinados derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, la privación de libertad, el secuestro de las comunicaciones... La STC 207/1996 establece la posibilidad de que en las intervenciones corporales, pueda existir una habilitación legal para que la policía judicial por razones de urgencia o necesidad pueda realizar intervenciones corporales leves: (fundamento jurídico 4º): *"En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 dijimos que era "solo posible por decisión judicial" (fundamento jurídico 7º), aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (fundamento jurídico 8º) Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante*

(debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Por tanto, nos debemos preguntar ¿existen razones de urgencia y necesidad en el proceso para la determinación de la edad de una persona que permita a la ley realizar una autorización para la práctica de estas pruebas a otros órganos como el Ministerio Fiscal o incluso a la policía? Creemos que sí. Baste recordar lo que dispone la Observación General nº 6⁷⁰⁹ del Comité, para comprobar como mantienen que los procedimientos para la determinación de la edad, deben realizarse con celeridad. La situación en la que se encuentra una persona de la que se duda su edad, implica que debe ser protegida, pero no debemos olvidar que es una situación en la que actualmente se encuentra que podríamos denominar de precario pues como ya hemos puesto de manifiesto carece de una protección jurídica y solo posee una protección material. Ahora, bien no obstante lo anterior, esta protección también implica la necesidad de la separación de los adultos de los menores, por esa razón es necesaria una pronta determinación de la edad, para poder cumplir totalmente con esa protección. Además la determinación de la edad afecta al estado civil de la persona por lo que la indefinición de éste, debe durar el tiempo mínimo indispensable. La siguiente pregunta, es si la adopción de una medida que calificamos de urgente y necesaria, es monopolio de un solo órgano de decisión, o cualquiera al que se le atribuya la competencia puede dictar una resolución de forma urgente, atendiendo a las necesidades y circunstancias que concurren en la decisión. El legislador ha querido y así lo manifestó en la tramitación parlamentaria que fuera el Ministerio Fiscal, quien determinara la edad, pues consideró que estaba en mejores condiciones para dictar esa resolución urgente. No estamos de acuerdo con esta reflexión. La práctica habitual en los juzgados es que el Juez adopte multitud de resoluciones de carácter urgente atendiendo a las necesidades

⁷⁰⁹ CRC/GC/2005/6 (párrafo 31).

concurrentes en cada caso⁷¹⁰; y por otro lado tampoco existiría ningún impedimento para que con previsión legal o reglamentaria, también se obligara a la administración a adoptar una resolución con carácter urgente, teniendo en cuenta como venimos manteniendo las circunstancias de la misma y en atención al sujeto de la decisión que es un menor. Por ese motivo, tampoco en virtud de la urgencia o necesidad de la decisión, el Ministerio Fiscal debe ser considerado como el órgano decisor más adecuado.

3º Resolución motivada. Cualquier actuación que vaya a afectar a la integridad física necesita de una resolución motivada. Sin embargo, esta necesidad no implica que necesariamente haya de ser dada por el Ministerio Fiscal. Cualquier órgano que tenga por objeto adoptar una decisión de este tipo, tiene que fundamentar y motivar adecuada e individualmente el porqué es necesario practicar una determinada diligencia sobre ella. La necesidad de motivación actualmente que se impone al Ministerio Fiscal se recoge en el apartado tercero del Capítulo V⁷¹¹. Pero son textos legales de mayor importancia que un Protocolo los que obligan a motivar las resoluciones judiciales, (arts. 120 CE y 248 LOPJ) y administrativas (art. 35 de la Ley 39/2015). Por tanto tampoco este requisito justifica que sea el Ministerio Fiscal, el órgano más adecuado para la toma de la decisión que analizamos.

4º Fin constitucionalmente legítimo. Dispone el TC: *“Ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones -art. 18.2 y 3 C.E.), mas ello no*

⁷¹⁰ Medidas cautelares de carácter personal y reales, órdenes de protección, intervenciones telefónicas, entradas y registros en domicilios, internamientos involuntarios, intervenciones corporales de carácter urgente en los que pelagra la vida o salud de las personas...

⁷¹¹ *Las peticiones de incoación del expediente deberán ir acompañadas de una exposición razonada en la que se relacionen las circunstancias de la localización del afectado, motivos que hacen dudar sobre su minoría de edad, y, en caso de existir documentación genuina del menor expedida por autoridades extranjeras, los concretos indicios de sospecha sobre su fiabilidad y verosimilitud. Cuando se incoe de oficio, el decreto inicial del Ministerio Fiscal deberá reflejar motivadamente no solo las circunstancias recogidas en el párrafo precedente sino también las causas concurrentes que determinan su actuación, de conformidad con las Circulares e Instrucciones del Fiscal General del Estado.*

significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7º y 8º) Entendemos que en la determinación de la edad sí existe un fin constitucionalmente legítimo como ya expusimos con anterioridad siguiendo a Alonso Sanz (2016). En primer lugar, el propio interés superior del menor y en segundo lugar la necesidad de protección (art. 3 del CDN, 10.2, 39.4 y 96 CE).

En materia de determinación de la edad confluyen dos principios que conforme a la ley están en desequilibrio: el interés superior del menor y su consiguiente protección y el interés del Estado al control de los flujos migratorios, pero solo el primero de ellos es constitucionalmente legítimo. La persona tiene derecho a que se le otorgue la protección necesaria mientras se determina su edad, y con posterioridad si finalmente se determina que es menor. El interés del Estado a controlar los flujos migratorios, también está presente en la determinación de la edad de las personas. Podemos considerar que ambos intereses entran en contradicción y conviven en tensión; sin embargo, si acudimos a la Constitución, solo el interés superior del menor tiene soporte constitucional a través de la protección del menor recogida en el art. 39 CE. La Consulta 1/2009 de la FGE también se pronuncia sobre el interés constitucionalmente legítimo, el de la protección: “El fin constitucionalmente legítimo que justifica en estos casos la intromisión corporal es el interés del Estado en determinar la edad de las personas que se encuentran en su territorio, teniendo en cuenta las diferentes consecuencias jurídicas que de ello se pueden derivar y que se concretan, en relación con los menores de edad, en el establecimiento de medidas de protección en tanto no hayan alcanzado la mayoría de edad...”. De lo examinado, tampoco el fin constitucionalmente legítimo impone que sea el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial quienes únicamente puedan decidir sobre la determinación de la edad, puesto que el interés superior del menor y consecuentemente su protección debe ser

respetados por todos los poderes públicos por igual tal y como recoge el art. 3 CDN y la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño⁷¹².

5º El principio de proporcionalidad. *“Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”. Pues bien en el ámbito de los presuntos menores extranjeros queda claro por lo ya estudiado que la prueba médica es una prueba apta y objetiva, pese a sus márgenes de error, para la determinación de la edad siendo necesaria si no existe ningún otro medio de prueba apta que pueda darnos luz sobre la posible edad del interesado. Por otro lado como bien señala la Consulta, el riesgo para la salud derivado de una prueba radiológica es actualmente muy pequeño o residual. Este principio tampoco justifica por sí mismo que la competencia haya de ser para el Ministerio Fiscal o cualquier otro órgano específico.*

2. El consentimiento del presunto menor para la práctica de las pruebas médicas.

⁷¹² CRC/C/GC/14 (Apartado IV.A.2).

El problema del consentimiento informado ya había sido tratado tanto en la Consulta 1/2009 como en la Conclusión 5.4 y 5.5 del documento de trabajo obtenido tras la reunión de Fiscales de Extranjería y Menores de abril de 2010. Si debemos realizar pruebas médicas, inevitablemente debemos detenernos en la necesidad del llamado consentimiento informado, así como en la posibilidad de emitir este consentimiento por representación⁷¹³. Siguiendo a Junquera de Estéfani (2008)⁷¹⁴, el consentimiento informado se encuadra dentro de un concepto más amplio que es el de la autonomía, que es “el derecho a dar o no el consentimiento a la aplicación de determinadas terapias o técnicas biomédicas, tras ser informado adecuadamente acerca de su estado y de las posibles alternativas... la autonomía abarca el vasto campo de la capacidad de elección... Mientras que el consentimiento informado es una manifestación concreta de la autonomía del sujeto consistente en dar o negar la autorización personal para que se realice alguna actividad o actuación que le afecta directamente”. En el ámbito de los MENA y la práctica de la prueba médica debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿es necesario el consentimiento informado?; ¿podemos hablar de consentimiento por representación en el caso de que no se preste voluntariamente el consentimiento?

El consentimiento informado, es necesario para la práctica de cualquier prueba médica una vez recibida toda la información (art. 8.1 de la Ley 41/2002), no distinguiendo la ley entre pruebas diagnósticas o terapéuticas. El TC, se ha pronunciado sobre este particular en la STC 37/2011⁷¹⁵ fijando su doctrina en los fundamentos jurídicos 3, 4 y 5: “*el derecho del art. 15 CE protege según doctrina de este Tribunal la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques*

⁷¹³ Como manifiestan Duplá Marín, M^a Teresa, y Bardaji Gálvez, M^a Dolores. 2008. «Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor (A propósito del D.90/2008 , de 22 de abril, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación y piercing, así como los requisitos higiénico-sanitarios que tienen que cumplir los establecimientos en que se realizan estas prácticas).» Op Cit. P.457: “la toma de decisiones médicas sobre la salud de los menores, ya sea en el supuesto de un procedimiento diagnóstico como terapéutico, ha merecido, desde siempre y en atención a las características específicas que recaen en la persona del paciente o usuario una especial atención por parte del Derecho, puesto que para la mayoría de los casos legalmente previstos debe darse una sustitución de la voluntad del menor por la de su representante legal”.

⁷¹⁴ Junquera de Estéfani, Rafael. 2008. «Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?» En *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, de Adroher Biosca, Salomé; de Montalvo Jääskeläinen, Federico; Corripio Gil – Delgado, María Reyes y Veiga Copo, Abel B. 475-490. Pamplona: Aranzadi S.A. P.477.

⁷¹⁵ BOE núm 111 de 28 de abril.

dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (...) El art. 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral (...) El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas”.

En materia de la determinación de la edad, el informe de la EMN de 2013⁷¹⁶ mantiene la necesidad del consentimiento informado para la práctica de las pruebas médicas. En nuestra legislación, ni el art. 35 de la LOEX, ni el art. 190 del RLOEX hacen referencia al mismo, aunque dichas menciones no serían necesarias pues serían de aplicación las reglas generales sobre el consentimiento informado. Por su parte el art. 48 de la Ley 12/2009 reguladora del asilo y la protección subsidiaria, si bien no lo menciona, sí establece una consecuencia para el caso de que el presunto menor se niegue al reconocimiento médico, por lo que podemos intuir, que hay una remisión tácita a la materia.

⁷¹⁶ European Asylum Support Office. 2013. «Age assessment practice in Europe» Op. Cit. P.20.

Es el Protocolo MENA, recoge una regulación propia del consentimiento informado⁷¹⁷. Nuevamente en este aspecto existe una extralimitación de las funciones propias del Protocolo, pues como veremos hace referencia a un verdadero procedimiento, que además se aparta de lo estrictamente se recoge en la Ley 41/2002 como información que debe ser prestada únicamente por el facultativo al paciente para que muestre su consentimiento en el art. 10⁷¹⁸. Así a ese consentimiento sobre el contenido de las pruebas médicas, se le añade una información sobre las consecuencias de la negativa a practicar dichas pruebas, que no es exigible legalmente. Reconociendo además que esta última información no forma parte del “consentimiento informado” de la Ley, el Protocolo reconoce que son dos los órganos ante los que hay que prestar dicho “consentimiento” y además deben existir dos actas diferentes⁷¹⁹.

Pero sin duda es la cuestión relativa a la negativa del consentimiento y la posibilidad o no de prestarlo por representación⁷²⁰, la que más controversia ha

⁷¹⁷Capítulo V. Apartado quinto núm 2. Consentimiento informado del extranjero. “*El Fiscal autorizará la práctica de las pruebas médicas a condición de que el interesado preste el consentimiento tras haber sido fehacientemente informado, en el modelo que consta como Anexo III del presente Protocolo, de los siguientes extremos: A. Contenido de la información: a) Tipo, características y riesgos de las pruebas a las que va a ser sometido. b) Finalidad que se persigue con la realización de las pruebas y las consecuencias que se derivarían de su negativa a practicarla B) Órganos que deben informar y ante los que debe prestarse el consentimiento. Formalización de acta. a) La información sobre el tipo, características y riesgos de las pruebas a la que va a ser sometido deberá ser facilitada por el facultativo competente. El consentimiento se prestará ante el mismo. b) Los demás aspectos de la información se prestarán por la propia policía actuante. c) Del consentimiento prestado en los dos apartados anteriores se levantarán las correspondientes actas al respecto en las que consten de manera expresa e inequívoca a autorización del presunto menor*”.

⁷¹⁸ Art. 10: “1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones”.

⁷¹⁹ El Anexo III del Protocolo recoge el modelo de acta sobre el consentimiento prestado a realizar las pruebas médicas ante la Policía. Este modelo como no puede ser de otra forma, no contiene los requisitos a los que hace referencia el art. 10 de la Ley 41/2002.

⁷²⁰ La Ley 41/2002 regula el consentimiento por representación de los menores de edad, distinguiendo tres supuestos de intervención y combinándolo con la regla general de que en materia sanitaria, el menor mayor de 16 años goza de lo que hemos denominado “mayoría de edad sanitaria”: 1. Las intervenciones generales: el menor mayor de 16 años deberá prestar su consentimiento. Si tuviera menos de 16 años éstas solo podrán ser realizadas si tienen por finalidad exclusiva conseguir un beneficio directo sobre ellos, y el consentimiento se dará por representación (su representante o por una autoridad, teniendo siempre en cuenta el interés del menor y su opinión; 2. Experimentaciones o ensayos clínicos y 3. Sometimiento a técnicas de

suscitado. Como ya adelantamos el art. 48 de la Ley de Asilo se refiere a ello pero desde un punto de vista muy específico y es referido a la protección internacional y no a la determinación de la edad de cualquier persona. El Protocolo MENA, nuevamente excediéndose de sus funciones hace una completa regulación de la negativa a prestar consentimiento⁷²¹ acorde a lo que recogen en sus conclusiones Smith y Brownlees (2011)⁷²².

Las pruebas médicas, que se realizan en el procedimiento de determinación de la edad, pueden ser catalogadas como intervenciones de carácter general y por lo tanto sujetas a la autonomía del paciente mayor de 16 años de forma que es éste quien deberá prestar o no el consentimiento a su práctica⁷²³ sin que quepa, el consentimiento por representación. Cuando no

reproducción asistida. En estos dos supuestos, se excepciona la autonomía del menor mayor de 16 años a prestar por sí mismo su consentimiento necesitando el consentimiento por representación.

⁷²¹ “C) *Negativa a prestar su consentimiento.* a) *En el supuesto de negativa a prestar su consentimiento para la práctica de las pruebas ante los agentes de la policía actuantes será llevado a presencia del Fiscal que tras recibirle declaración y tomando en consideración todas las circunstancias obrantes en el expediente podrá determinar que se trata de un mayor de edad.* b) *Si entre las circunstancias concurrentes se hallaren indicadores de que el interesado pudiera ser víctima de trata de seres humanos prevalecerá la presunción de minoría de edad, debiéndose adoptar las medidas de protección inmediatas, comunicándose simultáneamente a la Unidad policial de Extranjería correspondiente del CNP a los efectos de valorar la aplicación del artículo 59 bis LOEX según las reglas establecidas por el Protocolo de protección de víctimas de trata de seres humanos, así como al Cuerpo policial actuante, a efectos de investigación.* c) *El interesado podrá retirar su consentimiento en cualquier momento antes de la práctica de las pruebas médicas, en cuyo caso cesarán o se dejarán sin efecto las mismas, valorándose del mismo modo que si se tratara de una negativa precedente”.*

⁷²² Smith, Terry y Brownlees, Laura. 2011. «Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography» *Op. Cit.*

⁷²³ Si bien en la práctica son raros los casos en los que los presuntos menores no prestan su consentimiento, en la actualidad se están planteando ausencias de consentimiento para el examen físico general que incluye la evolución de los signos de maduración sexual que realizan los médicos forenses (así se constata en los expedientes tramitados en la Fiscalía Provincial de Las Palmas). Los presuntos menores alegan que no quieren someterse a ese examen por ser contrarios a su dignidad, existiendo además un factor cultural determinante si el médico forense es del sexo contrario al del examinado. Según el Protocolo de MENA, si el interesado retirara su consentimiento (que puede realizarlo en cualquier momento) antes de la práctica de las pruebas médicas, éstas cesarán y se dejarán sin efecto las mismas, valorándose como si hubiera habido una negativa a la realización de las mismas. En el supuesto de hecho que se ha indicado, los interesados solo retiran su consentimiento a una de las pruebas médicas, cual es la observación directa de los caracteres sexuales; no retiran el consentimiento ni para las pruebas radiológicas ni para el examen médico posterior, que se limita únicamente a la toma de las medidas corporales y entrevista. No podemos concluir que al retirar el consentimiento para una sola de las pruebas, todo lo que se hubiera practicado, quede invalidado y por lo tanto valorarlo como una negativa, pues no solo sería ilógico sino que además se penaría el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, el derecho a la intimidad. Creemos que estas situaciones pueden ser resueltas, si se aplicara un nuevo consentimiento informado o bien se especificara en el modelo fijado en el Anexo III la expresa referencia al examen de los caracteres sexuales.

exista el consentimiento, el Ministerio Fiscal no puede suplirlo, ni tampoco obligar de forma coactiva a la práctica de la prueba⁷²⁴. Y así lo recuerda la STC 206/2007 de 24 de septiembre⁷²⁵ fundamento jurídico tercero: “*el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) protege la inviolabilidad de la persona, no solo en aquellos casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también –en lo que ahora interesa– contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular, por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento*”.

Fiscales como Armenteros León (2006)⁷²⁶ y Fábrega Ruíz (2005)⁷²⁷ consideran que sí se podría obligar coactivamente a un presunto menor la realización de la prueba médica, aplicando en esta materia la doctrina del TS sobre pruebas biológicas de paternidad. De esta forma el juez atendiendo a las circunstancias del caso podrá determinar la imposición imperativa de la práctica de la prueba, siendo el Juez de Primera Instancia el competente con fundamento en el art. 172.6 del CC. El Juez de Menores Emilio Calatayud, mantiene que en los casos de conflicto, el Juez que debiera de autorizar las pruebas debía ser el Juez de Instrucción⁷²⁸. En igual sentido se pronuncia De Palma del Teso (2006)⁷²⁹ quien mantiene que “cuando el menor tenga suficiente madurez se le deberá informar acerca de la prueba y solicitar su consentimiento. En el supuesto de que se negara a la práctica de la misma, sería necesaria la intervención del Juez que, mediante resolución motivada, acordará su realización.” Con el mismo

⁷²⁴ En España, la única intervención corporal que está totalmente desarrollada normativa y jurisprudencialmente es la prueba de alcoholemia, cuya negativa a realizarla sí genera consecuencias perjudiciales para el sujeto; sin que nadie, ni siquiera el juez de instrucción pueda obligar a su realización. Si la misma no se realiza, existirá la posibilidad no solo de acusar por un delito contra la seguridad vial por conducir bajo los efectos del alcohol si existen otros indicios o pruebas que lo permitan, y además acusar por un delito de desobediencia (art. 383 CP).

⁷²⁵ BOE núm 26 de 31 de octubre.

⁷²⁶ Armenteros León, Miguel. 2006. «Análisis del tratamiento jurídico previsto para los menores extranjeros en situación irregular». *Op Cit.* Pp 2975- 2976.

⁷²⁷ Fábrega Ruíz, Cristóbal Francisco. 2005. «El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores». *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.* (4): 1490-1505.

⁷²⁸ Durán Ruíz, Francisco Javier. 2007. «Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección». *Op. Cit.* P.16

⁷²⁹ De Palma del Teso, Angeles. 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados.* *Op. Cit.* P. 84.

alcance se pronuncia Martínez García (2013)⁷³⁰ quien mantiene, en materia de asilos, que “en ausencia de consentimiento si se estima absolutamente necesaria la realización de esa prueba, habrá que acudir al juez.”

No estamos de acuerdo con estas afirmaciones, por lo que ya hemos adelantado. Las pruebas médicas para la determinación de la edad, son intervenciones de carácter general, pero además reúnen otra característica cual es que no son pruebas terapéuticas, y ni siquiera diagnósticas. Así pues si aplicamos la regla general, el menor mayor de 16 años será libre para prestar o no su consentimiento, y como además la prueba no es necesaria para curar no podría ser impuesta coactivamente. Podríamos cuestionarnos qué pasa con los menores de 16 años (que conforme a la ley necesitarían contar con el consentimiento por representación incluso para las intervenciones generales)⁷³¹. En este sentido creemos que debemos aplicar la misma fundamentación que para los mayores de 16 años, pues es más garantista, dado que tampoco existe certeza de que efectivamente la persona que se niega a realizar la prueba tenga menos de 16 años. Así pues independientemente de quien sea el órgano competente para adoptar la decisión sobre la determinación de la edad (juez, fiscal u órgano administrativo), entendemos que no pueden ser acordadas coactivamente.

La consecuencia de la no obtención del consentimiento y por lo tanto la carencia de pruebas netamente objetivas, no implicará de por sí negar la minoría de edad de quien ejerce su derecho constitucional. Sin embargo, el Protocolo establece una serie de trámites que parecen ir en el sentido de intentar buscar

⁷³⁰ Martínez García, Bartolomé José. 2013. «Los menores en la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria. Logros y retos para el nuevo reglamento» en *Infancia y protección internacional en Europa*, de Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel (Coordinadoras), 103 - 112. Madrid: Tecnos. P. 109.

⁷³¹ No coincide con nuestra opinión, De Palma del Teso, Angeles. 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Op. Cit. P. 84, quien mantiene que “si el menor no hubiera alcanzado un grado de madurez suficiente sería necesaria la intervención de su representante legal. Teniendo en cuenta que el menor inmigrante se encuentra sólo e indocumentado, corresponderá al Ministerio Fiscal asumir la representación de los menores que no tengan condiciones de madurez y, por tanto, dar su consentimiento a la realización de la prueba radiológica.” Hemos de poner de relieve que si el menor no tiene un grado de madurez suficiente, o bien estamos ante un supuesto de discapacidad intelectual, o bien claramente estamos ante una persona menor de edad, sobre la que evidentemente su edad no se duda.

un motivo a esa negativa, siendo además el único caso en el que impone la audiencia del menor. Así se pronuncia el apartado 5 punto 2 letra C del Capítulo V: “a) *En el supuesto de negativa a prestar su consentimiento para la práctica de las pruebas ante los agentes de la policía actuantes será llevado a presencia del Fiscal que tras recibirle declaración y tomando en consideración todas las circunstancias obrantes en el expediente podrá determinar que se trata de un mayor de edad*”. La determinación de la edad, se realizará por lo tanto con los datos que se tengan del presunto menor, que podría ser solo su declaración o una valoración médica que no conlleve intervención corporal. Acudimos así a los conceptos generales de valoración de la prueba, y a la llamada prueba indiciaria, que incluso queda reflejada en el apartado b) para los casos en los que existan indicios o indicadores de trata de seres humanos. En este sentido se pronuncia Vestri (2014)⁷³² “la realidad, entonces que viven los MINAs que no se quieren someter a las pruebas médicas, parece recoger los elementos propios de una verdadera prueba indiciaria (...) El TC, no obstante el peligro que ofrece la prueba indiciaria (...) y, en general, los inconvenientes que presenta una prueba de esta naturaleza, la admite como una prueba de cargo suficiente para desvirtuar, en principio, la presunción constitucional de inocencia reconocida en el art. 24.2 CE”.

Como conclusión al respecto del consentimiento y el órgano competente para la determinación de la edad, podemos decir, que tampoco desde este punto de vista se justifica la atribución de la competencia al Ministerio Fiscal, pues nunca podrá suplir la falta de consentimiento del presunto menor, ni obligar coactivamente a realizar las pruebas; pero tampoco el órgano judicial podrá suplir el consentimiento u ordenar mediante una resolución judicial la práctica de la misma, por lo que tampoco sería esta una justificación para que el órgano competente para determinar la edad de un presunto MENA sea el juez. En cualquier caso, por todo lo que hemos explicado anteriormente, la decisión de cual debe ser el órgano para la toma de la decisión, no puede estar ligado a la posibilidad de suplir el consentimiento del menor si este no lo da.

⁷³² Vestri, Gabriele. 2014. *Inmigración y Extranjería. Amparo jurídico legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados. Op. Cit.*

4.1.1.2. La posible práctica de las pruebas médicas por la Entidad Pública y la modificación del Decreto del Fiscal.

En otro orden de cosas y en aras de demostrar que no es necesario que el Fiscal autorice las pruebas médicas, debemos referirnos a la posibilidad de la modificación del Decreto del Fiscal en el que se determina la edad. Como veremos al hablar del cauce procedimental, el Decreto del Fiscal que determine la edad es provisionalísimo. Esto quiere decir que si aparecieran nuevas pruebas que pudieran dar lugar a una revisión de lo practicado se podrá justificar y por ende modificar el Decreto anterior y fijar una nueva edad. La conclusión 5ª del encuentro de Fiscales especialistas en menores y extranjería de 2010, se hizo eco de la posibilidad de que por la Entidad Pública se pudieran practicar pruebas de determinación de la edad complementarias, sometidas siempre al consentimiento del menor e incluyendo la posibilidad de que las mismas fueran pruebas médicas y añadiendo que una negativa del menor a someterse a estas nuevas pruebas médicas podrían ser valoradas por el Ministerio Fiscal en el sentido de la Consulta 1/2009.

El Protocolo recogió esta posibilidad en el apartado sexto del Capítulo V del Protocolo. El punto 2 alude a la revisión del Decreto. Especial consideración tiene el apartado C) *“Cuando concurren circunstancias sobrevenidas o que siendo preexistentes no pudieron ser tomadas en cuenta en el momento de dictar el decreto, y el Fiscal las valore como relevantes y suficientes para su modificación. Significadamente, cuando conste la práctica de otras pruebas médicas de resultado incompatible realizadas en el ámbito de sus competencias a instancia de los Consulados españoles en el extranjero, de cualquier Administración del Estado, o de la Entidad pública de protección de menores en el ejercicio de su función de guarda y tutela.”*

Sin perjuicio de lo que mantendremos después, creemos que el Protocolo MENA nuevamente se excede a lo que dispone la Ley, puesto que mantiene que en el ejercicio de las funciones de guarda y tutela que le son encomendadas a la Entidad Pública, ésta podrá realizar pruebas tendentes a la determinación de la edad, cuando la realidad determina que estas pruebas no se incluyen dentro

de lo que es la función de protección. Si mantenemos el discurso que permite el Protocolo, podríamos afirmar que si la Administración puede realizar pruebas complementarias distintas a las que ordenó el Fiscal, órgano legítimo por la ley para la determinación de la edad y en consecuencia para acordar y valorar pruebas, está permitiendo la continua duda sobre la edad de quien ha sido declarado menor de edad y sujeto a protección. El Protocolo por tanto, en nuestra opinión, quiebra la seguridad jurídica, pues permite la práctica de pruebas médicas por otro órgano distinto que además no viene habilitado legalmente ni en la LOEX ni en el RLOEX. Y decimos que la seguridad jurídica quiebra porque lejos de aclarar quien debe ser el único órgano competente para ello manteniendo así el criterio legal, se da entrada a una nueva posibilidad que enturbia aún más el procedimiento que analizamos. Creemos que si por algún motivo la Entidad Pública dudara de la edad que inicialmente se determinó, lo cual es lícito puesto que la determinación de la edad es una decisión provisionalísima, debería ponerlo en conocimiento del único órgano competente para que valore las nuevas pruebas o bien ordene la práctica de las mismas para resolver esa duda, y decida mediante un nuevo Decreto motivado.

Por otro lado, respecto a nuestra argumentación sobre la posibilidad de que sea otro órgano quien pueda determinar la edad, tanto el Fiscal General del Estado en 2010 como el Protocolo en 2014, están reconociendo la posibilidad de que la Entidad Pública, o cualquier administración puedan autorizar la practica de pruebas médicas⁷³³, excediéndose de lo que dispone la legislación como ya hemos apuntado. Así pues el principio por el cual se ha querido justificar la atribución de la competencia al Ministerio Fiscal de la determinación de la edad,

⁷³³ Debemos de poner de manifiesto que una cosa es poder ordenar y realizar pruebas complementarias y otra distinta proceder unilateralmente, por la administración autonómica a modificar el Decreto del Fiscal. La SAP de Las Palmas núm 112/2013 (Sección 3ª) [ROJ: SAP GC 284/2013 - ECLI:ES:APGC:2013:284](#) prohíbe la modificación unilateral del Decreto de Fiscalía por parte de los servicios de protección, pues éstos deben dirigirse al Fiscal y solicitar el cambio de Decreto: “el juzgador realiza un detenido análisis tanto de los hechos como de la legislación ad hoc y llega a la conclusión de que la alteración de la edad del menor, que en su momento se declaró en desamparo, era incumbencia del Ministerio Fiscal, lo que, por otro lado, ha de entenderse implícitamente en sus facultades, pues si el mismo es el que ha de señalar la edad a través de las correspondientes pruebas, también ha de adoptar la decisión pertinente de alterarse el dato temporal según las circunstancias que se hayan acreditado posteriormente, pues de lo contrario sería hacer ilusorio el control de la legalidad que ha de efectuar dicho Ministerio”.

en base a la necesidad de una autorización dictada por una Autoridad (en este caso colaboradora con el Poder Judicial) quiebra. Y quiebra, porque la Administración también es considerada como Autoridad (en este caso netamente administrativa) y además se le está reconociendo expresamente la posibilidad de practicar pruebas complementarias, cuando se pone en duda la determinación de la edad inicialmente acordada⁷³⁴.

4.1.1.3. La irrecurribilidad del Decreto del Ministerio Fiscal.

Por último en cuanto a la oportunidad de la atribución de la competencia de la determinación de la edad al Ministerio Fiscal, hemos de analizar una cuestión extremadamente controvertida y que por sí misma entendemos que justifica que aquella no sea atribuida a este órgano. Nos referimos a la irrecurribilidad del Decreto de determinación de la edad.

Como sobradamente ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, y así lo recoge la Circular de la FGE 4/2013⁷³⁵, los decretos dictados por el Ministerio

⁷³⁴ El Protocolo MENA establece las formalidades que se requieren en estos casos que son las mismas que se les exige a cualquier órgano que deba de practicarlas como consecuencia de la aplicación de la STC 207/1996: Capítulo V. Apartado 6.2: *“Si la Entidad pública de protección de menores por su propia iniciativa decide practicar pruebas complementarias con posterioridad al decreto del Ministerio Fiscal, para que puedan tener virtualidad revisora de la decisión acordada en el decreto del Ministerio Fiscal, tendrán que reunir los siguientes requisitos: a) Deberá adoptarse tras un acuerdo que razone las causas y circunstancias que lo motivan y que señalará las pruebas concretas que pretende realizar. b) Dicho acuerdo será notificado al Ministerio Fiscal y al declarado menor. c) Un representante de la Entidad pública de protección de menores deberá informar al interesado mayor de 16 años o menor de 16 años con suficiente madurez sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias, siendo preguntado si presta de manera libre e inequívoca su consentimiento a la realización de las pruebas. Dicha información se transmitirá con intérprete si el interesado no conoce el castellano. d) Si el interesado tuviera menos de 16 años se le deberá nombrar un defensor judicial. e) Del consentimiento informado se dejará constancia por escrito. f) En caso de negativa a someterse a las pruebas médicas, la Entidad pública de protección de menores lo comunicará al Ministerio Fiscal que tras oír al interesado, acordará lo que estime procedente sobre la modificación del decreto. g) Las pruebas médicas solo se realizarán por personal facultativo experto o especializado y necesariamente serán complementarias y añadidas a las ya practicadas a instancia del Ministerio Fiscal sin que puedan repetirse las ya realizadas. En caso de no existir pruebas médicas anteriores deberán practicarse según las disposiciones precedentes de este Protocolo. h) Finalizadas las diligencias complementarias, la Entidad pública de protección de menores dictará una resolución recogiendo el resultado de las nuevas pruebas practicadas y la incidencia que a su juicio pueda tener dicho resultado sobre la edad del afectado.”*

⁷³⁵ Aunque la Circular solo hace referencia a los decretos dictados en el seno de unas diligencias de investigación penal, se entiende que dicha conclusión es extensiva a todos los decretos

Fiscal son irrecurribles. No obstante también se manifiesta que la irrecurribilidad no puede considerarse generadora de indefensión, pues quien considere lesionados sus derechos puede reproducir sus pretensiones ante la autoridad judicial. Por eso es importante la notificación del Decreto en nuestro caso al interesado, y así lo dispone expresamente el Protocolo de 2014, en el apartado 5, punto 3 del Capítulo V: *“tanto el decreto inicial como los que acuerden o denieguen su revisión serán notificados fehacientemente al interesado, a la Entidad pública de protección de menores, a la Delegación o Subdelegación de Gobierno y, en su caso, a la Fiscalía que dictó el decreto inicial”*.

La Consulta 1/2009 de la FGE se pronuncia sobre este particular: “El expediente de determinación de la edad previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, es una medida de naturaleza cautelar y provisionalísima encomendada al Ministerio Fiscal para resolver con carácter de urgencia, incluso, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, durante el servicio de guardia, cuál es la decisión a tomar con respecto de un extranjero indocumentado sobre cuya edad razonablemente se duda y que no se encuentra acompañado de un adulto con responsabilidad parental. El precepto 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). Al carecer de efectos definitivos, en nada altera los derechos del afectado, que siempre tiene abierta la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos”. No estamos de acuerdo con esta última afirmación de que no se afectan a los derechos y que siempre existe la vía jurisdiccional. Desde luego la determinación de la edad, sí afecta a los derechos de la persona como ya hemos analizado a lo largo de este trabajo; amén de que desde nuestro punto de vista el derecho al acceso a la jurisdicción frente a cualquier decisión debería ser directa como mejor garantía de cualquier derecho.

La posibilidad de recurrir los Decretos del Ministerio Fiscal, ha sido

dictados en el seno de cualquier actividad en la que el Ministerio Fiscal actúe de manera autónoma, y por lo tanto se extiende a los Decretos dictados en diligencias preprocesales.

ampliamente debatida y entronca con la naturaleza misma del órgano, y con el tipo de competencias que el Ministerio Fiscal tiene encomendadas. Así cuando el Ministerio Fiscal realice funciones que tienen por objeto la promoción de la acción de la justicia, la decisión última que consista en no promover dicha acción, no necesitará de recurso, por cuanto los intereses de los particulares no quedarán cercenados, puesto que el ordenamiento jurídico les abre la posibilidad de presentar ellos mismos una demanda, denuncia o querrela. Sin embargo, cuando la actuación del Ministerio Fiscal y sus decisiones son de orden gubernativo, se ha abierto un debate dentro del seno de la Fiscalía⁷³⁶, seguido por algún autor como De Ramón Fors (2010)⁷³⁷ que entienden que es posible acudir a la vía de los recursos administrativos y contencioso administrativos, en atención a la naturaleza del Ministerio Fiscal como órgano del Estado, así como a evitar que cualquier decisión que pueda afectar a la esfera de los derechos de una persona queden ayuna de la posibilidad de recurso y por tanto de control judicial. Sin embargo, y a pesar de que estamos de acuerdo con esta posibilidad, la misma no es de aplicación al procedimiento de determinación de la edad, puesto que en este caso el Ministerio Fiscal no actúa bajo ninguna competencia de índole administrativa.

La jurisprudencia ha sido clara y tajante a la hora de mantener la irrecurribilidad de los decretos del Fiscal, sin que ello quiera decir que se genere indefensión o que las resoluciones del Fiscal no sean revisables por la jurisdicción. Hemos así hacer referencia en primer lugar a la doctrina fijada por el TC en los autos números 151/2013 de 8 de julio⁷³⁸ y 172/2013 de 9 de septiembre⁷³⁹. Mantiene el TC en el fundamento jurídico 3º que: *“...o que resulta evidente es que los recurrentes no han agotado vía judicial previa alguna, sencillamente porque no han acudido a la jurisdicción ordinaria para impugnar el decreto en cuestión, habida cuenta de que, a su entender y teniendo en cuenta su experiencia previa, dicho acto no es susceptible de impugnación*

⁷³⁶ Varios son los recursos administrativos que contra Decretos del Fiscal Jefe actuando de acuerdo a sus competencias gubernativas se han interpuesto especialmente por la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales (APIF) que tras agotar la vía administrativa interna, han dado lugar a recursos contencioso-administrativo. <https://www.apifiscales.es/>

⁷³⁷ De Ramón Fors, Ignacio. 2010. «La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal.» *Op Cit.*

⁷³⁸ BOE núm 183 de 1 de agosto.

⁷³⁹ BOE núm 242 de 9 de octubre.

directa en jurisdicción alguna, a pesar de ser, por sí mismo y siempre según su interpretación, lesivo de los derechos del menor. La anterior circunstancia debería llevarnos, sin más, a aplicar la causa de inadmisión contenida en el art. 50.1 a) LOTC, en relación con el art. 44.1 a) LOTC, si entendiésemos que el decreto es un acto de un órgano judicial, o con el art. 43.1 LOTC, si se estima que estamos ante un acto jurídico de la autoridad gubernativa. Pero la cuestión no es tan sencilla, porque precisamente el motivo principal que sustenta el amparo es la falta de esa vía judicial ordinaria para impugnar el decreto de la Fiscalía de determinación de la edad. De modo tal que una simple inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa, estaría dando una respuesta implícita y desestimatoria a la pretensión material de quienes son recurrentes de amparo, porque de la respuesta del Tribunal podría deducirse que sí existe una vía de recurso en nuestro ordenamiento ante los decretos a que se viene haciendo referencia, lo cual no es en absoluto evidente, y exige por tanto una argumentación mayor.” Y en el fundamento jurídico 4º cuando obtiene las consecuencias de lo dispuesto en el art. 35 de la LOEX dispone: “c) Por último, ni del art. 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”. Es en el fundamento jurídico 5º donde se plasma la jurisprudencia constitucional: “De lo expuesto hasta aquí puede deducirse que hay una falta de previsión legal respecto de recurso directo contra el decreto de determinación de edad, mas ello en modo alguno permite a los recurrentes acudir directamente al recurso de amparo constitucional, dada su naturaleza subsidiaria, puesto que tal como se subraya en la citada consulta 1/2009 los interesados tienen abierta la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Fiscal en esta materia. La determinación de la edad de un menor indocumentado se adopta por una resolución interlocutoria, que reviste los caracteres de cautelar y provisionalísima, y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, por lo que la

*resolución 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, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del artículo 780 de la Ley de enjuiciamiento civil, ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero, ya sea mediante el ejercicio de otras acciones contempladas en el ordenamiento procesal en función del contenido de las medidas adoptadas*⁷⁴⁰.

En un orden jurisprudencial menor y sobre el aspecto que tratamos, dado que el TC, se limita a realizar un pronunciamiento limitado sobre la inadmisión de un recurso de amparo porque no se ha agotado la vía judicial previa, pero no entra en el fondo de la cuestión relativa fundamentalmente al porqué un Decreto del Fiscal no puede ser recurrido; debemos hacer referencia a otras sentencias, que sin querer ser exhaustivos, ni mucho menos realizar un estudio pormenorizado de todas las existentes, mantienen la misma postura que el TC:

1º STSJ de Madrid nº 912/2012 de 19 de diciembre⁷⁴¹: en este caso se recurrió el Decreto del Fiscal acudiendo a la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa alegando vulneración de derechos fundamentales. La sentencia (fundamento jurídico 5º) dictaminó que “*el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa delimita la actividad impugnable ante*

⁷⁴⁰ El TC da por supuesto la existencia de una resolución administrativa de protección de menores. Sin embargo, conforme a lo que ya hemos estudiado (Capítulo II), la persona que está sujeta a un procedimiento para la determinación de la edad, sujeta a medidas de protección inmediata, por regla general en la práctica carece de dicha resolución administrativa, pues no es habitual ni común que se decrete su desamparo. En estos casos la protección es de facto, puesto que no se fundamenta en ninguna resolución. Los problemas podrían surgir en los casos en los que se dude sobre la minoría de edad de una persona que afirma ser mayor de edad (los casos podrían ser comunes en posibles víctimas de trata de seres humanos realmente menores pero que afirmen ser mayores de edad). En estos casos, en los que no existe resolución administrativa, no podría ni siquiera recurrirse ante la jurisdicción ordinaria, por lo que efectivamente nos encontraríamos ante una importante laguna legal que afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva de la persona.

⁷⁴¹ [ROJ: STSJ M 18059/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012:18059](#)

la Jurisdicción contencioso – administrativa, pudiendo descartarse que las actuaciones del Fiscal puedan ser objeto del recurso contencioso – administrativo. Si de la actuación del Fiscal se considera que el extranjero es mayor de edad, como en este caso, se inician los procedimientos de infracción de la ley de extranjería (cuyos actos administrativos son los que pueden ser impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa), y también si el extranjero se hallase sujeto a la tutela de la Comunidad de Madrid por su supuesta condición de menor, se producirá la resolución de tales órganos administrativos dejando sin efecto la tutela hasta el momento ejercida. Esto último es lo que ha ocurrido, dictándose por la Comunidad de Madrid una resolución acordando el cese de la tutela provisional y el archivo del expediente. Este acto es el único definitivo y es el único acto que hubiera sido impugnable, aunque no ante la jurisdicción contencioso – administrativa sino ante la civil, al versar sobre la tutela que es asunto cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil”.

2º Auto de la Audiencia Provincial de Madrid nº 343/2012 de 28 de marzo⁷⁴²: “El Decreto del Fiscal es una resolución interlocutoria no recurrible directamente, pero si indirectamente cuando se valore en el procedimiento sobre la oposición a la resolución administrativa de archivo del expediente”.

3º Auto de la Audiencia Provincial de Madrid nº 143/2013 de 22 de febrero (fundamento jurídico 4º): “*El Fiscal, no es un órgano administrativo ni judicial sino un promotor cooperante de la Administración de Justicia. Siempre que se atribuye un poder de decisión al Fiscal que no aboca a una actuación ante los Tribunales se deja a salvo el derecho de los interesados a plantear la misma cuestión ante la jurisdicción competente. Solo cabe residenciar en el orden contencioso decisiones del Fiscal materialmente administrativas derivadas de su propia autonomía organizativa. La actuación del Fiscal no está sujeta a Derecho administrativo. Aunque la competencia del Fiscal derive de una ley administrativa, el art. 35.3 de la LOEX, ello no significa que su*

⁷⁴² [ROJ: AAP M 12933/2012 - ECLI:ES:APM:2012:12933A](#)

competencia se ejerza con arreglo a normas de derecho administrativo, ni supla o desplace la exclusividad de la jurisdicción civil”.

Resultado de lo anteriormente expuesto respecto a la posibilidad de recurso, queda claro que no cabe ningún recurso directo contra el Decreto del Fiscal. Como regla general se permite que la cuestión que hubiera resuelto el Fiscal pueda ser reproducida por el propio interesado ante la autoridad judicial.

Este esquema no genera ningún problema en la jurisdicción penal, puesto que la acción penal no corresponde únicamente al Ministerio Fiscal, y el interesado podrá siempre reproducir sus pretensiones ante el órgano judicial penal. En otras materias de naturaleza civil tampoco parece que existan problemas interpretativos siendo recogidos casos concretos en la ley. Así en materia de incapacidades, el Ministerio Fiscal podrá pedir la constitución de la tutela, pero también cualquier persona tiene la obligación de poner en conocimiento del juez un hecho determinante para la constitución de la misma, incluso el juez de oficio podrá acordar la tutela si tiene conocimiento del hecho que así la determine (arts. 228 a 230 CC). Sin embargo, creemos que a pesar de lo que mantiene el TC en materia de determinación de la edad tal y como está diseñado el procedimiento, la cuestión de acceso a la jurisdicción no está resuelta vulnerándose derechos del menor como el interés superior del mismo. Nadie discute que no se pueda recurrir indirectamente el decreto del Fiscal, pero esta posibilidad lleva a importantes consecuencias jurídicas, puesto que la expulsión del interesado del sistema de protección implica que los recursos se deben interponer fuera de ese sistema de protección, aunque se soliciten medidas cautelares para el reintegro al sistema. Si además contamos con que el presunto menor nunca tuvo un asistente jurídico que lo asesorara en todo el procedimiento, podemos intuir y concluir que no se da una adecuada asistencia a quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

Llegados a este punto debemos extraer la siguiente conclusión. Ha sido decisión exclusiva del legislador atribuir la competencia de la determinación de la edad al Ministerio Fiscal sin que se hubiera realizado un completo estudio de las implicaciones jurídicas que ello conllevaba. Quizás esta decisión fue tomada

por el legislador a albur de la desjudicialización de la materia de protección de menores que se inició en 1987 y que llevó a que el Ministerio Fiscal fuera el competente para la superior vigilancia de las instituciones de protección de menores existentes en nuestro ordenamiento jurídico (art. 174 CC); o quizás como una solución que no suponía un drástico y traumático cambio de modelo alejándolo definitivamente de la administración de justicia. En cualquier caso la cláusula de cierre de asunción de competencias recogido en el apartado 16 del art. 3 (en el momento de aprobación de la LO 8/2000 art. 3.15), sigue justificando actualmente dicha competencia. Lo cierto es que para articular la actuación del Ministerio Fiscal, se acude a interpretaciones que fuerzan su actuación en esta materia.

Una vez analizados todos los motivos que se han esgrimido para atribuir la competencia al Ministerio Fiscal, creemos que no existe obstáculo para la reformulación del modelo en otro en el que el Ministerio Fiscal no sea el órgano decisor, pero en el que siga teniendo una función de vigilancia.

4.1.2. El cauce procedimental.

Una vez analizada la competencia, la siguiente pregunta que nos debemos formular es si el cauce procedimental previsto en el marco competencial del Ministerio Fiscal es el adecuado o está justificado a la luz de su propio Estatuto Orgánico. El apartado segundo del Capítulo V del Protocolo de MENA dispone: *“Los expedientes de determinación de edad tramitados por el Ministerio Fiscal se incoarán y tramitarán siguiendo las formas de las Diligencias Preprocesales reguladas por el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de acuerdo con lo previsto en los apartados siguientes y de conformidad con las Circulares e Instrucciones ordenadas por el Fiscal General del Estado.”* El art. 5.3 in fine del EOMF dispone: *“También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”.*

Nuevamente no debemos perder de vista que en el año 2000 cuando se atribuye la competencia de la determinación de la edad al Fiscal el EOMF no recogía ninguna referencia a las diligencias preprocesales. Estas fueron introducidas por la modificación llevada a cabo por la Ley 14/2003.

El Ministerio Fiscal no solo actúa en el seno de un procedimiento judicial. Una de las funciones más importantes que tiene atribuidas es la función investigadora previa encaminada a la promoción de la acción de la justicia en un proceso judicial. Esta función es regulada tanto en el art. 3 del EOMF, y en la LECRIM⁷⁴³. Pero ha sido la Circular 4/2013 sobre las diligencias de investigación⁷⁴⁴ el texto que ha venido a regular de forma pormenorizada los cauces formales a través de los cuales el Ministerio Fiscal interviene fuera del procedimiento judicial. Desde sus primeras líneas la Circular dispone: “el marco legal de las diligencias de investigación pese a la duplicidad normativa, es parco e insuficiente para abarcar los numerosos problemas que con frecuencia la praxis pone de relieve”. La Circular reconoce que si bien el cauce procedimental a través del cual tiene que articularse de la actividad investigadora del Fiscal *extra processum*, tienen un carácter penal, existen otras diligencias que también pueden ser realizadas por el Ministerio Público y que no tienen ese carácter. Así pues, los cauces procedimentales que han de seguirse cuando no estamos ante un posible hecho delictivo serán denominadas diligencias preprocesales, manteniendo así mismo otro cauce procesal para las comisiones rogatorias reguladas en la Instrucción 2/2003 de 11 de julio⁷⁴⁵. Por lo tanto, tres son los expedientes que pueden ser incoados cuando el Ministerio Fiscal interviene como órgano decisor: diligencias de investigación, expedientes de cooperación jurídica internacional y diligencias preprocesales.

⁷⁴³ Esto es así, porque la función clásica investigadora del Ministerio Fiscal, se realiza en el marco del proceso penal.

⁷⁴⁴ Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%2042013%20DILIGENCIAS%20DE%20INVESTIGACION.pdf?idFile=9efb97e5-abb9-4b29-895c-18a258d80fd3

⁷⁴⁵ Instrucción 2/2003 de 11 de julio sobre actuación y organización de las Fiscalías en materia de Cooperación Judicial Internacional. Disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/IN02_2003.pdf?idFile=0a2f654b-85ea-476a-91f4-ceb72148b3b9

Las diligencias preprocesales son reguladas en el apartado XX de la Circular 4/2013 y con ellas se intenta dar cobertura a una pluralidad de actuaciones que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal en ámbitos dispersos para los que no se contaba soporte formal alguno. Hemos de poner de relieve que a diferencia de las diligencias de investigación penal, que sí vienen recogidas en la Ley (LECRIM), las diligencias preprocesales no son reguladas en ninguna norma, sino en una Circular, que no es fuente de derecho. Es importante destacar la siguiente afirmación que realiza la Circular al respecto de este tipo de diligencias: “esta previsión permite al Fiscal contar con un vehículo procedimental para desenvolverse cuando considere conveniente un examen preliminar de un asunto perteneciente a cualquier jurisdicción antes de llegar a “promover la acción de la justicia”. A partir de esta aseveración, la Circular establece un catálogo de ejemplos (actuaciones tendentes a preparar demandas civiles, demandas contencioso administrativas como la ilegalización de un partido político, acciones preparatorias de actuaciones disciplinarias o gubernativas) y además permite como característica, que por su propia naturaleza, se relajen los principios de contradicción y de defensa. Por último hemos de destacar, como al final de la regulación, incluye las diligencias preprocesales propias de la LOEX (para la determinación de la edad, y la repatriación), haciendo una remisión a la Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

Pues bien, atendiendo a la regulación anterior, existe un denominador común en todas las diligencias preprocesales excepto a las que ahora estudiamos. Parece que el cauce formal de las mismas está destinada a la preparación de una determinada acción judicial del Ministerio Fiscal, esto es, a la interposición de una demanda⁷⁴⁶. Esta conclusión es acorde a la regulación que el art. 3 del EOMF hace de las funciones del Ministerio Fiscal, dirigidas finalmente a un procedimiento judicial. Es precisamente por ese motivo por lo que la Circular entiende que los principios fundamentales de contradicción y

⁷⁴⁶ Respecto a la acción disciplinaria o gubernativa, claramente no es una demanda judicial, pero la naturaleza del expediente disciplinario, por sus características está íntimamente ligado a los principios de un procedimiento penal, por eso además de poder comenzar a instancias de parte, también podrá comenzar de oficio.

defensa pueden relajarse, porque en primer lugar, no son investigaciones penales, y en segundo lugar, porque será en un posterior procedimiento con todas las garantías recogidas en el art. 24 de la CE, donde se podrán finalmente dilucidar el tema de debate que fue objeto de preparación por el Fiscal. Sin embargo, como ya expusimos la reciente STS 1229/2017 de la Sala Tercera entiende que no es posible la relajación del derecho de contradicción de la persona que pudiera estar siendo objeto de unas diligencias preprocesales, pues ello conlleva una vulneración de un procedimiento a todas las garantías⁷⁴⁷.

Las diligencias preprocesales para la determinación de la edad no están encaminadas a ser incluidas en ningún procedimiento judicial posterior, a instancias del Ministerio Fiscal como promotor de la acción de la justicia, salvo que, ante una demanda presentada por el interesado, un juez deba determinar la edad como un presupuesto necesario a la aplicación de la ley que se solicita sea aplicada y revise (sin que esté vinculado) las actuaciones del Fiscal, precisamente en aras de evitar ordenar la práctica de diligencias ya realizadas y que puedan tener carácter invasivo.

Por tanto y respecto a todo lo dicho, no parece que el cauce formal a través del cual el Ministerio Fiscal, debe adoptar la decisión sobre la determinación de la edad de un extranjero sea el más adecuado, puesto que su parca regulación fuera de toda fuente del derecho, no garantiza los derechos básicos que deben encontrar su encaje en el procedimiento que estudiamos.

⁷⁴⁷ Si bien esta sentencia se centra en unas diligencias preprocesales que tenían por objeto determinar si era posible o no iniciar por otro órgano (CGPJ) un expediente disciplinario, entendemos que la importancia del derecho de contradicción como parte a un procedimiento con todas las garantías, cuando se va a adoptar una decisión que afecta a la esfera de los derechos de una persona, puede ser también de aplicación a nuestro objeto de estudio, esto es, a las diligencias preprocesales para la determinación de la edad. Como ya expusimos, la contradicción queda íntimamente ligada al derecho a ser oído del menor. [ROJ: STS 2773/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2773](#) Fundamento Jurídico Undécimo: “... estas diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal deben respetar, los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa y en ningún caso su contenido debe ser de tal naturaleza que pueda condicionar el eficaz ejercicio del derecho de defensa ulterior”.

CAPÍTULO V. MODELOS ALTERNATIVOS AL ACTUAL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD. BASES PARA UN NUEVO MODELO.

Una vez analizado el modelo actual español, que se reside en el Ministerio Fiscal, órgano colaborador del Poder Judicial, que con sus funciones persigue el interés general y que se formaliza a través de un procedimiento que no garantiza los derechos del menor, estamos en condiciones de valorar si existen otros modelos alternativos para la determinación de la edad de los extranjeros.

Este Capítulo tendrá por objeto analizar otros posibles modelos de procedimiento para la determinación de la edad a la luz de nuestra legislación. El estudio como decimos se realizará sin perder de vista la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello queremos decir que no se tratará de elaborar un modelo *ex novo*, sino analizar cuales son los obstáculos que podría encontrarse este nuevo modelo que proponemos en el sistema jurídico y competencial español. También advertimos desde esta introducción, que ninguno de los modelos alternativos que proponemos pueden por sí mismos sustituir el actual procedimiento residenciado en el Ministerio Fiscal, sin una correspondiente modificación legislativa que debería afectar al menos a la LOPJ, LOEX, LOPJM, LEC.

Como ya adelantamos en el Capítulo anterior, los países de nuestro entorno optan por otros modelos que se resumen en dos: el judicial, que atribuye la competencia al órgano judicial y el administrativo. Respecto al modelo judicial, existiendo tres jurisdicciones que podrían determinar la edad de una persona, como ya hemos ido adelantando a lo largo de este trabajo (civil, penal y contenciosa administrativa), el estudio se extenderá a esos tres campos. A priori se podría considerar que el modelo judicial pudiera ser el llamado a sustituir al actual, pues el juez, independiente y sometido únicamente al imperio de la Ley

(art. 117 CE) como analizaremos, eliminaría toda suspicacia sobre cualquier interés distinto al único que ha de regir el objeto de nuestro estudio, esto es, el interés superior del menor. No obstante, creemos que nuestro sistema jurídico, permite también adoptar el modelo administrativo tal y como analizaremos acudiendo al examen de cuestiones básicas del Derecho Administrativo. Trataremos así el concepto de potestad, y su principal clasificación entre potestades regladas y discrecionales, el significado de la sumisión de la Administración a la ley y al Derecho, el control judicial de los actos administrativos y por último el procedimiento administrativo y sus garantías.

En cualquier caso, como ya adelantamos, si se optara por cualquiera de los dos modelos es claro que se necesitarían importantes modificaciones legales. Por ese motivo y en aras de realizar una propuesta de nuevo modelo, el último epígrafe del presente Capítulo tendrá por objeto integrar todo lo analizado en esta investigación, para formular así unas bases que deberían ser tenidas en cuenta en cualquier modelo de futuro.

1. EL MODELO JUDICIAL.

El modelo judicial, que atribuye al Juez la competencia, ha sido considerado como más adecuado y garantista que el actual⁷⁴⁸ por varios motivos.

⁷⁴⁸ El modelo judicial se había establecido en el origen de la LO 4/2000 y pocos meses después fue desechado. Para algunos autores, el modelo judicial es más adecuado, así Fernández Olalla, Patricia. 2010 en «Problemas jurídicos en la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.» *Op Cit.* P. 16 "... el conflicto debería resolverse declarando la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia al ser la determinación de la edad una cuestión relativa al estado civil de las personas y al corresponder además a los Juzgados de Primera Instancia conocer de la oposición de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, amén de la atribución genérica de competencia a su favor establecida en el art. 85.1 de la LOPJ.". Por su parte Ruiz Legazpi 2004 en Ruiz Legazpi, Ana. 2004. «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados.» *Op Cit.* Pp 161-162; también considera que se debe seguir un modelo judicial de forma que sea un juez quien finalmente determine la edad del presunto menor.

En primer lugar, la CE establece en el art. 117 que los Jueces y Tribunales están únicamente sujetos al imperio de la ley. Esta afirmación no es baladí en nuestra materia. Desde el inicio de este trabajo, hemos mantenido que en la determinación de la edad de los menores extranjeros coexisten dos principios en un claro plano de desigualdad, pero en cualquier caso presentes: el interés superior del menor y el principio de control de los flujos migratorios y de fronteras, integrado dentro de la política migratoria del Estado. Pues bien, si mantenemos que los jueces y tribunales solo están sujetos al imperio de la ley, éstos únicamente deberán resolver conforme al principio del interés superior del menor, que es el que goza de previsión legal como ya hemos estudiado en el Capítulo III. El control de los flujos migratorios por parte del Estado, es un poder que se ejercita por la Administración conforme a principios de oportunidad política y tiene como fin satisfacer los intereses generales, si bien sometido a la Ley y al Derecho, pues de lo contrario se iría en contra de la naturaleza misma del Estado de Derecho. Sin embargo, los Jueces y Tribunales, no están sujetos a ningún tipo de interés en el ejercicio de su función jurisdiccional, pues únicamente deben de aplicar la ley siendo en consecuencia, además independientes⁷⁴⁹ y están únicamente sometidos al imperio de la ley. En segundo lugar y a diferencia del modelo administrativo que posteriormente desarrollaremos, la Jurisdicción no actúa conforme a ningún fin o interés, más allá del de la estricta aplicación de la ley. Por el contrario, la Administración persigue intereses propios, esto es, su actividad debe estar al servicio de los intereses generales. Para Montero Aroca (2007)⁷⁵⁰ «la Administración Pública sirve a los intereses generales (art. 103.1 CE) que lo hace partiendo de una determinada concepción política de lo que son los mismos y de los medios más aptos para lograrlos, aunque actúe con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1). Este servicio de los intereses generales se hace desde una perspectiva necesariamente parcial, por cuanto se corresponde con lo que el Gobierno entiende que son esos intereses generales en cada caso y con la que estima mejor manera de conseguirlos. Por esto precisamente es por

⁷⁴⁹ Arts 117.1 CE y 1 y 12 a 14 LOPJ.

⁷⁵⁰ Montero Aroca, Juan. 2007. «Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral.» *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico.* (Tirant lo Blanch) (I): 41-72. P. 54.

lo que la Administración es siempre juez y parte en los asuntos de que conoce (...) mientras que la Jurisdicción es únicamente juez y está desinteresada objetivamente de los asuntos en que decide”. En tercer lugar, si se atribuye la competencia a los órganos judiciales se evitan todas las cuestiones relativas a la legitimación para ordenar la práctica de las pruebas médicas afectantes a derechos fundamentales, actuando así el juez, como máximo garante de los mismos. En cuarto lugar, se evitaría la discusión existente sobre la recurribilidad de la decisión, pues por regla general, salvo que la ley disponga otra cosa, las resoluciones judiciales son recurribles. Y en quinto lugar, el cauce formal a través del cual el juez decidiría, no plantearía problemas por cuanto lo normal es que se haga a través de un proceso con las garantías inherentes al mismo.

Pero también podemos describir algunos puntos oscuros. Existen inconvenientes estructurales para acoger este modelo. Concretamente el más importante está relacionado con uno de los principios básicos que rige el proceso en nuestro sistema judicial. Así, salvo la fase de investigación del proceso penal, en el que rige el principio de oficialidad⁷⁵¹; los procesos judiciales de las jurisdicciones civil, administrativa y social, están sujetos al denominado principio de justicia rogada, que no es más que una manifestación del principio dispositivo⁷⁵². Este principio significa que la actividad jurisdiccional solo puede iniciarse a petición de una parte, esto es, a través de una demanda, sin que quepa ninguna incoación de oficio por el juez. Igualmente significa que las partes podrán disponer del objeto del proceso, aunque la ley, atendiendo a objetos

⁷⁵¹ A pesar de que rige este principio, el procedimiento penal en cuanto a esta fase de instrucción está siendo objeto de duras críticas y sometido a revisión, que pretenden además adecuar nuestro sistema al derecho comparado europeo; precisamente por la posición del Juez Instructor, quien además de impulsar una investigación debe garantizar los derechos de los investigados. Por eso se propone distinguir en esta fase de investigación, el órgano instructor o investigador del órgano que debe velar por las garantías en el proceso y que deberá autorizar las limitaciones de derechos fundamentales.

⁷⁵² La LEC que es la norma procesal supletoria a todas las demás normas procesales, como así dispone la Exposición de Motivos cuando afirma que *“la nueva LEC aspira también a ser la Ley procesal común”*; mantiene asimismo en su Exposición de Motivos que la LEC *“sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos”*.

concretos, que afectan a determinados intereses indisponibles, haya matizado este poder, como ocurre en los procedimientos que afectan a la capacidad de las personas. Conforme a este principio, el procedimiento de determinación de la edad, como objeto de debate autónomo⁷⁵³, tendría un muy difícil encaje en el modelo de proceso judicial de justicia rogada, puesto que se estaría obligando al presunto menor, que adoptaría la posición de parte, a interponer una demanda formulando la pretensión frente a otra parte, para iniciar el procedimiento, pero también a aportar la prueba o principio de prueba de la que se intente valer⁷⁵⁴. Aunque la ley también podría permitirle la legitimación activa al Ministerio Fiscal, para que éste interpusiera la demanda, como hace para los supuestos de incapacidad, pero no parece que esta solución sea mejor que el sistema actual, por eficiencia, agilidad y eficacia⁷⁵⁵.

Otro de los problemas estructurales, aunque en menor medida, de acuerdo a lo que dispone el art. 752 de la LEC⁷⁵⁶, es la cuestión de la prueba. El juez, en el procedimiento civil, no puede tener iniciativa en materia probatoria. Esta tiene que ser aportada por las partes, y el juez debe de limitarse a su valoración conforme al sistema mixto de valoración de la prueba que rige en nuestro ordenamiento jurídico, pues de lo contrario se acercaría al principio de oficialidad que rige en el procedimiento penal, donde el juez de oficio puede ordenar diligencias de investigación en busca de pruebas tanto de cargo como de descargo. En los procesos judiciales, los jueces, deben ser meros espectadores, ocupando una posición neutral, limitándose a la aplicación del

⁷⁵³ No debemos olvidar como ya hemos manifestado que los jueces, actualmente también pueden determinar la edad de una persona, cuando ésta se origina dentro del debate pero como una cuestión incidental.

⁷⁵⁴ Podríamos mantener que la demanda pueda ser presentada por la Administración o incluso por el Ministerio Fiscal como promotor de la acción de la justicia, pero eso nos llevaría a un procedimiento de investigación previa, que carecería de sentido en atención a la situación actual. Por su parte la demanda de la Administración también la consideramos ineficaz, por cuanto como veremos posteriormente nada impide que fuera la administración quien determinara directamente la edad, sin necesidad de presentar una demanda, pues la misma presentación conlleva la consideración de que la Administración efectivamente está considerando la posible condición de menor, y por lo tanto, aplicando como establece la ley el principio del interés superior del menor.

⁷⁵⁵ Puesto que como ya hemos analizado, antes de interponer una demanda (para promover la acción de la justicia), el Ministerio Fiscal deberá realizar una actividad previa que se documentará en las correspondientes diligencias preprocesales, y que a la postre nos situaría en la situación actual.

⁷⁵⁶ A este artículo nos referimos al tratar sobre la documentación pública y la valoración de la misma como prueba tasada o siguiendo el sistema de la libre valoración de la prueba.

derecho, resolviendo las pretensiones de las partes, una valoradas las pruebas presentadas únicamente por éstas. Sin embargo, como ya hemos adelantado en materia de procesos especiales, y aquellos que afectan a la capacidad de las personas es uno de ellos, el Juez de Primera Instancia, precisamente por el contenido de las pretensiones, y porque afectan al orden público y se busca la verdad material, podrá ordenar práctica de pruebas encaminadas a esa búsqueda⁷⁵⁷. Pero lo que no parece que quede incluido en esta posibilidad sea ordenar práctica de pruebas a la Policía como podría ser solicitudes de cooperación policial o informes periciales sobre autenticidad de soportes documentales.

Pero aún aceptando la extraordinaria excepción que sería acoger el principio de oficialidad, en el inicio del procedimiento de la determinación de la edad, o bien, en su caso, arbitrar legalmente un sistema de legitimación activa; así como la posibilidad de introducir legalmente un procedimiento especial distinto al recogido para la capacidad y de carácter autónomo o específico para su posterior eficacia en un procedimiento administrativo de extranjería, que permitiera la aplicación de lo que dispone el art. 752.1 LEC; existen otros inconvenientes que debemos mencionar: la falta de especialización de los jueces en la materia, la necesidad de contar con colaboradores especializados e independientes que puedan oír y examinar al presunto menor de forma urgente, sin perjuicio de la audiencia directa del juez a éste, y la falta de agilidad de los procesos judiciales para adoptar una decisión que debe ser prioritaria y tomarse con celeridad.

Nuestro objetivo ahora es analizar si el juez, es un órgano adecuado en el sentido de eficacia y eficiencia para la determinación de la edad de un presunto menor extranjero, en el caso de aceptar que pudieran actuar de oficio y de que efectivamente se previera un procedimiento especial. Las preguntas, si aceptamos este modelo, que nos debemos plantear son dos: ¿qué jurisdicción debería ser la competente? y ¿sería éste un modelo eficaz y eficiente? Les

⁷⁵⁷ Así lo dispone el art. 752.1 párrafo segundo: *“Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”*.

iremos dando respuesta a medida que estudiamos las posibilidades respecto de cada orden jurisdiccional.

1.1. LA JURISDICCIÓN PENAL.

La jurisdicción penal quedó descartada desde la modificación de la Ley por LO 8/2000. Entendemos que así debió ser, y que en absoluto podría ser el Juez de Menores quien decidiera la determinación de la edad⁷⁵⁸. La jurisdicción penal tiene un objeto claro: investigar posibles hechos delictivos, la averiguación de su autor y finalmente determinar por sentencia si los hechos han quedado probados y si su autor es responsable criminalmente de ellos. Habida cuenta del objeto de esta jurisdicción no consideramos de ninguna manera adecuada que fueran los jueces pertenecientes a esta jurisdicción quienes determinaran la edad, pues esta función se aleja totalmente del objeto de la misma.

No obstante podríamos plantearnos si el Juez Instructor, atendiendo a las amplias funciones que tiene atribuidas cuando se encuentra de guardia podría ser competente. Las competencias del Juez Instructor vienen recogidas en el art. 87 de la LOPJ. Sus funciones son estrictamente penales, pero cuando está en funciones de guardia, sus competencias son mayores, si bien todas aquellas que no le son propias y que adopta en el servicio de guardia, podrán ser posteriormente revisables por la jurisdicción competente. Podrá conocer de cuestiones civiles, por ejemplo órdenes de protección con medidas civiles en materia de violencia de género, internamientos psiquiátricos involuntarios, autorizaciones de matrimonios “*in articulo mortis...*” También se le atribuyen competencias en materia contenciosa administrativa: concretamente la adopción en su caso de medidas cautelarísimas *in audita parte* (art. 135 Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa) o autorizaciones urgentes en materia sanitaria (art. 8.6 de la LJCA). En este sentido, es donde nos planteamos la cuestión, no como estrictamente juez de la jurisdicción penal, sino como órgano judicial que *per se* puede acordar una decisión que afecta directamente a la

⁷⁵⁸ Como ya tuvimos oportunidad de explicar en el epígrafe 2.1.2 del Capítulo IV de este trabajo.

esfera jurídica del interesado de forma urgente y además como ya explicamos anteriormente actuando de acuerdo al principio de oficialidad.

El Protocolo MENA mantiene (apartado quinto 1.A del Capítulo V) que *“la orden de practicar las pruebas médicas se dictará en el plazo más breve posible. Deberá adoptarse si fuere posible durante el servicio de guardia por el Fiscal que lo desempeñe cuando de la información recibida por los Cuerpos Policiales no se desprenda la necesidad de la práctica de otras diligencias imprescindibles”*. Queda patente el carácter de urgencia que conlleva el procedimiento, hasta tal punto que lo liga al servicio de guardia del Fiscal. *Mutatis mutandi*, podríamos entender que si optamos por un procedimiento judicial, sería el Juez de Guardia el que debería adoptar, no solo la autorización, sino la posterior resolución, al haber conocido desde el inicio el asunto, evitando inútiles, ineficaces y lentas inhibiciones que no responderían al carácter de urgencia de la cuestión.

Otro de los argumentos que se podrían esgrimir a favor de que fuera el Juez Instructor de guardia quien decidiera sobre la determinación de la edad viene determinada por la competencia para acordar los internamientos de los extranjeros en el CIE como medida cautelar. En nuestro caso, el presunto menor es extranjero, y además la edad es un presupuesto necesario a resolver su situación personal y concretamente para acordar o no su internamiento en un CIE. Este último motivo, además parece que cobra fuerza, puesto que se ha observado con mucha frecuencia y de hecho las Memorias de la FGE de 2015 y 2016 se refieren a ello⁷⁵⁹, alegaciones sorprendidas de minoría de edad de extranjeros que están internados en el CIE. Son sorprendidas por cuanto no fueron planteadas en el trámite de audiencia judicial específica del internamiento sin que nadie dudara nunca sobre su mayoría de edad⁷⁶⁰. Estas situaciones dieron

⁷⁵⁹ Memoria FGE 2015 P.448, disponible en el siguiente enlace de descarga: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS15.pdf y Memoria FGE 2016 P. 494, disponible en el siguiente enlace de descarga interactivo: <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/Inicio.html>

⁷⁶⁰ Han sido varios los casos que se han dado en determinados CIES (Las Palmas, Madrid, Murcia) en los que los internos, nunca antes dicen que son menores de edad. Ni a la policía cuando son localizados, ni al juez instructor ante quien declaran en presencia de su abogado, ni siquiera cuando por vía de recurso recurren el auto de internamiento. Nadie duda de su mayoría de edad. Sin embargo, una vez que están en el CIE, presentan una queja al juez de Control del CIE manifestando que son menores de edad. Nos encontramos aquí con una importantísima laguna legal respecto a las competencias del Juez de Control del CIE que no están debidamente

lugar a una descoordinación en la materia que fue puesto de manifiesto en la Memoria de la FGE del año 2015 (ejercicio de 2014)⁷⁶¹ y que aún persiste⁷⁶². En

reguladas en la LOPJ. El art. 87.2 de la LOPJ regula esta figura: “Asimismo, los juzgados de instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales.” Solo habrá un Juez de Control de CIE en los partidos judiciales donde exista un CIE (además de en aquellos partidos judiciales en los que exista una sala de rechazados en el aeropuerto internacional donde se encuentren). El Juez de Control será un juez de instrucción del lugar donde se encuentre el CIE (existen excepciones en Madrid y Barcelona, donde existen 3 y 2 jueces de control respectivamente, cuyas funciones van rotando temporalmente). El precepto hace referencia a la resolución de peticiones y quejas de internos que afecten a sus derechos fundamentales sin posibilidad de ulterior recurso. Así redactado está generando multitud de situaciones que si bien permiten la regulación de determinados aspectos relativos al cumplimiento de derechos fundamentales, también está originando que se realice una labor “reglamentaria paralela” a cargo de los jueces de instrucción que sobrepasa su función estrictamente judicial y que no es igual según el Juez de Control en particular que la realice generándose así una amalgama de regulaciones dispares para una misma realidad. Es aquí donde se enmarca la cuestión que ahora tratamos. Indudablemente la edad de una persona interna en el CIE es fundamental para mantenerla en esa situación o derivarla a los sistemas de protección. Mientras no se determine claramente y de forma unitaria para todo el país quien debe resolver esta cuestión, el acceso a los Jueces de Control, puede llegar a convertirse en estos casos, en una perversión del sistema, incumpliendo el principio del juez natural predeterminado por la ley y originando si se quiere un “forum shopping” dependiendo de quién sea el juez de control, por el inmigrante. Los Jueces de Control de CIE solo deben resolver cuestiones puntuales afectantes al ejercicio de derechos fundamentales en el CIE. Los problemas llegaron a un punto tal que los Jueces de Control decidían si el interno debía seguir en el CIE o no, y si bien no lo hacían directamente, pues no era bajo su responsabilidad por la que estaba la persona privada de libertad, sí se manifestaban en sus resoluciones de forma contundente, dejando entrever la posibilidad de que el mantenimiento de la situación podría implicar responsabilidades penales, por lo que la policía (órgano encargado de la custodia y gestión del centro y que puede ordenar el cese de un internamiento, sin necesidad de contar con la anuencia del Juez Instructor) ponían finalmente en libertad a quien había realizado esa petición y sin proporcionarles asistencia inmediata, pues nadie había determinado que efectivamente fueran menores de edad, como ocurría en Las Palmas de Gran Canaria.

⁷⁶¹ “El referido Dictamen 2/2014 reconoce la competencia tanto al Juez de Control de Estancia como al Juez de Instrucción que acordó el internamiento o al mismo Ministerio Fiscal. En este sentido, las Fiscalías de Valencia y Las Palmas se han inhibido al Juez de Instrucción que acordó el internamiento y a cuya disposición se encuentra el interno; en Tenerife y Murcia, es la Fiscalía la que determina la edad emitiendo el correspondiente decreto; en Almería es el Juez a cuya disposición está el interno el que determina, si estima pertinente, acordar la práctica de pruebas de determinación de edad, recabando el informe del Ministerio Público. En Barcelona han coexistido ambas alternativas, siendo en ocasiones el Fiscal el que se ha pronunciado sobre la pertinencia de realizar las pruebas médicas y ha resuelto por Decreto y, en otros casos, ha sido el Juez de Instrucción que autorizó el internamiento.” Memoria de la FGE año 2015. P. 449.

⁷⁶² Así lo mantiene la Memoria de la FGE 2017 P. 545: “siguen siendo problemáticas las alegaciones sorprendidas y extemporáneas de minorías de edad en los CIE. Ello ha llevado a que en Madrid uno de los tres Juzgados en funciones de Control de Estancia haya acordado reiteradamente la práctica de pruebas de determinación de edad sin efectuar consulta alguna al Registro de MENA, de tal manera que –en alguna ocasión– ha ordenado repetir en un breve espacio de tiempo pruebas radiológicas, con riesgo para la salud del afectado. Este proceder contrasta con el de los otros dos Juzgados de Control de Estancia de Madrid, que antes de autorizar prueba médica alguna comprueban si el Ministerio Fiscal ha dictado un Decreto de determinación de edad y recaban toda la información existente en el Registro de MENA. Esta práctica deriva de una falta absoluta de desarrollo normativo de las funciones de los Jueces de Control de Estancia establecida con carácter indeterminado en el art. 62.6 LOEX, provocando también situaciones de conflicto con los Juzgados de Instrucción que han acordado el internamiento (Las Palmas, Barcelona)”.

efecto en el territorio de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de acuerdo al AAP 106/2013 de 25 de octubre (Sección Primera) se acordó que la competencia que viene atribuida al Ministerio Fiscal en el art. 35 de la LOEX, lo es para el caso de que el presunto menor, no esté sujeto a ningún procedimiento judicial. En el caso de que el presunto menor haya sido sujeto a un procedimiento judicial, como el que determina su internamiento, y por lo tanto, esté a disposición de un juez de instrucción, todas las diligencias encaminadas a determinar su edad, deben ser realizadas por ese Juez de Instrucción. El Juez de Control de Estancia podrá realizar diligencias encaminadas a facilitar esa labor, pero nunca determinar la edad de la persona que dice con posterioridad a ser internado que es menor de edad. Tampoco en consecuencia, podrá ordenar al Ministerio Fiscal, ni a la Policía, que proceda a internar al “presunto menor” en un centro de protección de menores, puesto que el interno está a disposición de otra autoridad judicial⁷⁶³. Sin embargo, en el resto de España, dado que el Juez Instructor que acuerda el internamiento, sólo es competente para la resolución que priva de libertad, y no es quien necesariamente debe poner en libertad al extranjero, se mantiene que si la duda surge en el CIE, podrá ser el Fiscal quien ordene la realización de las pruebas encaminadas a la determinación de la edad, pudiendo incluso ordenar la salida del presunto menor del CIE y su ingreso en un centro de protección de menores⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Cualquier actuación de este tipo debe ser comunicada al juez instructor competente y bajo cuya responsabilidad se encuentre el extranjero interno, quien podrá acordar el traslado de éste a un centro de atención inmediata de menores, salvo que crea que se trata de una petición fraudulenta. Se debe ser muy cauteloso, puesto que hasta ahora, las peticiones de minoría de edad, se han fundamentado en documentos (partidas o certificados de nacimiento, sin que se pueda acreditar la identidad de su poseedor, siempre contradictorios con las pruebas óseas y médicas practicadas y nunca a través de pasaportes o cartas de identidad. En otro orden de cosas, también se han constatado casos en los que habiéndose practicado todas las pruebas y existiendo decreto del Fiscal determinando la mayoría de edad, el extranjero manifiesta ser menor de edad en otro CIE distinto al que ha estado internado inicialmente. En estos casos ¿puede el Juez de Control ordenar otras pruebas distintas a las ya practicadas?, entendemos que no. Hasta ahora, no se han practicado nuevas pruebas radiológicas, pero se ha vuelto a remitir al extranjero al médico forense quienes ratifican los informes ya emitidos.

⁷⁶⁴ Recientemente, a partir de finales de 2016, en el ámbito de la Fiscalía Provincial de Barcelona, y en relación al CIE de Barcelona, se ha llegado a un acuerdo entre el FDE con los dos Jueces de Control del CIE a fin de ordenar estos supuestos de alegaciones sorpresivas de la edad, teniendo en cuenta la realidad social del CIE, en el que se internan extranjeros, cuyo internamiento ha sido ordenado por jueces de partidos judiciales lejanos y normalmente no pertenecientes a la provincia de Barcelona ni siquiera de Catalunya. Concretamente será el Juez de Control del CIE quien ante una alegación sorpresiva de minoría de edad, realizará las diligencias encaminadas a la determinación de la misma y ordenará en su caso la práctica de las pruebas médicas. La declaración sorpresiva de minoría de edad será comunicada al Juez de Instrucción que acordó el internamiento, a la Sección de Extranjería y a la Sección de Menores

Y sin salir de la posible competencia del Juez de Control de Estancia del CIE, no podemos olvidar lo que dispone el art. 87.2 de la LOPJ respecto a inadmisibilidad de recursos ante las resoluciones de este órgano judicial. Nos encontraríamos nuevamente ante un supuesto de irrecurribilidad. Aunque en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la irrecurribilidad del Decreto del Ministerio Fiscal, es un órgano judicial quien dicta la resolución. En cualquier caso, si bien esto no sería por sí mismo un óbice para desechar esta posibilidad, creemos que siendo el Juez de Control de Estancia, un órgano de naturaleza penal, sería una mejor opción una revisión judicial de una decisión ya acordada por éste.

Por otro lado, y ya desde el punto de vista del Juez Instructor, en materia de recursos y al estar ante un juez de naturaleza penal, la ley garantizaría, porque forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso a la segunda instancia (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Observación General nº 32 (2007) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁷⁶⁵ y Protocolo nº 7 del Convenio del Consejo de Europa de Derechos Humanos⁷⁶⁶). No obstante, esta posibilidad no parece que sea muy eficaz en orden a la posible revisión de la decisión judicial primera, puesto que conforme a nuestro sistema judicial, sería la Audiencia Provincial, quien debiera conocer del recurso, lo cual no parece que sea la vía más ágil para adoptar esa segunda decisión.

Si bien como venimos manteniendo a priori la atribución de la competencia al Juez de Instrucción en funciones de guardia, podría tener un perfecto encaje procesal; creemos que la nota de urgencia que justificaría esta

de la Fiscalía Provincial de Barcelona. Sin embargo, no será el Juez de Control quien decida directamente, aunque sí lo hace de manera indirecta, puesto que solo en el caso de que finalmente las pruebas o el Juez entienda de que efectivamente el interno puede ser menor, lo comunicará a la Sección de Menores de la Fiscalía de Barcelona, que procederá a determinar su edad. Hay que poner de manifiesto, que mientras se realizan estas diligencias por el Juez de Control, el interno no es trasladado a un centro de protección de menores, como sí hubiera ocurrido si la declaración no hubiera sido sorpresiva.

⁷⁶⁵ CCPR/C/GC/32 Observación General nº 32 Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. Disponible en el siguiente enlace de descarga http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=en

⁷⁶⁶ BOE núm 249 de 15 de octubre de 2009.

atribución, en materia de determinación de la edad es relativa, porque como hemos venido apuntando a lo largo de esta investigación, la determinación de la edad, no debe ser una decisión automática, aunque sí dictada sin dilaciones indebidas. En la determinación de la edad, deben intervenir otros agentes que requieren de especialización, por lo que no parece adecuado que el Juez de Instrucción de Guardia, cuyas competencias como tal se mantienen bien 24 horas o bien una semana, y que carece de especialización específica, deba de tener esta atribución.

1.2. LA JURISDICCIÓN CIVIL.

Las competencias de los Jueces de Primera Instancia se recogen en el art. 85 de la LOPJ. Indudablemente cualquier conflicto que genere la materia de protección de menores, regulada en los art. 172 y siguientes del CC y la LOPJM, son competencia del Juez Civil pues así lo determina su naturaleza normativa. Si mientras el extranjero al que aún no se le ha determinado la edad, ingresa en un centro de menores, se le trata como menor en virtud del principio del superior interés de éste, si esta situación jurídica se debe acordar a través de una resolución administrativa, parece que lo lógico es que si siguiéramos el modelo judicial fuera el Juez de Primera Instancia quien determinara la edad⁷⁶⁷.

Ruiz Legazpi (2004)⁷⁶⁸ llega aún más lejos pues ha justificado la competencia del Juez de Primera Instancia como órgano judicial necesario para acordar el internamiento del presunto menor en un centro de régimen cerrado mientras se realizan las pruebas y evitar su fuga, “en efecto, para garantizar que

⁷⁶⁷ Así lo mantiene la STS de la Sala 3ª Sección 4º de 14 de marzo de 2001 (si bien cuando se planteó la posibilidad del recurso frente a una resolución de la entidad pública protectora de menores) “estamos por tanto en presencia de una cuestión civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. La presencia de una entidad pública, encargada de la guarda y acogimiento de los menores no desvirtúa estas conclusiones como precisa el Auto de esta Sala de 28 de septiembre de 1994 “es el fundamento esencial de la pretensión que en cada caso se formula lo que, por principio, delimita el orden jurisdicción competente. Las pretensiones basadas en normas de naturaleza civil competen a la jurisdicción civil, aunque se encuentre presente en la relación una Administración Pública.”

⁷⁶⁸ Ruiz Legazpi, Ana. 2004. «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados.» *Op. Cit.* Pp 166-167.

el presunto menor no se fugue, prolongando con ello el círculo de indocumentación–retención, se debe acordar su internamiento. El internamiento en el centro es una medida cautelar para evitar la fuga del menor y garantizar, bien la sanción de expulsión si al final resulta mayor, o bien, lo que es más importante ahora, la protección adecuada si se confirma que es menor. El problema es que la LE (*sic*) cuando se refiere al procedimiento de determinación de la edad, no contempla esta medida. Tratándose de una medida cautelar limitativa de derechos debe ser acordada judicialmente, aplicándose por analogía la figura del internamiento en un centro de educación especial, que cabe dentro de las amplias potestades que el art. 158.3 del CC confiere al juez para que a instancia de parte o de oficio, adopte las medidas necesarias para la protección del menor en cualquier procedimiento, incluso de jurisdicción voluntaria. De nuevo, como la medida se encuadra en el ámbito de la protección de menores, el órgano judicial competente es el Juez de Primera Instancia”. No compartimos esta opinión, puesto que no consideramos a la luz del principio de interés superior del menor que esta medida limitadora de la libertad sea proporcional al fin buscado en términos constitucionales⁷⁶⁹.

Como ya hemos hecho referencia de manera general, el primer inconveniente que habría que superar sería el del principio de justicia rogada en el ámbito de la jurisdicción civil, pues debería arbitrarse expresamente por ley una excepción al mismo a fin de que el juez pudiera tener una posición activa e impulsadora de este procedimiento, cuando tuviera conocimiento de la localización de un presunto MENA por la Policía, o bien arbitrar un sistema legal de legitimación activa.

En otro orden de cosas, no parece que la línea desjudicializadora en materia de protección de menores case con la atribución de la competencia al Juez. No debemos judicializar por sistema la toma de cualquier decisión, pues pareciera que la única autoridad capaz de dictar una resolución conforme a

⁷⁶⁹ En cualquier caso la posibilidad que apunta esta autora, hoy en día, estaría incardinada en los supuestos de internamiento de menores en centros para el trastorno de conducta, lo cual dista mucho del fin perseguido por el procedimiento de determinación de la edad, que tiene como prioridad la protección del presunto menor, y no una finalidad coercitiva.

derecho, independientemente, de su naturaleza sea la autoridad judicial. No hay que olvidar que todos los poderes públicos están sujetos a la ley y al ordenamiento jurídico, y en última instancia, toda la actuación pública estará sometida al control judicial. Y si bien es cierto que el acceso a la jurisdicción es un derecho fundamental, ello no quiere decir que todas las decisiones que afecten a la esfera jurídica de una persona, ni siquiera cuando se trate de un menor de edad, deban ser adoptadas desde el primer momento por un juez. Ello nos llevaría a una sobrecarga innecesaria de la actividad judicial en detrimento de otros asuntos que sí requieren la atención judicial.

En el supuesto de que se admitiera que el Juez de Primera Instancia tuviera la competencia para determinar la edad ¿a través de que cauce procedimental se tendría que sustanciar? Como ya hemos adelantado la LEC recoge determinados procedimientos especiales que se sustanciarán conforme a las normas del juicio verbal, más ágil que el denominado ordinario y por lo tanto más adecuado para las materias que forman parte de esos procedimientos especiales, que requieren por regla general una más rápida respuesta⁷⁷⁰. Podríamos cuestionarnos si alguno de estos procedimientos especiales permitirían el encaje de la determinación de la edad. Ya nos hemos referido al procedimiento sobre la capacidad de las personas, pero también existe un procedimiento referido a menores. Respecto al que tiene por objeto la modificación de la capacidad de las personas, hemos concluido que el procedimiento de la determinación de la edad, no tiene por objeto modificar la capacidad, pues solo pretende declarar una edad y en consecuencia atribuir un estado civil. Además el procedimiento para la determinación de la edad no es considerado como un procedimiento autónomo pues está relacionado con un determinado procedimiento administrativo. Por su parte, dos son los procedimientos que se recogen afectantes a menores y con objetos muy determinados: el contemplado en el Capítulo IV BIS⁷⁷¹ que pretende adoptar medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y el del Capítulo V que recoge varios objetos diferentes,

⁷⁷⁰ Libro IV de los procesos especiales. Título I. De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

⁷⁷¹ Introducido por Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm 158 de 3 de julio).

las oposiciones a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción y de la oposición a determinadas resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil.

Pues bien si se optara por un modelo judicial, el procedimiento para la determinación de la edad, debía ser un nuevo procedimiento creado por ley que debería tener encaje en este Capítulo V, del Título I del Libro IV de la LEC, y en el que se recogiera la especialidad de la no aplicación de la libre valoración de la prueba⁷⁷² para los certificados de nacimiento en los que concurrieran las exigencias del art. 323 LEC y que además tuviera en cuenta que el procedimiento está relacionado con otro procedimiento, bien judicial, bien administrativo y que por lo tanto no es una pretensión totalmente autónoma.

No podemos olvidar que el Juez de Primera Instancia, tiene competencias en la llamada Jurisdicción Voluntaria (art. 85.2 de la LOPJ). La Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, es considerada como auxiliar y adjetiva al derecho privado, esto es a los derechos regulados en el Código Civil y Código de Comercio. Según al Exposición de Motivos de la Ley: *“La jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen. O también, con la imposibilidad de contar con el concurso de las voluntades individuales precisas para constituir o dar eficacia a un determinado derecho. La virtualidad de tales efectos requiere la actuación del Juez, en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante ella se dilucidan. Circunstancia que los hace especialmente aptos para una labor en la que está en juego la esfera de los derechos de los sujetos. No obstante, resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de*

⁷⁷² La norma general del art. 752.2 remite a la libre valoración de la prueba como norma general para estos procedimientos especiales.

razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley. (...) Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados”.

Dos ideas fundamentales podemos obtener de lo expuesto: que la ley apuesta por la desjudicialización de muchas materias que eran atribuidas al juez, reafirmando así nuestra primera premisa ya expuesta⁷⁷³. Y la segunda es que la jurisdicción voluntaria está prevista para asuntos netamente de naturaleza privada. Y la determinación de la edad, no tiene naturaleza netamente privada, pues los efectos de la misma se desenvuelven en planos que nos son estrictamente privados, pues como venimos manteniendo determinará el régimen de protección por parte de la Entidad Pública si el extranjero resulta menor de edad, o bien el régimen de extranjería si es mayor de edad.

Nos podríamos plantear, si atendemos a que la edad es un estado civil y si en la actualidad las competencias sobre éste son atribuidas al Juez del

⁷⁷³ Esta tendencia a la desjudicialización de la vida jurídica, desde luego necesita de un análisis profundo, que excede con mucho de nuestro trabajo. Nosotros podemos constatar que esta desjudicialización de la vida jurídica la encontramos respecto a las declaraciones de riesgo o de desamparo, que pasaron de ser resoluciones judiciales a resoluciones administrativas pero también a través de la importante institución de la mediación que se está aplicando a todas las ramas del derecho. En palabras del CGPJ “la mediación es, sin duda, el sistema alternativo de solución de conflictos más conocido. La mediación puede definirse como un modelo de solución de conflictos que, mediante la intervención de un “tercero” neutral e imparcial, ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolver aquéllas”. Para el CGPJ, la mediación intrajudicial es uno de los pilares del Plan de Modernización de la Justicia y es apoyada de forma decisiva. La mediación se aplica en los ámbitos civil, penal, social y en menor medida, por sus dificultades, pero aún así apoyada por el gobierno de los jueces, en el ámbito de lo contencioso administrativo. Fuente: página web del poderjudicial.es, enlace visitado el 25 de abril de 2017: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/>

Registro Civil que es un Juez de Primera Instancia, si pudiera ser éste el juez el competente para la determinación de la edad⁷⁷⁴. La respuesta debe ser negativa por un motivo fundamental. Con la determinación de la edad, no se pretende la inscripción o modificación de ningún hecho en el Registro Civil. Como ya hemos puesto de manifiesto, con la determinación de la edad, solo se pretende declarar la edad de una persona, sin ningún efecto registral, por eso las actas de nacimiento que puedan presentarse como prueba no tienen por objeto acceder al Registro español, y por tanto no deben ser necesariamente calificadas por el juez encargado del registro civil, pudiendo ser valoradas a efectos probatorios por cualquier otro juez, e incluso como veremos más adelante por un órgano administrativo.

Por último y teniendo en cuenta el derecho al recurso que podría tener el MENA, hay que tener en cuenta en la jurisdicción civil, no se contempla el derecho a la segunda instancia como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No obstante, si entendiéramos que es un derecho que debe asistir al MENA como se constata de todos los textos que hemos analizado, también debiera ser la Audiencia Provincial el órgano competente para conocer de ese recurso. No creemos que esta vía tampoco sea la más adecuada en el sentido de agilidad y eficiencia para poder someter a una segunda opinión la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia.

De todo lo anterior, cabe concluir que tampoco nuestro sistema judicial, en el ámbito de la jurisdicción civil, está preparado para asumir el procedimiento para la determinación de la edad, sin una modificación de la LEC a fin de excepcionar el principio de justicia rogada que debe regir en el procedimiento civil y la actuación del Juez; así como la introducción *ex novo* de un cauce procedimental específico para ello. El procedimiento ante la jurisdicción civil no es eficiente por cuanto implicaría la existencia de un nuevo proceso a asumir por los Jueces de Primera Instancia, ya de por sí sobrecargados y muchas veces

⁷⁷⁴ A este respecto no podemos olvidar que la Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil (BOE núm 175 de 22 de julio) sustrae las competencias del Registro Civil de los Jueces de Primera Instancia para atribuírselas a un órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, la Dirección General de los Registros y del Notariado (esta norma competencial entrará en vigor el día 30 de junio de 2018).

con competencias compartidas con el Derecho Penal. Además éstos no están especializados en muchos de los territorios de España, de forma que podrían producirse graves disfunciones en las resoluciones, difícilmente controlables por un tribunal superior que unificara la materia.

1.3. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.

Para Ruiz Legazpi (2004)⁷⁷⁵ es el juez de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el que de *lege ferenda* deberá conocer de todas las actuaciones relativas al procedimiento de la determinación de la edad. Para esta autora, no cabe duda de que el procedimiento de determinación de la edad es un procedimiento administrativo, pues no solo viene recogido en una ley de esta naturaleza, sino que además el procedimiento es un presupuesto necesario para acordar bien la repatriación de quien resultara ser menor de edad como primera opción o bien la expulsión o devolución de quien resultara ser mayor de edad. Sin embargo por las especiales características que en él se suscitan y que afectan a los derechos del presunto menor, deberá ser un juez el que intervenga en el mismo, y ese juez es el de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ahora bien, si entendemos que el juez de esta jurisdicción es el competente para resolver sobre la determinación de la edad, como pretensión autónoma, estaríamos afirmando que el procedimiento de la determinación de la edad, en su inicio debe ser un procedimiento administrativo, y frente al mismo cabría el correspondiente recurso contencioso administrativo, a través del cual el juez de lo contencioso administrativo pudiera realizar el control de legalidad de la decisión administrativa. Así se deriva de lo que dispone el art. 1 de la LJCA⁷⁷⁶: “Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos

⁷⁷⁵ Ruiz Legazpi, Ana. 2004. «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados.» *Op Cit.* Pp 167.

⁷⁷⁶ Ley 28/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (BOE núm 167 de 14 de julio).

cuando excedan los límites de la delegación”. No obstante lo anterior, el art. 2 de la LJCA permite que la ley establezca determinadas materias que puedan ser conocidas por el orden contencioso administrativo. Nos encontraríamos aquí con una disposición semejante a la que se recoge en el art. 3.16 del EOMF que permitió atribuir por el art. 35.3 de la LOEX la competencia al Ministerio Fiscal. Podríamos, en consecuencia, plantearnos la posibilidad de si la ley puede atribuir directamente la competencia a los jueces de lo contencioso administrativo, sin necesidad de que exista un procedimiento administrativo previo. Creemos que la cuestión es altamente controvertida, pues si analizamos los supuestos del art. 2 de la LJCA⁷⁷⁷, podemos comprobar que existe un denominador común, y es una actuación previa de la administración. Y es que el Juez de lo contencioso administrativo tiene como función el control de la actividad administrativa.

En la actualidad, los Jueces de lo Contencioso Administrativo, resuelven determinaciones de la edad, cuando se les plantean cuestiones referidas a vulneraciones de derechos fundamentales, cuando quien dice ser menor se encuentra en un CIE y mantiene que se vulnera su derecho a la libertad (art. 17 CE)⁷⁷⁸, en materia de reagrupación familiar, o en recursos contra órdenes de expulsión, como ya pusimos de manifiesto al tratar sobre la documentación como medio para la determinación de la edad. De lo expuesto vemos como todas estas

⁷⁷⁷ Art. 2 LJCA: “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos. b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas. c) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas. d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente. e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad. f) Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley”.

⁷⁷⁸ En estos casos resulta más que controvertida acudir a esta vía de vulneración de derechos fundamentales, puesto que si se estima que se está privado indebidamente de libertad, lo correcto sería acudir a un procedimiento de Habeas Corpus; y aún así hay que tener en cuenta que el internamiento en un CIE ya ha sido acordado por una autoridad judicial.

actuaciones están enmarcadas en la existencia previa de un expediente administrativo. Por tanto la posibilidad de que entre en juego la competencia de esta jurisdicción, está íntimamente ligada a la posibilidad de recurrir un acto administrativo, lo cual conecta directamente con el derecho del MENA a acceder a la jurisdicción como uno de los derechos fundamentales que ya hemos estudiado en el Capítulo III y que debe quedar garantizado cualquiera que sea el procedimiento y órgano competente por el que se opte en la materia.

Y aún entendiendo que efectivamente existe un procedimiento administrativo previo y que se podría acudir en consecuencia de acuerdo al art. 1 de la LJCA a esta jurisdicción, podemos acudir a otras razones para justificar la no atribución de las competencias a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en materia referida a los derechos de menores. Razones de coherencia con el sistema existente actualmente en materia de protección de menores: la Ley 26/2015, ha concedido una nueva e importante competencia a los Jueces de Primera Instancia en detrimento de quienes la tenían inicialmente atribuida, esto es, los Jueces de lo Contencioso Administrativo. Concretamente corresponderá a los primeros el conocimiento de las autorizaciones de entrada en domicilio para la ejecución de una resolución administrativa en materia de protección de menores (art. 778 ter de la LEC).

Tampoco parece que el Juez de lo Contencioso Administrativo, tenga procedimientos ágiles, salvo los incidentes relativos a medidas cautelares, que por otro lado dependen de un procedimiento principal; y el procedimiento de determinación de la edad, debe ser un procedimiento autónomo y no participar de la naturaleza de una medida cautelar. Además si el Juez de lo Contencioso Administrativo fuera competente para la determinación de la edad de un presunto MENA sus decisiones serían revisables por el TSJ, lo que no parece ni ágil ni eficiente. Basta observar los trámites previstos para los procedimientos contencioso administrativos que se fundamentan en un procedimiento eminentemente escrito, así como los tiempos necesarios para su resolución para llegar a esta conclusión.

2. EL MODELO ADMINISTRATIVO.

Si descartamos el modelo actual⁷⁷⁹, y el modelo judicial residenciado en las jurisdicciones civil y penal, entonces ¿podría ser la Administración quien estuviera en condiciones para determinar la edad, como ocurre en el derecho inglés y alemán? La tendencia a la “desjudicialización” en la resolución de conflictos avalaría esta opción. Pero también existen otros antecedentes en los que la Administración actúa sobre la esfera de los intereses de los menores: en materia de protección de menores, pues es precisamente a través de un proceso administrativo por el que se declaran las situaciones de riesgo o desamparo de un menor, siempre bajo control judicial; en la aplicación a los menores mayores de 14 años de la LO 4/2015. En todos estos casos, la Administración está obligada a actuar conforme al principio del interés superior del menor.

La determinación de la edad, como ya avanzamos y siguiendo a Ruiz Legazpi (2004), con la que coincidimos en este aspecto, es un procedimiento netamente administrativo. La STS 2194/2016 de la Sala Tercera⁷⁸⁰ cuando en el fundamento jurídico tercero que se dedica a la valoración de las actuaciones para la determinación de la edad mantiene expresamente: *“La Sala ha valorado adecuadamente la actuación administrativa llevada a cabo para verificar la edad del recurrente, que se practicó con todas las garantías, con intervención de la Fiscalía de Menores y la realización de las pruebas para determinar la edad”*. Podemos fundamentar este carácter administrativo del procedimiento además no solo porque actualmente se encuentra en una ley de esa naturaleza⁷⁸¹, sino porque además se configura como un presupuesto previo a la aplicación de tres resoluciones administrativas que además han de combinarse necesariamente con las decisiones que se han de tomar en aras a la protección del menor que como ya mantuvimos es el interés constitucionalmente legítimo: la declaración de desamparo, la repatriación y/o la expulsión o devolución de un extranjero

⁷⁷⁹ Sin perjuicio de todo lo expuesto sobre los defectos del procedimiento que afectan a varios derechos fundamentales del MENA, no podemos perder de vista lo que mantiene el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2013, que pretende la revisión de los procedimientos administrativos en los que interviene el Ministerio Fiscal y que excluiría la competencia del Ministerio Fiscal.

⁷⁸⁰ [ROJ: STS 4464/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4464](#)

⁷⁸¹ Ningún autor de los consultados en este trabajo se plantea otra posibilidad o naturaleza distinta.

irregular. Así si finalmente determináramos la minoría de edad de una persona, la repatriación se configura como la primera de las soluciones duraderas que debe valorarse para con el MENA, y solo en el caso de que ésta no sea posible, se le otorgará el permiso de residencia, que es también otro procedimiento administrativo.

Como hemos analizado, el actual modelo no es un modelo judicial, pero tampoco sigue un modelo administrativo, puesto que la decisión final es tomada por el Ministerio Fiscal, órgano colaborador de los tribunales, pero ajeno al poder judicial. La presencia según se desprende de la mayoría de la doctrina del Fiscal, y de la propia tramitación parlamentaria de la LOEX, tiene como objetivo dar un plus de garantías a la decisión. No creemos que la presencia del Fiscal, por sí misma implique mayores garantías, puesto que las garantías, se tendrán que ir aplicando a lo largo del procedimiento a través de los principios de contradicción, que implicará necesariamente la audiencia de las partes implicadas sin ningún tipo de excepción, y sobre todo con la posibilidad de que la decisión pueda ser revisada judicialmente.

Para poder justificar la posibilidad de establecer un procedimiento administrativo en la materia, debemos analizar varias cuestiones básicas del Derecho Administrativo, y aplicarlas al objeto de nuestro estudio. Una primera está íntimamente ligada a los principios que conviven en este procedimiento: el interés superior del menor y el control de las fronteras por parte del Estado⁷⁸². Como veremos a continuación esta dicotomía nos lleva al estudio de las potestades administrativas y concretamente, a si la administración, si tuviera la competencia para la determinación de la edad, actúa bajo potestades regladas o bien discrecionales. Y en este estudio debemos considerar expresamente la función que se le atribuye al “interés superior del menor” del que ya adelantamos en su análisis en el Capítulo III es un concepto jurídico indeterminado.

⁷⁸² No es éste el único procedimiento en el que el principio de control de las fronteras, típico del Derecho de Extranjería debe convivir con el principio de protección (en este caso protección internacional). Forma parte del Derecho de Extranjería en sentido amplio el derecho al asilo, regulado en la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria (BOE 263 de 31 de octubre). España ha ratificado la Convención de Ginebra de 1951 y por tanto está sujeta a los principios que en ella se recogen, que se superponen a los principios y criterios que los Gobiernos puedan establecer en el ámbito del control de los flujos migratorios.

Seguidamente tendremos que hacer referencia al control de los tribunales de las decisiones administrativas.

2.1. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO.

El concepto de potestad viene referido al poder, que es que uno de los elementos que caracteriza al Estado. Según García de Enterría y Fernández (2015)⁷⁸³ “la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento (...) No recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares”.

De acuerdo a la clasificación tradicional de los poderes del Estado se diferencian el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Ninguno de estos poderes es absoluto pues en un Estado de Derecho, es la Ley y el consecuente respeto al principio de legalidad, el que determina los límites de cada uno de ellos, quedando además todos los poderes bajo el control del poder judicial, al que se le dota de independencia en aras a evitar cualquier injerencia en sus funciones. Como mantienen García de Enterría y Fernández (2015) “no hay en Derecho español ningún espacio franco o libre de la ley” en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre (...) Es la legalidad la que otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites”.

Al hilo de lo expuesto, hemos de volver a lo que mantuvimos en el inicio del epígrafe sobre el modelo judicial y uno de sus motivos para entender que era

⁷⁸³ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2015 en *Curso de Derecho Administrativo I*. 17ª edición. Pamplona: Civitas. Thomson Reuters. Libro Electrónico. Capítulo VIII.

ese modelo el adecuado: su única sujeción al imperio de la ley. Pero, si conforme al párrafo anterior, la Administración que se incardina dentro del poder ejecutivo⁷⁸⁴, también está sujeta al imperio de la ley, nos podemos preguntar ¿por qué se considera que la sujeción de los tribunales al imperio de la ley constituye una mayor garantía a la hora de tomar la decisión que estudiamos?.

Si atendemos a lo que dispone el art. 103 CE, y respecto a los criterios y principios de actuación de la Administración, se dispone: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*. Vemos por tanto una diferencia importante respecto a lo que dispone el art. 117 CE. El sometimiento de la Administración lo es a la Ley, pero también al Derecho. Así lo explica Montero Aroca (2007)⁷⁸⁵ “cuando el art. 103 dice que la Administración Pública actúa “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” está diciendo algo muy distinto que lo que expresa el art. 117.1 al disponer que los jueces y magistrados están “sometidos únicamente al imperio de la ley”. La Administración (...) actúa conforme al principio de legalidad, pero es obvio que la función administrativa no consiste, ni puede consistir, sólo en aplicar la ley. Actúa sometida a la ley, desde luego, pero no con el exclusivo fin de aplicarla. El art. 103 de la CE lo dice muy claramente: la Administración Pública sirve a los intereses generales o públicos, y en ello radica su función. Para ella el Derecho es cobertura, medio, límite, pero no es fin. Su fin es el interés general y la legalidad es sólo principio de actuación. El principio de legalidad, pues en la actuación administrativa no supone que la Administración justifique su existencia en el mero cumplimiento de la ley. Las decisiones que debe tomar el Gobierno en la dirección de la política no están siempre preestablecidas exactamente en la ley. El principio de legalidad significa (aparte de que la decisión la debe tomar el órgano competente y por el procedimiento adecuado) que la decisión no puede ser contraria a la ley; para ello el Derecho actuará como límite o como medio”⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ El Título IV de la CE lleva por rúbrica “Del Gobierno y de la Administración”.

⁷⁸⁵ Montero Aroca, Juan. 2007. «Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral.» *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*. (Tirant lo Blanch) (I): 41-72. P.53.

⁷⁸⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2015 en *Curso de Derecho*

Esta vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho a la que hace referencia la CE, encuentra su constatación en la legislación ordinaria: así los arts. 34.2 y 48.1 de la LPAC⁷⁸⁷ que establecen que “el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico”, y “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

Importante es la consecuencia que Montero Aroca (2007) extrae a continuación, pues determina que: “la actuación del fiscal está sujeta a la legalidad de la misma manera como lo está cualquier otra actuación del Poder Ejecutivo”. Encontramos aquí un argumento que nos permitirá mantener que al igual que hoy es el Ministerio Fiscal, quien tiene atribuida la competencia de la determinación de la edad, y cuya presencia ha sido declarada como plus de garantía en el procedimiento de la determinación de la edad, frente a la posibilidad de que sea la Administración quien asuma dicha competencia, el sometimiento de éste a la ley y al Derecho para conseguir el interés público al igual que la Administración, en nada diferenciaría que fuera la Administración quien asumiera dicha competencia, si es atribuida por Ley. Es más, como veremos posteriormente, el procedimiento administrativo, regulado legalmente, contempla mayores garantías que las diligencias preprocesales, que ni siquiera se regulan legalmente.

2.2. POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES.

Uno de las cuestiones capitales del Derecho Administrativo es la

Administrativo I. Op. Cit. Capítulo VIII, mantienen la misma argumentación: “no puede intentar explicarse por el mismo rasero la posición respecto de la Ley de la Administración y de los Tribunales. STAHL forjó una fórmula llamada a hacer fortuna para explicar el diferente tipo de vinculación a la Ley de uno y otro poder: mientras que los Tribunales tienen en la ejecución (o particularización a un caso concreto) de la Ley el objeto exclusivo de su función, la Administración, por el contrario, tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales, sólo que debe hacerlo dentro de los límites de la Ley (...) El objeto de la actuación administrativa no es, pues, ejecutar la Ley, sino servir los fines generales, lo cual ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de la legalidad”.

⁷⁸⁷ Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm 236 de 2 de octubre).

diferenciación de las potestades discrecionales de las regladas. Como ya apuntamos anteriormente, cualquier potestad de la Administración tiene que estar delimitada legalmente, esto es, prevista en la Ley. Para García de Enterría y Fernández (2015)⁷⁸⁸ “la atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la legalidad es una forma de atribución aplicable a todos los casos. Pero, existe a continuación una distinción capital en el modo como esa atribución se realiza: la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias (...); o bien, por el contrario, definiendo la Ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la Administración, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho (...), bien de ambos elementos. La distinción de esas dos formas de atribución legal de las potestades administrativas corresponde al par de conceptos potestad reglada - potestad discrecional. El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo. El ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación

⁷⁸⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2015 en *Curso de Derecho Administrativo I. Op. Cit.* Capítulo VIII.

subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter. Por eso la discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada (como en las hipótesis de remisión normativa que se estudiaron más atrás) por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo (...) La esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad”.

Cuando estamos ante una potestad reglada, la Administración solo podrá adoptar una sola resolución. En tanto que cuando la potestad es discrecional, se podrá elegir entre varias opciones todas ellas legalmente indiferentes, pero aún así lo tendrá que hacer dentro del marco legal⁷⁸⁹. Como mantiene Betancor

⁷⁸⁹ Especialmente didáctica es la diferenciación que de ambas potestades realiza Sánchez Morón, Miguel. 2016. *Derecho Administrativo. Parte general*. 12ª edición. Madrid: Tecnos P.92. “En la potestad reglada, toda la actuación de la Administración está predeterminada por las normas jurídicas aplicables, de forma que, constatada la concurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible y lícita en Derecho. La decisión administrativa es en este caso pura y simple ejecución de la ley y, en su caso, de los reglamentos. Es una tarea estrictamente jurídica, que se limita a determinar cuál es la legislación aplicable, a comprobar que los hechos se subsumen en el supuesto fáctico definido por ella y a adoptar la consecuencia jurídica igualmente tasada por dicha legislación. Ahora bien, en otros casos las leyes y reglamentos no regulan con tanta exactitud lo que la Administración debe hacer ante un supuesto de hecho, sino que le atribuyen la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras en principio válidas, en función de las circunstancias o de estimaciones de oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos o de valoraciones técnicas que a la propia Administración corresponde realizar. Cuando esto sucede, la Administración tiene un margen de decisión propia en la aplicación de la ley, que es lo que llamamos discrecionalidad administrativa”. Además para este autor P.94, “la discrecionalidad puede ser más amplia o más reducida en función de los elementos reglados de la decisión, es decir de los límites que establezcan las normas que regulan cada tipo de actuación administrativa”. Para Parada Vázquez, Ramón. 2015 en *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa. Op. Cit.* P. 29: “la legislación misma confirma la existencia de esa potestad discrecional cuando dispone que la Administración “podrá” llevar a cabo determinada actividad y también cuando le abre la posibilidad de otra entre diversas soluciones en función de criterios de oportunidad. Y se revela la existencia de una potestad reglada cuando la norma expresa la

Rodríguez (2015)⁷⁹⁰ “la discrecionalidad es libertad entre diferentes jurídicos pero conforme a la Ley; no hay libertad al margen del Derecho, pero sí dentro del Derecho. Esta libertad no significa ausencia de normas, al igual que no hay libertad de las personas al margen del Derecho; siempre lo es en el marco del Derecho. Esa libertad entre indiferentes jurídicos se puede producir y reconocer tanto en relación con los hechos o, más generalmente, los requisitos que la Administración debe apreciar y valorar a los efectos de ejercer la potestad, como en relación con la decisión que resulta de dicho ejercicio. Hay libertad tanto para interpretar y calificar las condiciones o requisitos (decidir los requisitos) como para decidir cuál es la decisión (decidir la decisión)”.

Para Sánchez Morón (2016)⁷⁹¹ existen dos tipos de discrecionalidad. La política que se produce “cuando de manera expresa o implícita, se atribuye o reconoce un margen de decisión propia a las autoridades competentes para que adopten una decisión valorando los aspectos y consecuencias políticas de la misma, incluida su propia estimación subjetiva o ideal de la solución correcta”. La discrecionalidad técnica se produce “cuando el ordenamiento jurídico reconoce a favor de los administradores un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional. Puede tratarse de valoraciones económicas, científicas o técnicas en sentido estricto (...) En estos casos la decisión discrecional tiene un fundamento más objetivo y por tanto contrastable a través de pruebas o análisis técnicos contradictorios. De ahí que pueda ser anulada en función de pruebas que demuestren claramente el error de la

vinculación de la potestad administrativa, su carácter reglado, utilizando el término “deberá”, o configurando esa vinculación mediante el reconocimiento de un derecho del administrado”.

⁷⁹⁰ Betancor Rodríguez, Andrés. 2015. «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder.» En *El Juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, de Arroyo Jiménez, Luis; Beladiez Rojo, Margarita; Ortega Carballo, Carlos y Rodríguez de Santiago, José María; 109-148. Madrid: Marcial Pons. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM.

⁷⁹¹ Sánchez Morón, Miguel. 2016. *Derecho Administrativo. Parte general. Op. Cit.* Pp.94-95.

Administración”⁷⁹². Para Parada Vázquez (2015)⁷⁹³ la discrecionalidad técnica no es más que una creación judicial que llama a equívocos. A través de este término “se alude a la especial complejidad de determinados asuntos cuya resolución y entendimiento requiere de especiales conocimientos y saberes científicos o técnicos que se suponen en el ámbito de profesionales de la Administración y que resultan totalmente ajenos a la formación jurídica de los jueces. Aunque estos pueden apoyarse en pruebas periciales para comprender y enjuiciar lo acertado o desacertado de la decisión administrativa, ante la complejidad de esas pruebas periciales y el esfuerzo que supone su comprensión, los jueces de lo contencioso administrativo han optado por refugiarse en el falso concepto de la discrecionalidad técnica para evitar su enjuiciamiento”. Para este autor, en estos caso no existe tal discrecionalidad, pues únicamente estamos ante supuestos de imposibilidad o extraordinaria dificultad probatoria.

2.3. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.

Ya hicimos referencia a los conceptos jurídicos indeterminados al dedicarnos al estudio del interés superior del menor, que conforme a lo manifestado por la doctrina, es un concepto jurídico indeterminado. Ahora debemos poner en relación la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados con la potestad discrecional de la administración, pues ambos conceptos no pueden ser confundidos tal y como mantienen los autores estudiados⁷⁹⁴. Todos ellos coinciden en mantener que los conceptos jurídicos

⁷⁹² En el mismo sentido se pronuncia Andrés Ibáñez, Perfecto. 2007. «El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal.» *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento Jurídico*. (Tirant lo Blanch) (1): 11-26 cuando mantiene P.15 “que no es lo mismo discrecionalidad política (en sentido fuerte) que discrecionalidad técnica (ejercida en el contexto de la interpretación/aplicación de un precepto legal)”.

⁷⁹³ Parada Vázquez, Ramón. 2015 en *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa*. Op. Cit. P. 31.

⁷⁹⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2015 en *Curso de Derecho Administrativo I*. Op. Cit. Capítulo VIII. Betancor Rodríguez, Andrés. 2015. «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder.» Op. Cit. Sánchez Morón, Miguel. 2016. *Derecho Administrativo. Parte general*. Op. Cit. López Menudo, Francisco. 1996. «El control judicial de la administración en la Constitución Española.» En *Discrecionalidad*

indeterminados no suponen un ejercicio de discrecionalidad por la administración cuando deben ser aplicados a un caso concreto. Pues si la discrecionalidad significa postestad de elección ante dos soluciones jurídicamente indiferentes, o entre alternativas igualmente justas, la integración del concepto jurídico indeterminado en la decisión solo puede dar lugar a una solución: el hecho al que se refiere el concepto jurídico indeterminado, o existe o no existe, solo cabe una respuesta. Así según García de Enterría y Fernández (2015)⁷⁹⁵ “la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas: justamente por ello es un proceso reglado (...) Las consecuencias son capitales. Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite”.

administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, de Hinojosa Martínez, Eduardo y González-Deleito Domínguez, Nicolás (Coord). 23-50. Madrid: Civitas S.A y Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía. Parada Vázquez, Ramón. 2015 en *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa. Op. Cit.*

⁷⁹⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2015 en *Curso de Derecho Administrativo I. Op. Cit.* Capítulo VIII. Para López Menudo, Francisco. 1996. «El control judicial de la administración en la Constitución Española.» Op. Cit. P.38, quien citando a la jurisprudencia, concretamente la S.17.6.1989 mantiene que “los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten una solución justa, la única que la interpretación permite, pues se inserta en un proceso reglado; solución única que no depende de la voluntad del que interpreta, como ocurriría si de un acto discrecional se tratara”. Para Sánchez Morón, Miguel. 2016. *Derecho Administrativo. Parte general. Op. Cit.* Pp.97 “la aplicación de un concepto como éste al caso concreto la Administración debe hacer una valoración, fundada en criterios técnicos y en razonamientos lógicos. Doctrinal y jurisprudencialmente se sostiene en muchos casos que al aplicar los conceptos indeterminados la Administración carece de discrecionalidad. Y ello porque la ley no le permite optar por distintas soluciones igualmente válidas, sino por una sola (...) Por tanto, la Administración sólo puede optar por la única solución correcta y sólo de esta manera actúa conforme a Derecho. La consecuencia es que los Tribunales pueden controlar por entero la aplicación administrativa de las normas que contienen estos conceptos jurídicos indeterminados, pues dicha aplicación sería una operación jurídica. La Administración decide primero, pero el Juez puede siempre revocar su decisión y sustituirla por la propia cuando, a la luz de las alegaciones y pruebas de las partes, estima que la decisión de aquélla no es correcta. Sucede sin embargo, que muchas veces las valoraciones que se realizan para aplicar un concepto jurídico indeterminado y su resultado entran de lleno en lo que se considera opinable (...) Por esta razón, la jurisprudencia suele reconocer, aunque no siempre, que la Administración goza de un margen de apreciación para la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Este margen no es absoluto, pues en coasiones es posible concluir en virtud de pruebas suficientes o de argumentos de razón que la Administración se ha equivocado al aplicar el concepto al caso concreto (...) Esto supone en realidad que, dentro del margen de apreciación válido, la Administración goza también de cierta discrecionalidad, pues podría adoptar lícitamente distintas soluciones, completando la relativa indeterminación de la norma jurídica que ha de aplicar. Lo que ocurre es que en estos casos la discrecionalidad tiene una naturaleza diferente. No es volitiva, sino cognitiva o interpretativa.”

Pero esta facultad de elegir la única solución posible conlleva un cierto margen de discrecionalidad, tal y como mantiene Betancor Rodríguez (2015)⁷⁹⁶, pues “el problema es como se determina el concepto. Se habla de margen de apreciación pero, dentro de dicho margen la Administración actúa con libertad. Se habla de discrecionalidad técnica, pero existe discrecionalidad (...) Resolver las cuestiones supone elegir, basado en razones; pero no cualquier razón es suficiente”.

Nos introducimos aquí en una importante garantía del administrado y es la necesidad de la motivación fundada de las razones por las que la administración adopta una determinada decisión, pues la CE garantiza la interdicción de la arbitrariedad de la administración en su actuación. Analizaremos en el siguiente epígrafe cómo se produce el control de la actuación de la administración bien actúe a través de potestades regladas, bien discrecionales.

2.4. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

Al comenzar a estudiar las potestades de la Administración, mantuvimos que ésta está sujeta a la ley y al Derecho. Pero también mantuvimos que ningún poder del Estado, debe de quedar exento de control por el poder judicial el cual estaba únicamente sujeto al imperio de la Ley. El sistema del Estado de Derecho, garantizará así la total sumisión al principio de legalidad.

Ahora bien, el control judicial de la actividad administrativa es diferente según estemos ante potestades regladas o bien discrecionales, surgiendo en este último caso mayores dificultades en orden a ese control judicial. Así lo mantiene Betancor Rodríguez (2015)⁷⁹⁷ “el problema de la discrecionalidad

⁷⁹⁶ Betancor Rodríguez, Andrés. 2015. «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder» *Op. Cit.* P. 123.

⁷⁹⁷ Betancor Rodríguez, Andrés. 2015. «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder» *Op. Cit.* P. 138.

administrativa es el del alcance del control judicial” y López Menudo (1996)⁷⁹⁸ mantiene que “en el ámbito de la actividad reglada, la cuestión no adquiere especial conflictividad, pues definida dicha actividad como aquella que no puede generar más que una solución justa, la decisión a tomar se plantea en un plano puramente objetivo, como un caso de pura aplicación del derecho correspondiente a un supuesto de hecho dado. En estos casos no cabe hablar propiamente de “sustitución” ya que ésta es puramente formal, que no material”.

Cuando estamos ante una potestad reglada el control judicial podrá ser completo y por tanto el Juez podrá sustituir la decisión de la Administración, pues solo cabe una posible. Ello es así porque la norma que atribuye la potestad recoge todos los elementos necesarios que deben concurrir para adoptar una sola decisión justa posible, independientemente de que se haga uso o no de un concepto jurídico indeterminado, que como ya hemos mantenido, también solo permite una sola decisión justa, pues el hecho al que se refiere el concepto existe o no. Así, al no existir margen alguno de libertad de decisión por parte de la Administración, el juez, podrá valorar por completo la decisión e incluso podrá sustituir la decisión adoptada por la que es correcta. Sin embargo, esto no ocurre cuando la Administración actúa amparada en una potestad discrecional. En estos casos, esta facultad ha sido atribuida por ley a la Administración y le permitirá adoptar la solución de entre las indiferentes jurídicamente que quiera, pues goza de libertad para ello. El Juez en consecuencia no podrá sustituir la voluntad de la Administración, puesto que la ley ha habilitado a ésta para adoptar una decisión con libertad y solo podrá anular el acto recurrido. Así lo mantienen el art. 71 de la LJCA: *“1. Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada (...) 2. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*.

⁷⁹⁸ López Menudo, Francisco. 1996. «El control judicial de la administración en la Constitución Española» *Op. Cit.*

Ahora bien, que la Administración tenga habilitación legal para elegir una solución de entre varias jurídicamente indiferentes, no significa que esa posibilidad quede ayuna de control, pues este se lleva a cabo de varias maneras.

En primer lugar a través del control de los elementos reglados que necesariamente han de cumplirse en la toma de la decisión. Es obvio, pero el primer requisito reglado es que la potestad esté recogida en una ley, esto es, que exista una reserva de ley y que además se establezca la extensión de la misma, el órgano competente para adoptar la decisión, el procedimiento a seguir y el fin que se persigue.

La determinación del fin de la potestad es importante, puesto que si el órgano administrativo competente se aparta del mismo, el acto deberá ser anulado pues se produce lo que el art. 70.2 de la LJCA denomina desviación de poder y que es definido como “*el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico*”⁷⁹⁹. La Administración goza de potestades de actuación para la consecución de fines de interés público, y concretamente al fin previsto en la norma, por tanto se producirá la ilegalidad del acto administrativo tanto si se persigue un fin privado, como un fin distinto al previsto en la norma⁸⁰⁰. Para García de Enterría y Fernández (2015)⁸⁰¹ “el artículo 106.1 de la Constitución subraya expresamente esta idea cuando encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como del «sometimiento de ésta a los fines que la justifican», fines (en plural) que, obviamente, son distintos en cada caso concreto. Esta técnica de control ha quedado, pues, constitucionalizada, nada menos”. Como

⁷⁹⁹ Art. 70.2. “*La sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*”.

⁸⁰⁰ En este sentido se pronuncian García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2015 en *Curso de Derecho Administrativo I. Op. Cit.* Capítulo VIII, “para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad”. También Sánchez Morón, Miguel. 2016. *Derecho Administrativo. Parte general. Op. Cit.* Pp.99 “Se incurre en esta causa de ilegalidad (desviación de poder) no sólo cuando quien adopta una decisión persigue fines particulares, aún disfrazados de intereses públicos, sino también cuando la actuación administrativa persigue fines públicos distintos de aquellos para los que se le otorgaron las facultades correspondientes”.

⁸⁰¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2015 en *Curso de Derecho Administrativo I. Op. Cit.* Capítulo VIII.

mantienen los autores que venimos mencionando, la mayor dificultad que comporta el control de la actividad administrativa a través del control de los fines perseguidos y consecuentemente la determinación de si existe o no desviación de poder, radica en la prueba de la divergencia. Según mantienen García de Enterría y Fernández (2015) “fácilmente se comprende que esta prueba no puede ser plena, ya que no es presumible que el acto viciado confiese expresamente que el fin que lo anima es otro distinto del señalado por la norma. Consciente de esta dificultad, así como de que la exigencia de un excesivo rigor probatorio privaría totalmente de virtualidad a la técnica de la desviación de poder, la mejor jurisprudencia suele afirmar que para que pueda declararse la existencia de esa desviación «es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal”. Para Sánchez Morón (2016)⁸⁰² “basta una prueba indiciaria, por presunciones o circunstancial de suficiente entidad para fundamentar la convicción del órgano judicial”.

Otro medio de control de la actuación administrativa se encuentra en la garantía de los derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho, que debe contemplar la habilitación legal de actuación de la Administración: la igualdad, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Nos detendremos en la arbitrariedad. Arbitrariedad no es lo mismo que discrecionalidad. La discrecionalidad constituye una posibilidad de actuación de la Administración prevista legalmente, a través de la discrecionalidad se ejerce el poder, que no podrá ser nunca ilimitado y libre de control. La Administración cuando emite cualquier acto deberá motivarlo, esto es, expresar las razones y motivaciones que le han llevado a adoptar la decisión, tanto cuando actúa bajo una potestad reglada, como cuando actúa bajo una potestad discrecional. El administrado deberá conocer siempre las fundamentaciones que han guiado a la Administración en su proceder y a tomar la decisión final. Si la resolución no está motivada, se incurre en arbitrariedad. Pero también aunque esté motivado se puede incurrir en arbitrariedad, pues tal y como mantienen García de Enterría

⁸⁰² Sánchez Morón, Miguel. 2016. *Derecho Administrativo. Parte general. Op. Cit.* Pp.100.

y Fernández (2015)⁸⁰³ “la exigencia de razones que resulta del art. 9.3 de la Constitución no se agota, como es evidente, en el puro plano formal de la motivación. Las razones que la autoridad que decide ha de aducir para excluir la tacha de arbitrariedad tienen que tener alguna consistencia (...) deben proporcionar un fundamento objetivo capaz de sostener la decisión, han de ser, pues razones justificativas, susceptibles de asegurar para la decisión a la que se refiere el calificativo de racional”. Betancor Rodríguez (2015)⁸⁰⁴ acudiendo a la jurisprudencia del TS, concretamente a la STS Sala Tercera de 11 de octubre de 2013⁸⁰⁵ mantiene que el TS se decanta por lo evidente: lo irracional ha de refulgir. Lo irracional es lo escandalosamente irracional”.

2.5. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD COMO POTESTAD REGLADA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Llegados a este punto y si mantenemos que se puede adoptar un modelo administrativo para la toma de la decisión, debemos realizar una aplicación de todo lo estudiado anteriormente a nuestro objeto de estudio.

La primera pregunta que debemos formularnos es si la determinación de la edad, es una potestad reglada o discrecional de la Administración. La edad de una persona es una, por tanto, no pueden haber varias soluciones jurídicamente indiferentes. O se tiene una edad o se tiene otra, no se tiene un intervalo, ni existen iguales respuestas jurídicamente indiferentes⁸⁰⁶. Por tanto, es claro que la determinación de la edad de un extranjero, se integraría dentro de las potestades regladas de la Administración. La norma por tanto deberá contener

⁸⁰³ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2015 en *Curso de Derecho Administrativo I. Op. Cit.* Capítulo VIII.

⁸⁰⁴ Betancor Rodríguez, Andrés. 2015. «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder» *Op. Cit.* P. 136.

⁸⁰⁵ [ROJ: STS 5257/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5257](#)

⁸⁰⁶ Por ese motivo actualmente si acudimos a los métodos médicos, aunque en ellos se establezca un intervalo de edades, habida cuenta de los márgenes de error que éstos presentan, al final el órgano decisor, esto es el Ministerio Fiscal, debe decidir por una edad determinada. “Capítulo V. Apartado sexto. Punto 1 Protocolo MENA: *Si se han realizado las pruebas médicas, la edad del sujeto se corresponderá con el tramo inferior de la horquilla, entendiéndose como día y mes de nacimiento el que corresponda con la fecha en que se practicaron las pruebas médicas*”.

el supuesto de hecho que obligará a la Administración a adoptar la decisión para cada caso concreto. Así pues, no es posible hablar de discrecionalidad en la decisión, ni tampoco acudir a la llamada discrecionalidad técnica, que como hemos visto, es un concepto creado judicialmente, y que únicamente se refiere a supuestos de dificultades probatorias. Ciertamente en el procedimiento de la determinación de la edad, pueden surgir dificultades probatorias, pero al final la solución, y por tanto la decisión a adoptar, solo puede ser una. Todas estas dificultades probatorias, deberán ser resueltas conforme a la valoración que de los medios de prueba aceptados en derecho sean realizados por el órgano competente para decidir tal y como dispone el art. 77 de la LPAC⁸⁰⁷. Así pues será a través de la valoración de los medios de prueba a los que hemos hecho referencia en el Capítulo IV a través de los cuales se deberá adoptar la decisión correspondiente.

A continuación analizaremos las consecuencias que conlleva mantener que estamos ante una potestad reglada.

2.5.1. La presencia del concepto jurídico indeterminado “interés superior del menor” en la norma.

De extraordinaria importancia es la necesaria mención expresa en la norma que recoja esta potestad administrativa, del concepto “interés superior del menor”. Una importante consideración hay que hacer al respecto. El interés superior del menor no es únicamente un concepto que deba probarse como cualquier otro concepto jurídico indeterminado como buena fe, justo precio, buen padre de familia, carga... y que por consiguiente existe o no existe. El interés superior del menor es ante todo un derecho del menor, un principio del derecho y una norma de procedimiento (art. 3 CDN, art. 2 LOPJM y Observación general N° 14 (2013)).

⁸⁰⁷ Art. 77.1 “Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

Es precisamente el interés superior del menor, el hecho que debe guiar toda la actuación administrativa, esto es, la Administración, como cualquier otro poder del Estado, debe buscar siempre y en todo caso el interés superior del menor en su decisión, y ese interés es solo uno, que implica adoptar la solución que en cada momento sea más beneficiosa para el menor. Así pues, si la regla general es que la Administración debe satisfacer los intereses generales, que son los que establece el Gobierno desde el punto de vista del principio de oportunidad y político, cuando se trate de menores, la Administración tiene extraordinariamente limitada la posibilidad de actuar conforme a cualquier otro interés, ya que el interés superior del menor se superpone a cualquier otro, pues así lo dispone el propio concepto (es “superior”) y las disposiciones legales.

Así las cosas, el interés superior del menor estará íntimamente ligado con el fin que se persigue a través del procedimiento. No podemos obviar que el procedimiento de la determinación de la edad, también puede ser considerado como un régimen privilegiado de extranjería, en tanto que si finalmente se determina la minoría de edad del extranjero, éste tendrá unos derechos de los que carece el mayor de edad. El menor de edad, gozará de la protección que se le dispensa a todos los menores en España y además tendrá derecho a la residencia legal. Por ese motivo y a pesar de que el procedimiento de la determinación de la edad, quede incluido dentro de la norma de extranjería, el fin que debe inspirar a ésta en el mismo es solo el interés superior del menor y no el control de las fronteras.

2.5.2. Órgano competente.

La ley también debe establecer el órgano competente para tomar la decisión, no en vano este es uno de los elementos objetivos de control de todo tipo de potestad, declarándose la nulidad del acto o resolución administrativa si ésta se dicta por un órgano incompetente⁸⁰⁸.

⁸⁰⁸ Art. 47.1.b) Ley 39/2015.

Para resolver cuál es el órgano competente, debemos acudir a la distribución competencial que realiza la CE y a la que nos hemos referido en el Capítulo I. El art. 149.1.2º de la CE atribuye las competencias en materia de extranjería a la Administración General del Estado. Por otro lado como ya tuvimos oportunidad de examinar en el Capítulo I, las competencias en materia de protección de menores han sido asumidas por las Administraciones Autonómicas. Como hemos manifestado a lo largo de este trabajo, el interés constitucionalmente legítimo y que debe regir toda acción de cualquier órgano que asuma la competencia en la materia, es el de la protección del menor. Este razonamiento nos llevaría a la conclusión de que si el fin principal es la protección, debiera ser la Administración Autonómica la competente para la toma de la decisión.

Sin embargo, la determinación de la edad de un extranjero es un procedimiento que tiene por objeto determinar el régimen de extranjería que debe ser aplicado a una persona, sin perjuicio de la protección de la que es acreedora en tanto que se adopta una decisión y que debe ser dispensada por los órganos competentes para ello⁸⁰⁹. Estamos ante un procedimiento que afecta a un presunto menor, pero no a cualquier menor, sino a un menor extranjero. Así, si bien en cuanto a su protección no debe existir ninguna diferencia por razón de su nacionalidad, entendemos que existe un elemento que lo especializa, la condición de extranjero, y que por tanto, justifica que la determinación de la edad sea regulada en la norma de extranjería cuyos procedimientos son atribuidos a los órganos de la Administración General del Estado.

Esta atribución de la competencia, además, está en consonancia con las competencias que el Estado tiene atribuidas respecto de otros procedimientos administrativos que afectan a los MENA y sin perjuicio a la protección que se les dispensa por las Administraciones Autonómicas en tanto están sujetos a los mismos: la repatriación y la concesión de la residencia legal.

⁸⁰⁹ No hay que olvidar que uno de los principios que inspiran la actividad de las Administraciones Públicas es la cooperación, colaboración y coordinación entre ellas, tal y como dispone el art. 3.1.k de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm 236 de 2 de octubre).

Por último hemos de mantener que sin perjuicio de que sea un órgano de la Administración del Estado quien asuma la competencia, nada impide, que existan otros agentes que puedan intervenir en el procedimiento⁸¹⁰ y que faciliten la labor de obtención de pruebas en aras a la toma de la decisión.

2.5.3. El procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo, esto es, el *iter* a través del cual la Administración podrá dictar un acto o resolución administrativa debe también estar previsto por la ley y en consecuencia también podrá ser objeto de control objetivo ulterior.

Para García de Enterría y Fernández (2015)⁸¹¹ “tanto el procedimiento judicial como el procedimiento administrativo tienen una función garantizadora en la aplicación de los derechos. Entre proceso judicial y proceso administrativo existen semejanzas indudables, dada la pertenencia de ambas instituciones a un tronco común, pero hay, también profundas diferencias como consecuencia necesaria de la diversa naturaleza de los fines a que una y otra sirven, y, sobre todo, de la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan. El proceso tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el Juez o Tribunal. En cambio, el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que, también y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general

⁸¹⁰ Nos referimos a policías formados en extranjería y menores. También a médicos forenses cuya regulación legal (RD 296/1996 de 23 de febrero por el que se aprueba el reglamento orgánico del cuerpo de Médicos Forenses (BOE núm 53 de 1 de marzo), permite en el art. 3 g) asumir: “*Cualesquiera otras funciones de colaboración e investigación, propias de su función, con el Ministerio de Justicia e Interior o, en su caso, con las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales para el funcionamiento de la Administración de Justicia, así como con otros órganos de las Administraciones públicas, derivadas de convenios o acuerdos adoptados al efecto*”. O también cualesquiera otros expertos en menores y extranjería que puedan estar en contacto directo con los MENA mientras se sustancia el procedimiento.

⁸¹¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. 2015. *Curso de Derecho Administrativo II*,. 14ª edición. Pamplona: Civitas. Thomson Reuters. Libro Electrónico. Capítulo XXII.

mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo”. Por su parte Parada Vázquez (2015)⁸¹² mantiene que “la razón sustancial de las diferencias entre proceso y procedimiento administrativo está en que el primero supone siempre la existencia clara de un conflicto entre partes sobre la aplicación del Derecho (...) Por el contrario, en el procedimiento administrativo, en la mayor parte de los casos, no es tanto un problema de la correcta aplicación del Derecho y de resolución de conflictos jurídicos cuanto un cauce necesario de la buena gestión de los intereses públicos (...) En todo caso, esta gestión de asuntos de interés público, por estar sometida al principio de legalidad, exige, a diferencia de la gestión privada, el cumplimiento de determinadas formalidades que, incorporadas al expediente, permitirán después el control judicial de la actividad administrativa”.

De lo expuesto, parece claro que las mayores garantías se producen en el procedimiento judicial, pero si bien ello es así, entendemos que el procedimiento administrativo, en el caso de que se adopte este modelo, también podría reunir las necesarias garantías para el MENA. En cualquier caso el procedimiento administrativo, cuyas líneas están reguladas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁸¹³, es más garantista que el actual procedimiento ante el Ministerio Fiscal que se rige a través de las diligencias preprocesales.

No trataremos en este apartado de estructurar un procedimiento administrativo específico para el procedimiento de la determinación de la edad, pues nuestra intención únicamente, es hacer referencia a los principios que configuran el mismo y que pueden justificar la adopción de este modelo para la determinación de la edad. Lo que sí hay que tener en cuenta, es que el “interés superior del menor” que como ya hemos adelantado es también una norma de

⁸¹² Parada Vázquez, Ramón. 2015. *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa. Op. Cit.* P.125.

⁸¹³ Ha sido la CE la que previó la reserva de ley en orden a la regulación del procedimiento administrativo, haciendo expresa referencia a la audiencia del interesado (art. 105.c).

procedimiento, deberá inspirar el mismo. Así cualquier trámite que lo conforme, deberá tener presente siempre el interés del menor, siendo la audiencia de éste, en el sentido tanto de ser informado como de ser efectivamente oído, uno de los requisitos esenciales a introducir, pues así quedará garantizado otro de los derechos básicos del menor (art. 12 CDN).

Según Parada Vázquez (2015)⁸¹⁴ “la doctrina ha intentado aislar unos principios aplicables a todos los procedimientos administrativos, lo que no es tarea fácil ante la variedad de procedimientos y formas de la actividad administrativa. De aquí que no haya acuerdo sobre cuáles sean estos principios, que más que reglas diversas de los procesos judiciales y aplicables a todos los procedimientos administrativos, son cuestiones o problemas básicos que admiten respuestas divergentes o de diferente intensidad en unos y otros procedimientos”.

No obstante siguiendo a García de Enterría y Fernández (2015)⁸¹⁵ los principios del procedimiento administrativo son los siguientes: el carácter contradictorio, el principio de economía procesal, el principio *in dubio pro actione*, el principio de imparcialidad, el principio de oficialidad, transparencia y gratuidad. En nuestro análisis solo haremos referencia solamente al principio de oficialidad. El motivo de ello es lo que manifestamos al referirnos a uno de los importantes inconvenientes a los que se enfrenta el modelo judicial. Como ya adelantamos nuestro procedimiento judicial se estructura, salvo el proceso penal, a través del principio de justicia rogada o dispositivo. En este sentido deberá ser una de las partes, quien a través de una demanda inicie el procedimiento poniendo así de manifiesto sus pretensiones ante el órgano judicial. El principio de oficialidad, permitirá que el procedimiento se inicie a instancias de la administración y que ésta impulse los distintos trámites sin necesidad de ser pedidos por ninguna parte, pero sin perjuicio de que éstos sean solicitados.

⁸¹⁴ Parada Vázquez, Ramón. 2015. *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa. Op. Cit.* P.136.

⁸¹⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. 2015. *Curso de Derecho Administrativo II, Op. Cit.* Libro electrónico. Capítulo XXII.

El art. 58 de la Ley 39/2015 establece que “*los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia*”, desarrollando en los siguientes artículos que se entiende por cada caso. Por su parte el art. 71.1 regula el impulso que de oficio tiene que realizar la administración de todos sus trámites⁸¹⁶. Para García de Enterría y Fernández (2015)⁸¹⁷ “esto significa que la Administración está específicamente obligada a desarrollar la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los particulares, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la jurisdicción civil donde, por regir el principio dispositivo, se entiende que el proceso es cosa de las partes, de quienes depende, en consecuencia, su progresión.” Si aplicamos este principio al procedimiento que estudiamos, podemos concluir que desde el mismo momento en el que el MENA sea localizado, la administración podrá comenzar a realizar todas las actuaciones necesarias en aras a la determinación de su edad, sin necesidad de que exista ninguna parte constituida en el procedimiento que lo impulse, aunque lógicamente nada impediría que ello fuera así.

2.5.4. El control judicial de la decisión administrativa.

Por último y como ya adelantamos, la decisión administrativa debe estar sujeta a control judicial. Será por tanto en última instancia, la jurisdicción quien controlará la legalidad de la decisión, y en este caso, sometida únicamente al imperio de la ley y sin estar sometida a ningún tipo de interés, más allá que el que determina la ley, que no es otro que el interés superior del menor.

Si la determinación de la edad es una potestad reglada, la consecuencia del control judicial es extraordinaria, pues el juez, podrá sustituir completamente la decisión administrativa, por la que éste considere correcta, tras realizar una

⁸¹⁶ “1. *El procedimiento, sometido al principio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad.*”

⁸¹⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. 2015. *Curso de Derecho Administrativo II, Op. Cit.* Libro electrónico. Capítulo XXII.

valoración de la prueba, bien existente, bien presentada, sin estar vinculado a la actividad probatoria realizada por la Administración.

Ahora bien, ¿cuál debe ser el juez competente a quien se le someterá el control judicial de la decisión dictada por la Administración?. Si como hemos adelantado, nos encontramos ante un procedimiento administrativo, lo natural es que sea la jurisdicción contenciosa administrativa la que ostente la competencia para ello, a través de los Jueces de lo Contencioso Administrativo (art. 8.4 LPJCA⁸¹⁸). Sin embargo, creemos que nuestro ordenamiento jurídico permite otra solución más ágil y coherente con el sistema de protección del menor. Se trataría de atribuir la competencia a los Jueces de Primera Instancia.

Nuestra LEC atribuye la competencia para resolver sobre la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores a los Jueces de Primera Instancia. Y lo ha realizado a través de un procedimiento civil de carácter especial y preferente. También se ha otorgado competencia a los jueces de Primera Instancia para autorizar la entrada en el domicilio donde se pueda encontrar el menor para ejecutar una resolución administrativa en materia de de protección de menores, si bien para cumplir en este caso con una medida de carácter civil, cual es la suspensión de la patria potestad⁸¹⁹. Pues bien, parece que todas aquellas resoluciones administrativas que puedan afectar a los menores, el legislador quiere que sean atribuidas al Juez de Primera Instancia. Si bien la determinación de la edad es una decisión que desde nuestro punto de vista es de carácter puramente administrativa, no podemos olvidar el principio que debe inspirar la misma en todo momento que es el interés superior del menor. Además la protección del menor está presente en todo momento, incluso durante la posibilidad del recurso ante la jurisdicción, donde el MENA deberá seguir siendo tratado como menor hasta que se resuelva el recurso judicial. Estos motivos deberían justificar esta atribución de la competencia a la

⁸¹⁸ Art. 8.4 *“Conocerán, igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas”.*

⁸¹⁹ Posibilidad introducida por LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (BOE núm 175 de 23 de julio), que modificó la LEC introduciendo el art. 778 ter.

jurisdicción civil y concretamente a los Jueces de Primera Instancia, a través de un proceso que debería ser integrado en el Capítulo V del Libro IV de la LEC.

3. LÍNEAS BÁSICAS PARA LA PROPUESTA DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD.

Llegados finalmente a este punto, estamos en condiciones de afirmar que el procedimiento de determinación de la edad en España debería ser modificado para que se garanticen y se puedan ejecutar los derechos de los que los menores son titulares de acuerdo a las obligaciones internacionales adquiridas por España, y para adecuarlo a las recomendaciones formuladas por los informes de los organismos internacionales a los que hemos hecho referencia durante el presente trabajo. Cualquiera que sea el modelo por el que se opte, *de lege ferenda* debería ser único, y por tanto, deseamos tajantemente la actual regulación en la que se distinguen reglas para cuando el menor está indocumentado de cuando está documentado.

Como ya hemos analizado en este Capítulo, tanto el modelo judicial como el administrativo, pueden ser modelos aptos para sustituir al actual con las necesarias modificaciones legales en cada caso. Pero llegados a este punto en nuestro trabajo de investigación, sí estamos en condiciones de establecer unas bases que deberían ser recogidas cualquiera que sea el modelo que se escoja.

A. En cuanto a la participación del MENA en el procedimiento.

Como ya tuvimos oportunidad de analizar extensamente, podemos afirmar que el MENA de cuya edad se duda, es una persona que debe ser tratada como menor siempre y en todo caso hasta que se determine su edad. No obstante ser tratado como menor de edad, podemos considerar conforme a las teorías imperantes hoy en día sobre la capacidad del menor, que a éste se le puede considerar con madurez y, consecuentemente, con capacidad suficiente para poder ejercitar sus derechos y por lo tanto intervenir en determinados actos

y negocios jurídicos, pero sobre todo en determinados procedimientos que afecten a su persona. La capacidad progresiva está íntimamente ligada a la madurez de la persona, y desde luego, si atendemos al perfil sociológico que se realizó en el Capítulo I del MENA, podemos considerar que el MENA de cuya edad se duda, permite considerarlo como una persona que goza de una importante madurez, aunque siga siendo menor.

Si bien no existe una disposición expresa en nuestra legislación que recoja la capacidad progresiva del menor, es posible mantener que se acoge esta teoría en nuestro ordenamiento jurídico civil (art. 162.2.1 CC y art. 2.1 LOPJM modificado por Ley 26/2015). Ahora bien, más importante a los efectos de nuestro estudio es el reconocimiento de la capacidad del menor para poder actuar ante los órganos administrativos para la defensa de sus derechos e intereses, si ello está permitido por el ordenamiento jurídico, tal y como establece el art. 3.b de la Ley 39/2015. El propio art. 35 de la LOEX, al regular la repatriación como procedimiento administrativo, sí reconoce esta capacidad al MENA para actuar por sí mismo en éste. No vemos la razón por la que en el procedimiento de determinación de la edad actual, recogido en el mismo artículo, no se prevea esta posibilidad. En este sentido podemos afirmar que si se optara por un modelo administrativo, la norma al igual que ocurre hoy en día con la repatriación, debería permitir la actuación del MENA en el procedimiento para la determinación de la edad, pues como mantenemos, éste tiene madurez y en consecuencia capacidad suficiente para ello.

Pero también es importante posibilitar la participación del MENA ante los órganos judiciales, tanto si se opta directamente por un modelo judicial, como por un modelo administrativo con el necesario control judicial. Así, al igual que entendemos que el MENA goza de madurez y capacidad suficiente para actuar ante los órganos administrativos, también a éste se le deberá reconocer capacidad procesal suficiente para poder intervenir en los procesos judiciales. En este sentido la LEC no reconoce esta posibilidad, pues solo le otorga capacidad procesal a los mayores de edad, sin embargo sí se les reconoce esta posibilidad en la LJCA. No podemos olvidar que las importantes STC 183/2008

y 184/2008 sí les reconoce esta posibilidad de acuerdo al derecho a la tutela judicial efectiva de la que gozan como derecho fundamental.

La posibilidad de que el MENA pueda actuar por sí mismo ante los órganos administrativos o los judiciales con capacidad procesal, le eximirá por tanto, de acudir a través de su representante legal. Y esta cuestión no está resuelta en nuestro ordenamiento jurídico. El representante legal del MENA será el correspondiente cargo político al frente de la Entidad Pública de protección y éste será nombrado una vez el MENA haya sido declarado menor a través de la correspondiente resolución de desamparo. Sin embargo mientras el MENA está sometido al procedimiento de la determinación de la edad, si bien tiene que gozar de protección, ésta se limita a la llamada atención inmediata, que no recoge la existencia del representante legal. Sin perjuicio de que esta situación deba ser regulada, y asignar desde el primer momento un representante legal, no cabe duda que la posibilidad de que el MENA pueda actuar por sí mismo ante los órganos administrativos y judiciales en defensa de sus derechos mientras se determina su edad, debe ser permitida y recogida en la norma.

B. En materia de derechos.

El procedimiento actual, no garantiza la totalidad de los derechos que deben ser reconocidos al MENA en el procedimiento. Por tanto el nuevo modelo deberá garantizar por ley los siguientes derechos.

1. El interés superior del menor.

El interés superior del menor como derecho implicará que el MENA tendrá derecho a ser tratado siempre como tal hasta tanto se determine la edad. Además conforme al mismo cualquiera que sea el órgano encargado de determinar la edad, éste deberá guiarse siempre y en todo caso de acuerdo a lo que en cada momento sea la mejor decisión respecto del mismo. Será la motivación de la decisión la que servirá posteriormente como elemento de control. Pero además el interés superior del menor es un principio que debe inspirar la totalidad del procedimiento. Como principio implicará que el MENA

durante todo el procedimiento y hasta tanto no se resuelva sobre su edad, deberá ser tratado como menor. Y por último como norma de procedimiento, implicará que en el procedimiento, deberán ser garantizados otros derechos como la audiencia del menor, la motivación de cada una de las decisiones que se tomen y la posible intervención en el procedimiento de personas expertas en menores y extranjería que ayuden al órgano competente a tomar una decisión.

2. El derecho a ser escuchado.

Otro de los derechos indispensables que deben quedar recogidos en la norma que regule el procedimiento, es que el MENA, además de poder participar por sí mismo en éste, deberá ser oído. Y por ser oído significa que deberá ser informado en un lenguaje comprensible a qué procedimiento va a ser sometido, a qué pruebas en su caso, y a todas las consecuencias derivadas del mismo. Pero también significa que el MENA deberá de manifestar lo que estime conveniente, tanto ante aquellos agentes colaboradores con el órgano decisor, como al mismo órgano decisor.

3. El derecho a la tutela judicial efectiva.

El MENA tiene derecho a que la decisión que se adopte en el procedimiento pueda ser sometida a la valoración de la jurisdicción. Si se opta por un modelo judicial, ya se está dando cabida a este derecho pues será el juez, quien determine la edad, pero si se opta por el modelo administrativo, la decisión deberá poder ser sometida al control judicial.

Dos cuestiones deben ser tratadas y tenidas en cuenta. La primera es la posibilidad de la segunda instancia judicial, tanto si se sigue un modelo judicial como un modelo administrativo, con el correspondiente control judicial. Hemos de recordar que el derecho a la segunda instancia como integrador del derecho a la tutela judicial efectiva solo es reconocido a la jurisdicción penal. De acuerdo a la necesidad de celeridad y agilidad que requiere la toma de la decisión, no parece adecuado que la decisión que se tome deba ser sometida a una segunda instancia. A ello además contribuye la posibilidad que existe de poder someter a la persona a un nuevo procedimiento para la determinación de la edad, si

aparecieran nuevos hechos o pruebas que permitieran reconsiderar la decisión inicial.

La segunda cuestión es el derecho a la asistencia letrada del MENA en este procedimiento, cualquiera que sea el modelo por el que se opte. Si como mantenemos el MENA puede actuar por si mismo ante los órganos judiciales y administrativos, deberá tener derecho a ser asistido por un letrado que le oriente jurídicamente en el procedimiento. La LOEX ya lo recoge para cualquier actuación ante la jurisdicción (art. 22.1). Sin embargo, no se recoge para los supuestos de los procedimientos administrativos salvo que se trate de procedimientos que lleven aparejados la denegación de entrada, devolución, expulsión y aquellos que versen sobre protección internacional (art. 22.2). Si optáramos por un modelo administrativo, el derecho a la asistencia letrada gratuita del MENA debería quedar garantizada por Ley, habida cuenta de los efectos que este procedimiento conlleva, pero también por ser una manifestación de las garantías procesales del interés superior del menor.

Por último, también la ley debería de recoger la necesidad de que los letrados que asistan jurídicamente a los MENA, no solo en el procedimiento de determinación de la edad, sino en cualquier otro que se vean inmersos, estén especializados y así se reconozca por los organismos competentes en materia de menores y extranjería, tal y como ocurre para los casos de responsabilidad penal de los menores, o en violencia de género.

C. En materia probatoria.

Cualquiera que sea el modelo que se siga, no cabe duda que el nudo gordiano de la toma de la decisión, es precisamente una cuestión de valoración de prueba. No podemos aceptar que en base a la cuestión probatoria, según se cuente o no de documentos identificativos, se justifique la existencia de dos procedimientos de determinación de la edad, como ocurre hoy en día en España (arts. 35.3 LOEX y 12.4 LOPJM).

Las pruebas que pueden ser aportadas al proceso son las aceptadas en derecho. Si bien la LEC no establece un orden de prelación de pruebas, en materia de menores, como consecuencia del interés superior del menor, sí cobran importancia determinadas pruebas respecto de otras. Así la prueba documental, apoyada en la declaración del presunto menor que ejerce su derecho a ser oído, será preferente a la práctica de pruebas médicas. A las pruebas médicas, que entran dentro de la categoría de las pruebas periciales, solo se podrá recurrir si de otra forma no puede determinarse la edad, bien porque no existen documentos, bien porque existiendo éstos son falsos o bien existen dudas respecto de su contenido en relación a las declaraciones que presta el MENA, que deberán quedar debidamente fundamentadas y motivadas en aras de acudir a las pruebas médicas. Las pruebas médicas gozan de un importante margen de error, y además son pruebas invasivas para la salud, que serán utilizadas para un fin distinto para las que están previstas (curativo o de diagnóstico). Los documentos que se presenten y siempre que no estén falsificados, deberán ser valorados conforme a las normas de valoración de éstos que vienen recogidas en la LEC (tanto si se opta por el modelo judicial como si se opta por el modelo administrativo, tal y como recoge el art. 77 LPAC).

De entre todos los documentos que se pueden presentar, tienen una especial trascendencia los pasaportes y cartas de identidad. Los pasaportes tienen un amplio consenso internacional, y son considerados como documentos de viaje expedidos por los Estados que identifican plenamente a su titular, y además están dotados de medidas de seguridad. Las cartas de identidad porque si bien no son documentos de viaje, sí son documentos que expiden los Estados, gozan de medidas de seguridad prácticamente análogas a los pasaportes y también documentan a sus titulares. Por su parte, las partidas de nacimiento, también serán documentos aptos para la determinación de la edad, pero a diferencia de los pasaportes o cartas de identidad exigirán un plus de valoración al tener que atribuir el documento a la persona que lo aporta, pues no queda constancia de su identidad.

En otro orden de cosas, no debemos de olvidar la posibilidad del órgano decisor de acudir a la cooperación internacional para en su caso facilitar la labor probatoria cuando ello sea posible.

D. El órgano decisor.

Como ya hemos venido manteniendo será posible optar bien por un sistema judicial, en el que sea un juez el que determine la edad, o bien un procedimiento administrativo, en el que sea un órgano de la Administración General del Estado en atención a la naturaleza del procedimiento y de la distribución de competencias que establece el art. 149.1.2º CE, quien decida. Ambos modelos tienen ventajas y desventajas, pero pueden ser configurados legalmente para que en ellos se cumplan con todos los derechos del MENA y la decisión pueda ser tomada con garantías.

Como ya adelantamos el modelo judicial, podría ser considerado como el más garantista. El juez está únicamente sujeto al imperio de la ley a la hora de resolver las cuestiones que se le plantee. Ningún otro interés más que la estricta aplicación de la ley debe mover su resolución. Por esto, el juez deberá resolver únicamente conforme al interés superior del menor. Este argumento ha permitido entender que al MENA se le garantizará una mayor protección. Sin embargo, el modelo judicial tiene una importante dificultad estructural: el principio dispositivo o de justicia rogada. El Juez debe de actuar siempre como consecuencia de la petición que realice una de las partes que le formule una pretensión frente a otra. En materia de la determinación de la edad, no parece adecuado que quien dice ser menor de edad, deba interponer una demanda, frente al Estado para que un juez determine si es mayor o menor de edad. Lo más lógico es que desde que se localice a un MENA que deba ser sometido a este procedimiento, éste se inicie de oficio y se traigan las pruebas necesarias, todo ello sin perjuicio de que el MENA esté asesorado jurídicamente por un letrado y que además pueda participar directamente en el procedimiento garantizándole siempre su derecho a la contradicción.

Es cierto que el principio inquisitivo o de impulso de oficio se recoge en nuestro sistema procesal, pero está limitado al procedimiento penal, que está actualmente sujeto a una profunda revisión en cuanto a esta posibilidad del juez inquisitivo. Además no parece adecuado que deba ser la jurisdicción penal la que asuma la competencia, so pena de “criminalizar” al MENA. También es cierto que en los procedimientos civiles especiales recogidos en el Libro IV de la LEC, el art. 752.1 prevé una especialidad probatoria consistente en que el Juez podrá solicitar de oficio las pruebas que estime conveniente. Pero en este caso, solo se trata del trámite probatorio, y no del inicio del procedimiento que deberá ser siempre a instancia de alguna parte.

Así pues, si finalmente se optara por un modelo judicial, sería necesario exceptuar por ley el principio básico dispositivo, solo a los efectos de este procedimiento, siendo en su caso el Juez de la jurisdicción civil el más adecuado para conocer de éste. No lo sería el de lo contencioso administrativo, que sería lo lógico en atención a su naturaleza, pues ello implicaría la existencia de un procedimiento administrativo previo.

Junto al modelo judicial, también se puede optar por el modelo administrativo que también requeriría de la correspondiente adaptación legal. La principal crítica que recibe este modelo es la sumisión de la Administración a criterios y principios de oportunidad política que son establecidos por los gobiernos de turno. Teniendo en cuenta que el procedimiento de la determinación de la edad es de naturaleza administrativa y se encuadra dentro de las funciones de control de la Administración, se ha mantenido que pudiera ser posible que el interés por controlar los flujos migratorios o las fronteras se superponga al único interés que debe guiar la acción de los poderes públicos, esto es, el interés superior del menor. Sin embargo, y a pesar de que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales sometida a la ley y al Derecho, el interés superior del menor, es un interés que está legalizado, que es único en cada caso, que es superior a cualquier otro y que vincula a todos, por lo que la propia Administración encuentra un límite a sus criterios de oportunidad en la ley.

Pero es que además la determinación de la edad, si es atribuida a la Administración configuraría una potestad reglada, de forma que solo cabría una única solución justa. Ello eliminaría cualquier discrecionalidad que sí permite por definición, libertad de la Administración para elegir entre varias soluciones jurídicamente indiferentes y todas justas. Además, como consecuencia de esta potestad reglada, se permitirá el control judicial completo, esto es, que el Juez, que deberá resolver solo de acuerdo al imperio de la ley, pueda, en el caso que estime que la decisión no ha sido la justa de acuerdo a la prueba practicada, sustituir por completo la decisión de la Administración. El control y las garantías serían plenas, permitiendo así la entrada del modelo judicial, si se formulara un recurso o demanda ante la jurisdicción. De esta forma a través del modelo administrativo se garantizaría además esa segunda revisión, nada menos que por un órgano judicial.

CONCLUSIONES.

1. En esta investigación nos hemos preguntado por una parte, si el procedimiento que se sigue en España para la determinación de la edad de los MENA se garantiza el cumplimiento de los derechos que la CDN reconoce a todos los niños, y por otra, si ello no es así, si se podría optar por un nuevo modelo de procedimiento que sea respetuoso con los mismos.

2. Analizado todos los aspectos del procedimiento, tanto materiales como formales, hemos concluido que existen serios déficits en la ejecución de los derechos que deben ser garantizados en el procedimiento de la determinación de la edad por dos motivos: la deficiente y caótica regulación normativa del procedimiento y la inadecuada atribución de la competencia de la decisión al Ministerio Fiscal.

3. El punto de partida para poder analizar el procedimiento objeto de nuestra investigación deben ser los datos cuantitativos y cualitativos de las migraciones de los MENA. A estos efectos hemos concluido que:

a. Los datos analizados demuestran que las migraciones de MENA van en aumento tanto en España como a nivel mundial. Como consecuencia de ello, cada vez son más los procedimientos sobre la determinación de la edad que deben ser resueltos.

b. Los MENA que llegan a España proceden del Magreb, del Sahel y del África subsahariana occidental, siendo la mayoría inmigrantes económicos. La característica que los une es que se trata de jóvenes adolescentes con suficiente madurez, que buscan mejorar tanto sus expectativas de vida como las de sus familias huyendo de la pobreza y de conflictos civiles.

4. Para una correcta ordenación jurídica de las migraciones de MENA, debemos de acudir a dos ramas del Derecho: la Extranjería y el Derecho de Menores, por los siguientes motivos:

a. En tanto que es una cuestión de estado civil y de inmigración, el procedimiento de determinación de la edad, es competencia exclusiva del Estado conforme a lo que disponen los arts. 149.1.2º y 149.1.8º CE. Toda la materia sobre inmigración viene regulada en la LOEX y su Reglamento. Por tanto es en estos dos textos normativos donde podría regularse el procedimiento para la determinación de la edad. No obstante, también en atención al interés a proteger, que es únicamente el del menor, el procedimiento podría regularse en otra norma estatal como es la LOPJM.

b. Pero en cuanto que se trata de menores o presuntos menores de edad, la protección de los mismos que se garantiza en el art. 39 CE, le corresponde a las CCAA conforme a las competencias asumidas por todos los Estatutos de Autonomía; pues es a ellas a las que les corresponde garantizar la protección e integración de los MENA sin distinción alguna a otros menores. Esta protección se ordena jurídicamente a través de las leyes de protección de menores.

c. Como consecuencia de lo anterior, debe existir una correcta coordinación entre Administraciones para que todas las acciones que los poderes públicos deban de ejecutar para determinar la edad, redunden siempre en beneficio del menor y garanticen su protección.

5. La definición de MENA es importante puesto que de ella dependerá no sólo saber cual es la magnitud cuantitativa del fenómeno sino también poder dimensionar correctamente las políticas, procedimientos de actuación y recursos necesarios para la correcta atención y protección de los menores. Desde el objeto de nuestro estudio, la definición permitirá determinar el sujeto del procedimiento para la determinación de la edad.

6. La definición jurídica de MENA en España se recoge en el art. 189 del RD 577/2011. Esta definición se aparta incomprensiblemente del concepto que ha sido consolidado en la normativa europea desde la Directiva 2001/55/CE que recoge acertadamente todas las características jurídicas de lo que se debe entender por MENA. El hecho de que España no siga la definición común de la UE hace que, por un lado no se tenga una imagen igualitaria del MENA que en el resto de la UE, y consecuentemente se permita una distorsión en la magnitud real del fenómeno.

6.1. La definición española ha incluido “el riesgo de desprotección del menor” como un elemento característico de éste abriendo el concepto de MENA a otras realidades. La referencia “al riesgo de desprotección” es técnicamente incorrecta pues el MENA por estar solo nunca estará en situación de riesgo sino en situación de desamparo, demostrando así la confusión del legislador en la comprensión de las instituciones de protección de menores.

6.2. El Protocolo de MENA, excediéndose de su naturaleza, pues no es fuente del derecho, así como de su función, como guía de actuación, nos proporciona otra definición distinta a la que se recoge en el art. 189 del RD 577/2011 y que tampoco es la consolidada en la UE. El Protocolo sigue manteniendo indebidamente la referencia al riesgo de desprotección, pero además hace uso de una técnica jurídica inadecuada para incluir determinados supuestos de hecho específicos a los que identifica como MENA. Este mecanismo tiene como finalidad, intentar solucionar problemas que se habían producido en la realidad. Decimos que es una técnica inadecuada, puesto que la definición de MENA debería ser posible de aplicación a cualquier menor en el que concurren las circunstancias previstas en la definición.

7. El MENA siendo una persona menor de edad, es considerado como un menor maduro. Sin perjuicio de que éste deba de estar legalmente representado a través de un tutor, no se le puede sustraer del derecho a participar en las decisiones que le afecten directamente a su vida. Por este motivo se le debe reconocer el derecho a intervenir por sí mismo en procedimientos administrativos y judiciales reconociéndole capacidad de obrar y procesal a esos efectos. Concluimos que en nuestro objeto de estudio, el presunto menor deberá tener derecho a participar en el procedimiento de determinación de su edad, cualquiera que sea el modelo que se adopte, bien judicial, bien administrativo.

8. El MENA, como menor, es titular de derechos y en especial de los derechos específicos que le reconoce la CDN de la que España es parte y que han sido recogidos en la LOPJM. Los derechos y garantías del menor inciden en el procedimiento para la determinación de la edad, pues éstos deberán ser respetados, reconocidos y garantizados cualquiera que sea el modelo que se

escoja para adoptar la decisión. Hemos concluido que dichos derechos y garantías se erigen como pilares del mismo y son los siguientes: el interés superior del menor, el derecho a la audiencia o a ser oído, la tutela judicial efectiva y derivado de éste, el derecho a la asistencia letrada gratuita de calidad. Analizados los mismos hemos constatado que estos derechos no son respetados ni garantizados en nuestro modelo de procedimiento.

8.1. El interés superior del menor es un derecho, un principio básico del Derecho del Menor y una norma de procedimiento. En España, este principio está suficientemente regulado tras la reforma de la LOPJM, pues incorpora la interpretación que del mismo realiza el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 14. Pero en el procedimiento de determinación de la edad que analizamos, este derecho no se garantiza completamente por los siguientes motivos:

a. En la estructura actual del procedimiento de determinación de la edad, no se le garantiza su audiencia por el órgano decisor como medio de hacer efectivo el interés del menor.

b. No se permite el acceso al recurso directo de la decisión adoptada por el Fiscal como órgano decisor, por lo que se sustrae al menor la posibilidad de que la decisión pueda ser revisada, directamente y como objeto principal del debate por los tribunales afectando así a su interés.

8.2. A través del derecho a ser oído se garantiza la ejecución del derecho del interés superior del menor permitiéndole participar directamente en el procedimiento. El derecho a la audiencia implica no solamente oír al menor por el órgano decisor, salvo que por motivos fundamentados y así quede motivado pueda ser suficiente ser oído por algún colaborador en el procedimiento, sino también informarle de una manera comprensible a qué procedimiento se le va a someter y sus consecuencias. En el procedimiento para la determinación este derecho no queda garantizado por los siguientes motivos:

a. Los textos normativos que regulan expresamente el procedimiento para la determinación de la edad (art. 35.3 de la LOEX y art. 190 RLOEX) omiten hacer referencia a este derecho, tanto a nivel de ofrecer información comprensible al presunto menor sobre el procedimiento y sus consecuencias

como a la audiencia en sentido estricto. Sin embargo sí se hace expresa referencia a este derecho, en cuanto a oír al menor, pero no aportarle información, para el procedimiento para la repatriación, por lo que podríamos llegar erróneamente a la conclusión que la exigencia de la audiencia al menor en la determinación de la edad, puede ser omitida.

b. El Protocolo de MENA sólo obliga a oír al presunto menor cuando éste se niega a prestar su consentimiento para la práctica de las pruebas médicas.

c. La regulación que la Circular de la FGE 4/2013 hace de las Diligencias Preprocesales, como marco formal a través de las cuales se tramita el procedimiento, permiten expresamente la relajación del principio de contradicción, íntimamente ligado al derecho a la audiencia.

8.3. La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de todas las personas. Este derecho no solo implica poder acudir directamente a los tribunales para que éstos sustancien una pretensión, sino también incluye la posibilidad de que la actividad de la administración quede sujeta al poder de revisión de la jurisdicción. En el procedimiento para la determinación de la edad en España, este derecho no existe pues la decisión del Fiscal, no puede ser revisada de manera directa por los tribunales a través de un recurso que tenga por objeto principal la determinación de la edad.

8.4. Forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a la asistencia letrada. La LOEX recoge el derecho a la asistencia letrada gratuita para determinados procedimientos que afectan a los extranjeros y que impliquen expulsión, devolución, denegación de entrada del territorio nacional y procedimientos de protección internacional. El procedimiento de determinación de la edad tiene consecuencias jurídicas muy importantes para la persona, tanto en orden a su protección, como en orden a la futura decisión que podrá conllevar una resolución de repatriación, expulsión o devolución. El derecho a la asistencia letrada, se configura como garantía procesal tanto para la ejecución del principio del superior interés del menor, como para realizar una adecuada audiencia del presunto menor. Actualmente este derecho no se reconoce al presunto menor que está siendo sometido al procedimiento para la determinación de la edad. Concluimos que el derecho a la asistencia letrada gratuita debería ser recogido

por ley, y la misma también debería de garantizar que esta asistencia jurídica fuera especializada y de calidad, lo cual implica una adecuada formación de los letrados en la materia de Extranjería y Menores que también fuera debidamente garantizada por los organismos competentes.

9. El procedimiento para la determinación de la edad tiene una gran importancia por los siguientes motivos:

a. Porque mientras se está sometido al mismo, la persona debe ser siempre y en todo caso considerada como menor, por lo que el Estado deberá proporcionarle toda la protección tanto material como jurídica, de la que es acreedor por la aplicación del interés superior del menor.

b. Porque es la primera decisión jurídica que debe de adoptarse respecto del mismo y de su resultado dependerá el régimen administrativo que se le aplicará al sujeto que se somete al mismo. Así si resulta ser mayor de edad, podrá ser devuelto o expulsado del territorio nacional, salvo que se le aplique la normativa de protección internacional, en tanto que si resulta ser menor de edad, supondrá un régimen privilegiado de entrada y permanencia en el país, pues gozará de toda la protección que se le dispensa a los menores, y además tendrá derecho a la regularización administrativa en España.

10. En el procedimiento para la determinación de la edad convergen dos intereses que no operan en un plano de igualdad: el interés superior del menor que es, como su nombre indica, superior a cualquier otro y además goza de respaldo constitucional a través del reconocimiento de la protección del menor, y el interés del Estado al control de los flujos migratorios y de las fronteras. El modelo de procedimiento que se elija deberá ser respetuoso con los derechos del menor y conducirse siempre y en todo caso conforme al primero de los principios que hemos referido.

11. Actualmente el procedimiento para la determinación de la edad en España, no tiene una regulación unitaria y además se ha producido de facto una alteración en las fuentes normativas que lo regulan. Hemos concluido lo siguiente a este respecto:

a. Actualmente existen dos normas legales que diferencian el procedimiento según el menor esté o no documentado y que además demuestran la dicotomía existente respecto a su regulación bien en el Derecho de Extranjería, bien en el Derecho de Menores. El art. 35.3 de la LOEX regula los supuestos en los que el menor no está documentado. Por su parte, el art. 12.4 de la LOPJM, introducido por la modificación operada por Ley 26/2015, reconoce la posibilidad de realizar una serie de valoraciones que podrán ser mantenidas por el Fiscal ante la presencia de un documento identificativo que considere que no es fiable. No es afortunada esta distinción de supuestos, puesto que creemos que el procedimiento para la determinación de la edad debería ser único y estar regulado de manera unitaria preferentemente en una ley o en su defecto en un reglamento para cualquier menor, independientemente de las cuestiones relativas a la valoración de la prueba que ya están adecuadamente reguladas en la LEC.

b. El Protocolo de MENA no solo ofrece unas pautas de actuación para todos aquellos que deban de intervenir en el procedimiento para la determinación de la edad, sino que además entra a regular aspectos del procedimiento, como la valoración de los documentos que no le corresponden por no ser una norma de carácter general ni fuente de derecho y que además van en contra a lo que dispone la LEC.

12. Cualquiera que sea el modelo de procedimiento que se siga, la decisión sobre la edad es una cuestión netamente probatoria y por tanto, ésta habrá de tomarse tras la valoración de los distintos medios de prueba con los que se cuente y sean admitidos en derecho. Ahora bien, no obstante lo anterior, en atención a la aplicación del interés superior del menor, podemos concluir que se puede establecer un orden de prelación en materia de la práctica de la prueba:

12.1. La declaración del presunto menor, será siempre tomada en consideración y valorada junto a cualquier otro medio de prueba que se practique.

12.2. El principal medio probatorio lo constituyen los documentos. Si bien en el procedimiento para la determinación de la edad, todos los documentos

podrían ser valorados, existen algunos que tienen una especial significancia y valoración:

a. En primer lugar los pasaportes. Existe un amplio consenso mundial para considerar a los pasaportes, si no están falsificados en cuanto a su soporte, como documentos que identifican a su titular y además sirven para determinar su edad, pues este dato debe ser incorporado a los mismos. Los pasaportes son documentos oficiales y deben ser valorados por las autoridades como un todo. Solo en el caso de una discordancia burda y fácilmente constatable entre el contenido del pasaporte auténtico y la realidad podrá ser cuestionado siempre y cuando dicha contradicción quede debidamente justificada por el órgano decisor y además exista la posibilidad de revisión judicial de dicha decisión.

b. Las cartas de identidad. Si bien no gozan de la misma consideración de los pasaportes, también son aptos para la determinación de la edad pues identifican plenamente a la persona y además por regla general dichos documentos poseen iguales medidas de seguridad respecto de su autenticidad que los pasaportes.

c. Los certificados de nacimiento. Estos son documentos aptos para probar la edad de una persona, pero a diferencia de los anteriores, éstos por regla general no identifican a su titular. Solo en el caso de que el certificado de nacimiento contuviera algún elemento que permitiera esa identificación, podría ser por sí mismo apto para la determinación de la edad. A diferencia de lo que ocurre con los dos documentos anteriores, la eficacia jurídica de estos documentos en España estará sujeto a la valoración que conforme a los mismos se realice en aplicación del art. 323 LEC.

12.3. La cooperación internacional, a través del traslado de información de huellas dactilares, o cualquier otro elemento que permita la identificación de la persona de cuya edad se duda, también pueden ser un efectivo método probatorio que ayude a su identificación y a la determinación de la edad y de aplicación preferente a otros medios de prueba invasivos como son las pruebas médicas.

12.4. Solo en el caso de que no se cuente con otro medio de prueba que permita la determinación de la edad, se podrá acudir a los métodos médicos. Los

métodos médicos son pruebas invasivas que afectan a la salud del menor y además están sujetos a importantes márgenes de error.

a. Por ser pruebas médicas e invasivas serán los Médicos Forenses los que deberán determinar cuáles son las pruebas que estiman convenientes realizar para poder tomar una decisión, teniendo en cuenta que éstos también están sujetos al interés superior del menor. Para poder someter a la persona a una prueba médica es necesario contar con el consentimiento informado de éste sin que pueda ser sustituido por ningún representante. No será necesaria la autorización judicial para su práctica, pero sí es necesaria la habilitación legal.

b. Los márgenes de error, cualquiera que sea la prueba que se utilice, justifica la necesidad de que el procedimiento de determinación de la edad siga una metodología holística, pues esta metodología responde a la propia naturaleza de los métodos usados de forma individual, así como a la aplicación del interés superior del menor.

13. La competencia para la determinación de la edad en España está atribuida cuando no existe ningún procedimiento judicial abierto al Ministerio Fiscal. Por tanto, existen determinados supuestos en los que los jueces sí tendrán competencia para la determinación de la edad, cuando ésta se configura como un incidente necesario a resolver para poder determinar correctamente cuál debe ser la norma a aplicar. Desde nuestra opinión esta atribución competencial, al Ministerio Fiscal, es indebida. De acuerdo a las funciones que le son propias al Ministerio Fiscal a la luz del art. 124 CE y del EOMF, éste tendrá las competencias necesarias para promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público. La determinación de la edad, no es un procedimiento que tenga por objeto promover ningún tipo de proceso ante los órganos judiciales. Estamos ante una decisión que solo afectará al régimen administrativo de una persona y a su derecho en su caso a recibir protección si fuera menor.

14. El cauce formal a través del cual el Ministerio Fiscal sustanciará el procedimiento son las Diligencias Preprocesales, que encuentran su regulación en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2013. No consideramos que este sea el cauce procedimental adecuado por varios motivos:

a. No está previsto ni regulado legalmente y tienen una escasa y parca regulación en la Circular 4/2013.

b. Consecuencia de lo anterior, es que este vehículo formal no garantiza la ejecución de los derechos del menor que deben ser reconocidos en el procedimiento y a los que ya hemos hecho referencia.

15. Superando así el modelo actual de procedimiento, y teniendo en cuenta las posibilidades que nos ofrece nuestro sistema jurídico, podemos apuntar la posibilidad de sustituir el sistema actual radicado en la actuación del Ministerio Fiscal por sistemas distintos: el modelo judicial o el modelo administrativo. Cualquiera que se la propuesta que se elija, se deberán llevar a cabo las modificaciones necesarias tanto de la LOPJ, de la LOEX, y de la LEC.

15.1. El modelo judicial para la determinación de la edad, es más garantista que el actual. Los Jueces, desde su independencia están únicamente sujetos al imperio de la ley, no persiguen ningún tipo de interés en su actuación. De esta forma solo se guiarán por el “superior interés del menor” que está recogido y amparado en la ley. El proceso judicial reúne los requisitos necesarios para garantizar los derechos de los MENA, como el derecho a la audiencia, el reconocimiento de la asistencia letrada y la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales.

Sin embargo, el modelo judicial tropieza con un importante escollo estructural: el principio de justicia rogada o dispositivo que forma parte de la naturaleza de todo proceso judicial. El Juez no puede iniciar el procedimiento de oficio, ni tampoco traer al proceso, salvo que se trate de un proceso especial como los recogidos en el Libro IV de la LEC, las pruebas que considere oportunas para valorar las pretensiones de las partes.

Existiendo varias jurisdicciones posibles para la determinación de la edad, sería la jurisdicción civil la más adecuada para tomar esta decisión, en consonancia con aquellas cuestiones que afectan a la protección de menores y le han sido atribuidas a esta jurisdicción.

15.2. El modelo administrativo también puede ser un modelo llamado a sustituir al actual, siempre y cuando esté previsto legalmente y el procedimiento contemple absolutamente todas las garantías procesales que resulten de

aplicación de los derechos de los MENA. Existen ya otros procedimientos que afectan a los menores que son atribuidos a la Administración de acuerdo al fenómeno denominado desjudicialización de la resolución de conflictos. A diferencia del modelo judicial, el modelo administrativo se presenta como un modelo más ágil y eficiente que además encaja bien con la necesidad de la urgencia en la toma de la decisión.

Si bien la Administración persigue fines de interés general y para ello está sujeta a la ley y al derecho, no hay que olvidar que el interés superior que debe de perseguir, es el del menor, dejando en un segundo plano el interés del control de las fronteras, frente a la protección del menor que debería siempre figurar en el primer plano.

La determinación de la edad es una potestad reglada, pues solo cabe una única solución justa, y como tal, cabrá un control judicial pleno y absoluto por el órgano judicial de la decisión administrativa, que podrá ser sustituida por la valoración que de las pruebas realice el Juez. El control judicial de la decisión administrativa, conectará finalmente con el modelo judicial, pues a la postre se garantizará que la decisión solo persiga el interés superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Acebal Monfort, Luis. 2010. «Los derechos del niño» *Temas para el debate* (191): 40 - 42.

ACNUR. 2008. «Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño» Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra.

ACNUR. 2011. «Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado. En virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados» Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra.

Adroher Biosca, Salomé. 2006. «Menores extranjeros en España. Marco jurídico general y nuevos desafíos» en *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho*, de Lázaro González Isabel E. y Culebras Llana, Irene (Coordinadoras). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA). 2011. «Separated, asylum-seeking children in European Union Member States» Comparative report, Viena, 53 - 55.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA). 2014. «Manual de Derecho Europeo sobre asilo, fronteras e inmigración» Bruselas; 229 - 236.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA). 2015. «La tutela de menores privados de cuidados parentales» Comisión Europea. Bruselas.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA). 2015. «Manual de legislación europea sobre los derechos del niño» Bruselas.

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA). 2016. «Fundamental Rights Report 2016.» Comisión Europea, Brussels.
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA). 2017. «Fundamental Rights. Report 2017» Comisión Europea, Brussels.
- Albaladejo, Manuel. 1970. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Librería Bosch.
- Alonso Sanz, Lucía. 2016. *El estatuto constitucional del menor inmigrante*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Alvarez Vélez, M^a Isabel. 2016. «Sistema normativo español sobre protección de menores» en *Tratado del Menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*, de Martínez García, Clara (Coordinadora); 123 - 156. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. 2007. «El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal» *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento Jurídico*. (Tirant lo Blanch) (1): 11 - 26.
- Aparicio Chofré, Lucía. 2012. «Entre la externalización y el codesarrollo. Novedades en la regulación de los menores no acompañados» En *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, de Vicente Cabello Mallol y Alexis Cloquell Lozano, 379 - 396. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Aparicio Chofré, Lucía. 2015. «Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España» *Revista Boliviana de Derecho*. (20): 120 - 141.
- Aragonés Seijo, Santiago, y Miñano González, Evelio. 2015. «La incoación de diligencias indeterminadas tras la presentación de la querrela» *Diario La Ley* (La Ley) (8466).
- Arango Vila-Belda, Joaquín. 2007. «La población Mundial» En *Geografía humana. Procesos, riesgos e incertidumbres en un mundo globalizado*, de

Romero, J; Ortega, J; Arango, J; Nogué J; Albet, A; Méndez R; Nel-lo, O; Muñoz F; Naredo, J y Farinós JM, 57 -104. Barcelona: Ariel.

Arce Jiménez, Elena. 2006. «Menores extranjeros no acompañados» En *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho. V Jornadas sobre Derecho de Menores*, de Lázaro González, Isabel E y Culebras Llana, Irene (Coordinadoras), 123 - 142. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Arce Jiménez, Elena. 2008. «Menores Extranjeros no acompañados su desprotección frente a la legislación de extranjería» en *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, de Alberdi Bidagueren, Jokin y Goizueta Vértiz, Juana (Coordinadores). 187 - 200. Madrid: Marcial Pons.

Armenteros León, Miguel. 2006. «Análisis del tratamiento jurídico previsto para los menores extranjeros en situación irregular» *Boletín del Ministerio de Justicia*. (2017): 2959 - 2993.

Armenteros León, Miguel. 2008. «Determinación de edad de presuntos menores extranjeros indocumentados. Prueba médica frente a documento auténtico» *Diario La Ley* (6915).

Armenteros León, Miguel. 2015. *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España. Actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ayala Muñoz, José María; Irurzun Montoro, Fernando; Fernández - Daza Alvear, José María; Rivero González, Manuel; García Gómez de Mercado, Francisco; Sanz Gandasegui, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Torres Fernández, Juan José; Huesca Boadilla, Ricardo y Vega Labella, José Ignacio. 2010. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa - Administrativa de 1998*. 4ª edición. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi.

Azevedo, Jenner C.V; Brasil, Lana M.P; Macedo, Taisa B.; Pedrosa, Lucía F.C y Arrais, Ricardo F. 2009. «Comparison between objective assessment and

self-assessment of sexual maturation in children and adolescents» *Jornal de Pediatria*. 135 - 142.

Azurmendi Inchausti, Mikel. 2006. «Los derechos y la integración social de los inmigrantes en Europa» en *Hacia un derecho unitario europeo en materia de extranjería*, de Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, 103 - 118. Madrid.

Baeza Atienza, Javier. 2007. «Complicidad y extravagancia. Menores inmigrantes: una experiencia de encuentro» en *Los derechos de los menores extranjeros*, de Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, 79 - 93. Madrid.

Barrera López, Francisco. 2010 - 2011. «La protección del menor no acompañado y la condición de extranjero. ¿Una relación compatible? Reflexión desde el derecho de la Unión Europea y el Derecho Español» *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. (13-14): 85 - 119.

Bartolomé Tutor, Aránzazu. 2015. *Los derechos de la personalidad del menor de edad*. Navarra: Aranzadi S.A.

Belinchón Sánchez, Carmen. 2006. «Menores extranjeros no acompañados» en *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho. V Jornadas sobre Derecho de los Menores*, de Lázaro González, Isabel E. y Culebras Llana, Irene (Coordinadoras); 147 - 156. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.

Betancor Rodríguez, Andrés. 2015. «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder» en *El Juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, de Luis Arroyo Jiménez, Luis; Beladiez Rojo, Margarita; Ortega Carballo, Carlos y Rodríguez de Santiago, José María. 109-148. Madrid: Marcial Pons. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM.

- Bravo Arteaga, Amaia; Santos González, Iriana y Del Valle, Jorge F. 2010. «Revisión de actuaciones llevadas a cabo con menores extranjeros no acompañados en el Estado Español» Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo.
- Burgos Goye, María Carmen. 2013. *El estatuto jurídico de los menores inmigrantes*. Granada: Comares SL.
- Cabedo Mallol, Vicente. 2006. «La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados» *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (56): 81 - 95.
- Cabedo Mallol, Vicente. 2010. «Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia» *IV Simposio Internacional de Inmigración. Fundación Ciudadanía y Valores*. Valencia.
- Cabedo Mallol, Vicente y Alexis Cloquell Lozano. 2012. «La colaboración, coordinación y cooperación entre las diversas comunidades autónomas con relación a los menores inmigrantes no acompañados» en *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, de Vicente Cabedo Mallol y Cloquell Lozano, Alexis; 103 - 155. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Calvo Caravaca, Alfonso - Luis y Carrascosa González, Javier. 2012-2013. *Derecho Internacional privado*. 13ª edición. Vol. I. II vols. Granada: Editorial Comares.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier. 2017. *Derecho internacional privado*. 17ª edición. Vol. I. II vols. Granada: Editorial Comares.
- Cantero Martínez, J. 2010. «Capacidad legal del menor y rechazo del tratamiento» en *Bioética y Pediatría. Proyectos de Vida Plena*, de De los Reyes López, Manuel y Sánchez Jacob, Marta; 375 - 388. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla La Mancha.

- Carrió Sampedro, Alberto. 2004. «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003» *Diario la Ley (LA LEY)* (6003).
- Castán Tobeñas, José. 1987. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Introducción y Parte General*. 14ª edición. Vol. II. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A.
- Castaño Reyero, María José y Pérez Adroher, Ana. 2017. *Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España*. Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (IUEM). Universidad Pontificia Comillas. Equipo de Incidencia Política y Estudios. UNICEF Comité Español, Madrid: Huygens.
- Cillero Bruñol, Miguel. 2016. «La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Introducción a su origen, estructura y contenido normativo» en *Tratado del Menor*, de Martínez García, Clara (Coordinadora); 85 - 122. Pamplona.: Aranzadi S.A.
- Cobas Cobiella, Maria Elena. 2015. «Menores y Extranjería: Situaciones de Regularización» *Revista Boliviana de derecho* (20): 100 - 119.
- Consejo General de la Abogacía Española. Subcomisión de Extranjería. 2014. «XXIV Encuentro de la abogacía sobre derecho de extranjería y asilo» Conclusiones, Bilbao.
- Cordón Moreno, Faustino, Julio J Muerza Esparza, Julio J; Armenta Deu, Teresa y Tapia Fernández, Isabel (Coordinadores). 2001. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol. I. II vols. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Council of Europe. 2016. «Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2016 - 2021)» Children's human rights, Strasbourg.
- De Castro y Bravo, Federico. 1970. *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*. 5ª edición. Madrid.

- De Castro y Bravo, Federico. 1984. *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas S.A.
- De Couto Gálvez, Rosa María. 2016. «Las instituciones civiles de protección: patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho» en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, de Martínez García, Clara (Coordinadora); 254 - 286. Pamplona: Aranzadi S.A.
- De Montalvo Jääkeläinen, Federico. 2016. «Capacidad del menor y tratamiento médico» en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, de Martínez García, Clara (Coordinadora); 798 - 819. Pamplona: Aranzadi S.A.
- De Palma del Teso, Angeles. 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
- De Palma del Teso, Angeles. 2011. «La condición legal de "menor no acompañado" en nuestro derecho de extranjería; definición común de la Unión Europea. La Kafala del Derecho islámico» *Revista Vasca de Administración Pública*. (90): 101 - 138.
- De Palma del Teso, Angeles y González García, Almudena. 2015. «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo» *Revista Jurídica de Catalunya* 114 (3): 611 - 637.
- De Ramón Fors, Ignacio. 2010. «La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal» *Diario La Ley* (7433).
- Defensor del Pueblo. 2005. «Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España» Madrid.
- Defensor del Pueblo. 2012. «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad» Madrid.

- Defensor del Pueblo. 2014. «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia» Madrid.
- Defensor del Pueblo Vasco. 2005. *Situación de los Menores Extranjeros no Acompañados en la CAPV*. Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco, Defe, Vitoria-Gasteiz: ARARTEKO.
- Delgado Godoy, Leticia. 2012. «Política de inmigración y cambio de gobierno» en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Palomar Olmeda, Alberto (Coordinador); 113 - 130. Pamplona: Aranzadi SA.
- Derruau, Max. 1967. *Tratado de Geografía Humana*. Traducido por Raimundo Griño. Barcelona: Vicens - Vives.
- Díez Morrás, Francisco Javier. 2012. «Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección» *Revista de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)* (10): 95 - 104.
- Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 1992. *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*. Vol. 1. Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 2006. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. 10ª edición. Vol. IV. Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 2015. *Sistema de Derecho Civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 11ª edición. Vol. II. II vols. Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 2016. *Sistema de Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil y Personas Jurídicas*. 13ª edición. Vol. I. Madrid: Tecnos.
- Dorling, Kamena. 2013. «Happy Birthday? Disputing the age of children in the immigration system» Coram. Children's Legal Center, London.

- Duplá Marín, M^a Teresa y Bardaji Gálvez, M^a Dolores. 2008. «Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor (A propósito del D.90/2008 , de 22 de abril, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación y piercing, así como los requisitos higiénico-sanitarios que tienen que cumplir los establecimientos en que se realizan estas prácticas)» en *Los Avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, de Adroher Biosca, Salomé; Montalvo Jääskeläinen, Federico; Corripio Gil – Delgado, María Reyes y Veiga Copo, Abel B. (Coordinadores); 457 - 473. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Durán Ayago, Antonia. 2010. «La deficitaria política convencional de España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados: nociones para el desencanto» en *Los Menores Extranjeros no Acompañados*, de Isabel E. Lázaro González y Beatriz Moroy Arambarri, 205 - 228. Madrid: Tecnos.
- Durán Ruíz, Francisco Javier. 2007. «Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección» *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*.
- Durán Ruíz, Francisco Javier. 2010. «Los derechos de los MENA: El despertar a su eficacia real a través de la jurisprudencia» en *Los Menores Extranjeros no Acompañados*, de Lázaro González, Isabel E. y Monroy Arambarri, Beatriz (Coordinadoras); 229 - 260. Madrid: Tecnos.
- Durán Ruiz, Francisco Javier. 2011. «Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales» en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, de Kressova F.J y García Castaño, N; 851 - 863. Granada: Instituto de Migraciones.
- Dutch Association of Age Assessment Researchers. 2013. «Age assessment of unaccompanied minor asylum seekers in the Netherlands.» Amsterdam.

- Equipo de Investigación Universidad Pontificia de Comillas. Coordinadora Lázaro González, Isabel. 2014. *Cuadernos para el Debate (03). Vulnerabilidad y exclusión social en la infancia*. Madrid: Huygens Editorial.
- European Asylum Support Office. 2013. «Age assessment practice in Europe.» Brussels.
- European Council on Refugees and Exiles. 2014. «Guiding principles for quality legal assistance for unaccompanied children. Right to Justice: Quality legal assistance for unaccompanied children project» Justice Department. Fundamental Rights. Rights of the Children, European Commission, Brussels.
- European Migration Network (EMN). 2009. «La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados. España.» Comisión Europea. Bruselas.
- European Migration Network (EMN). 2010. «Unaccompanied Minors - an EU comparative study.» European Commission. Brussels.
- European Migration Network (EMN). 2014. «Policies, practices and data on unaccompanied minors in 2014. French Case.» Study, European Commission. Brussels.
- European Migration Network (EMN). 2014. «Policies, practices and data on unaccompanied minors in 2014. Greece case.» Study, European Commission. Brussels.
- European Migration Network (EMN). 2014. «Policies, practices and data on unaccompanied minors in 2014. Netherland Case.» Study, European Commission. Brussels.
- European Migration Network (EMN). 2014. «Policies, practices and data on unaccompanied minors in 2014. Italian case.» Study, European Commission. Brussels.

- European Migration Network (EMN). 2014. «Política, prácticas y datos sobre menores no acompañados. Caso Español.» Comisión Europea. Bruselas.
- European Migration Network (EMN). 2015. «Policies, practices and data on unaccompanied minors in the EU Member States and Norway.» European Commission. Brussels.
- Fábrega Ruíz, Cristóbal Francisco. 2005. «El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores» *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. (4): 1490 - 1505.
- Feltz, Vivien. 2015. «Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood» Médecins du monde International Network, Paris.
- Fernández Arevalo, Luis. 2006. «Menores extranjeros no acompañados: problemática legal» *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos.
- Fernández Erdocia, Jonan. 2009. «Fundamentación Etica» en *Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España*, de Pérez Pérez, Pablo; Gruben Burmeister, Sonia y De Gasperis M. Teresa; 45 - 75. Madrid: La Merced Migraciones.
- Fernández Olalla, Patricia. 2010. «Problemas jurídicos en la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados» *Estudios Jurídicos* Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos.
- Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo. 2013. *Derecho Internacional Privado*. 7ª edición. Pamplona: Civitas - Thomson Reuters.
- Ferré, Nathalie. 2002. «La détermination de la minorité» *Plein droit. Mineures étrangers isolés en danger*. (52).
- Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. 2014. *Memoria anual*. 130 - 148.

Fiscalía General del Estado. 2007. *Memoria anual*. 469 - 509.
Fiscalía General del Estado. 2008. *Memoria anual*. 638 – 647.
Fiscalía General del Estado. 2009. *Memoria anual*. 729 – 741.
Fiscalía General del Estado. 2010. *Memoria anual*. 863 – 869.
Fiscalía General del Estado. 2011. *Memoria anual*. 978 – 994.
Fiscalía General del Estado. 2012. *Memoria anual*. 863 - 872.
Fiscalía General del Estado. 2013. *Memoria anual*. 359 – 366.
Fiscalía General del Estado. 2014. *Memoria anual*. 395 – 403.
Fiscalía General del Estado. 2015. *Memoria anual*. 444 – 453.
Fiscalía General del Estado. 2016. *Memoria anual* . 487- 497.
Fiscalía General del Estado. 2017. *Memoria anual*. 540 – 547.

Fiscalía General del Estado. Secretaría Técnica. 2014. *Doctrina de la Fiscalía General del Estado 1883 - 2013. Recopilación de Circulares, Consultas e Instrucciones*. Editado por Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid.

Flores Prada, Ignacio. 1999. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Font i Mas, María. 2013. «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 *Infancia y protección internacional en Europa*, de Lázaro González, Isabel E. y Claro Quintáns Irene (Coordinadoras); 161 - 174. Madrid: Tecnos.

France Terre D'Asile. Direction de la protection des mineurs isolés étrangers. 2014. «Mineurs isolés étrangers: L'essentiel» Paris.

Fuentes Sánchez, Raquel. 2014. «Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)» *Azarbe. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*. (3): 105 - 111.

Fundación Raíces y Fundación Abogacía Española. 2014. «Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados» Madrid.

- Garamendi González, Pedro M, Bañón González, Rafael; Pujol Robinat, Amadeo; Aguado Bustos, Fernando F; Landa Tabuyo, María Irene; Prieto Carrero, José Luis y Serrulla Rech, Fernando. 2011. «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 (2010)» *Revista Española de Medicina Legal* 37 (1): 22 - 29.
- Garamendi González, Pedro Manuel. 2012. «La perspectiva médica.» *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*. Madrid: Defensor del Pueblo. 35 - 72.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. 2011. *Curso de Derecho Administrativo I*. 15ª edición. Pamplona: Thomson Reuters. Civitas. Aranzadi.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez Tomás Ramón. 2011. *Curso de Derecho Administrativo II*. 12ª edición. Pamplona.: Thomson Reuters. Civitas. Aranzadi.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez Tomás Ramón. 2015. *Curso de Derecho Administrativo I*. 17ª edición. Pamplona: Civitas. Thomson Reuters.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. 2015. *Curso de Derecho Administrativo II*. 14ª edición. Pamplona: Civitas. Thomson Reuters.
- García Garrido, Manuel J. 1988. *Derecho Privado Romano. Acciones, casos, instituciones*. 4ª edición. Madrid: Dykinson.
- García Herrera, Vanessa. 2016. «Los menores extranjeros no acompañados en situación de desamparo» *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (42): 47 - 66.

- Garcimartín Alférez, Francisco J. 2012. *Derecho Internacional Privado*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Giménez Romero, Carlos y Suárez Navaz, Liliana. 2001. *Menores no acompañados, que han entrado en territorio español sin representación legal. Programa Migración y Multiculturalidad*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Giménez, Carlos, y Suárez Navaz, Liliana. 2002. «Menores no Acompañados. Introducción al fenómeno desde el análisis de situación del año 2000» Informe Final del Proyecto de Investigación "Menores no acompañados que han entrado en territorio español sin representación legal", Universidad Autónoma de Madrid. Programa Migración y Multiculturalidad. Madrid.
- Gimeno Sendra, Vicente. 2010. *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte general*. 3ª edición. Madrid: Colex.
- Gómez Fernández, Itziar. 2017. «Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración» *Revista Aranzadi Doctrinal* (Thomson Reuters. Aranzadi) (2).
- Gortázar Rotaeché, Cristina J. 2005. «Migraciones forzadas, refugiados, mafias internacionales y derechos humanos» *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura* (713): 133 - 142.
- Gosálbez Pequeño, Humberto. 2016. *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*. 1ª edición. Madrid: Wolters Kluwer.
- Guilarte Martín-Calero, Cristina. 2014. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hadjab Boudiaf, Habiba. 2011. «Entender el fenómeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados".» *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones. 925 - 934.

- Home Office y ADCS Leading Children's Services. 2015. «Age Assessment. Joint Working Guidance».
- Horcas López, Vicent. 2016. «Entre el control y la protección. Los dispositivos de atención de los Menores Migrantes no Acompañados (MMNA) en el País Valencià» Tesis doctoral, Facultat de Filosofia i Ciències de L'Educació. Departament de Educació Comparada i Història de L'Educació, Universitat de València. Valencia.
- Horcas, Vicent; Raboso, Carolina; Quiroga, Violeta; Alonso Ariadna y Soria Montserrat. 2009. «Sueños de bolsillo. Menores Migrantes No Acompañados/das en la Comunitat Valenciana. Estado actual y nuevas tendencias» Fundació Pere Tarrés. Universitat Ramon Llull, Valencia.
- Human Rights Watch. 2007. «Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias».
- Human Rights Watch. 2016. «Why are you keeping me here? Unaccompanied Children Detained in Greece».
- Ibarra, Esteban. 1998. «Derechos de solidaridad» *Temas para el debate* (45-46): 30 - 33.
- Iglesias Martínez, Juan y Legaz Cervantes, Francisco. 2009. *MENAS (Menores Extranjeros No Acompañados Subsaharianos. Estudio sobre la migración internacinal de Menores Extranjeros No Acompañados Subsaharianos hacia las Islas Canarias. Perfil y expectativas*. Madrid: Fundación Nuevo Sol.
- Immigration Law Practitioners' Association. 2007. «When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process of age assessment» London.
- Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones; Universidad Pontificia de Comillas de Madrid; Fundación Nuevo Sol. 2008. *MENAS*. Estudio sobre la inmigración internacional de Menores Extranjeros No Acompañados

Subsaharianos hacia las Islas Canarias. Perfil y expectativas, Madrid: Fundación Nuevo Sol.

Jiménez Álvarez, Mercedes. 2003. *Buscarse la vida. Análisis transnacional de los procesos migratorios de los menores marroquíes en Andalucía*. Madrid: SM Ediciones.

Jiménez Álvarez, Mercedes. 2006. «La perversión de la cooperación al desarrollo: los proyectos de reagrupación de los menores migrantes en Marruecos» *Revista del Centro de Estudios y Documentación sobre racismo y xenofobia de SOS Racismo/SOS arrazakeria (Mugak)* (37).

Jiménez Álvarez, Mercedes. 2005. «La migración de los menores en Marruecos. Reflexiones desde la frontera sur de Europa» en *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, de Ramírez, Angeles y Jiménez Álvarez, Mercedes (Coordinadoras) 115 - 135. Madrid: Akal SA / Universidad Internacional de Andalucía.

José James, Ariel. 2013. «El significado ético de la protección: el caso de los menores no acompañados en España» en *Infancia y Protección Internacional en Europa*, de Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel E; 135 - 144. Madrid: Tecnos.

Junquera de Estéfani, Rafael. 2008. «Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?» En *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, de Adroher Biosca, Salomé; Montalvo Jääskeläinen, Federico; Corripio Gil – Delgado, María Reyes y Veiga Copo, Abel B; 475 - 490. Pamplona: Aranzadi S.A.

Lázaro González, Isabel E. 2007. «Menores extranjeros no acompañados. La situación en España» *Prolegómenos. Derechos y Valores*. X (19): 149 - 162.

Lázaro González, Isabel E. 2007. «La aventura migratoria de los adolescentes» *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*. 255 (1300): 101 - 116.

- Lázaro González, Isabel E. 2010. «Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia.» Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 22 de Septiembre.
- Lázaro González, Isabel E. 2010. «¿Reagrupación o repatriación?: La política del miedo» en *Los Menores Extranjeros No Acompañados*, de Isabel E Lázaro González y Beatriz. Moroy Arambarri, 181 - 203. Madrid: Tecnos.
- Lázaro González, Isabel E. 2011. «Protección de la infancia vs el niño, sujeto de derechos» *Crítica (Ejemplar dedicado a: Los menores en España. Las víctimas más vulnerables. (976): 21 - 25.*
- Lázaro González, Isabel E. 2011. «Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida en familia: aportaciones» *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. (83 - 84 Especial 50 Aniversario ICADE).*
- Lázaro González, Isabel E. 2014. «Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados» *Revista de derecho migratorio y extranjería. (37): 265 - 289.*
- Lázaro González, Isabel E. 2015. «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia» *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico (111): 17 - 23.*
- Lázaro González, Isabel E. 2016. «Documentación y pruebas de determinación de la edad en los extranjeros no acompañados: algunas reflexiones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo» (Editorial Jurídica SEPIN).
- Lázaro González, Isabel E. 2016. «El interés superior del niño en la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la a Adolescencia» *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico. (114): 18 - 26.*

- Lázaro González, Isabel E, y Beatriz Monroy Arambarri. 2010. «La situación actual de los Menores Extranjeros no acompañados en España» En *Los Menores Extranjeros no Acompañados*, de Isabel E Lázaro González y Beatriz Monroy Arambarri, 17 - 33. Madrid: Tecnos.
- Lázaro González, Isabel E. y Benlloch Sanz, Juan Pablo. 2012. «Ciudadanía e integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género» en *Grandes Tratados. Tratado de Extranjería*. Aranzadi S.A.U.
- Lázaro González, Isabel E. y Claro Quintáns Irene. 2016. «Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños» en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, de Clara Martínez García, 765 - 797. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Lázaro González, Isabel Eugenia; María José Castaño Reyero, María José; Claro Quintáns, Irene; Dubin, Adam; De Gasperis, Teresa; Maravall Buckwalter, Isabel; dos Santos Soares, Alfredo y Pérez Adroher, Ana. 2016. «Acogida en España de los niños refugiados. Estado de aplicación de la política y programa de acogida en España desde la perspectiva de los Derechos de la Infancia» UNICEF.
- La Merced Migraciones. 2009. *Aproximación a la Protección Internacional de los Menores no Acompañados en España*. Madrid: La Merced Migraciones.
- Lacalle Noriega, María. 2016. *La persona como sujeto del derecho*. 2ª edición. Madrid: Dykinson SL.
- Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asis; Agustín Luna Serrano, Agustín; Delgado Echevarría, Jesús; Rams Albesa, Joaquín y Rivero Hernández, Francisco. 2010. *Elementos de Derecho Civil I*. 6ª edición revisada y puesta al día por Delgado Echevarría, Jesús. Vol. II. II vols. Madrid: Dykinson SL.

- Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asis; Agustín Luna Serrano, Agustín; Delgado Echevarría, Jesús; Rams Albesa, Joaquín y Rivero Hernández, Francisco. 1990. *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil*. Vol. 2. Barcelona: Jose María Bosch.
- Lafont Nicuesa, Luis. 2010. «La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas» *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (24): 173 - 186.
- Lafont Nicuesa, Luis. 2010. «La guarda, la tutela y la documentación administrativa de los menores extranjeros no acompañados» *Centro de Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia.
- Lafont Nicuesa, Luis. 2011. «Menores extranjeros: documento oficial extranjero contra pruebas médicas en la doctrina administrativa y judicial contencioso-administrativa española» *Revista Vasca de Administración Pública*. (89): 215 - 235.
- Lafont Nicuesa, Luis. 2015. «Algunas cuestiones prácticas sobre la aplicación del Protocolo de Menores Extranjeros no Acompañados» Madrid: Centro de Estudios Jurídicos.
- Lafont Nicuesa, Luis. 2016. «La determinación de edad en el expediente administrativo y en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE)» *Cuadernos Digitales de Formación*. Consejo General del Poder Judicial. (CENDOJ) (28).
- Lasarte, Carlos. 2004. *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. 10ª edición. Vol. I. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Lasarte, Carlos. 2015. *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*. 21ª edición. Vol. I. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

- Levenson, Ros y Sharma, Anna. 1999. «The health of refugee children: guidelines for paediatricians» Royal College of Paediatrics and Child Health, London.
- Lledó Mira, Elena y Estaban de la Rosa, Gloria. 2012. «Propuestas para la actuación conjunta hispano-marroquí en el ámbito de la infancia» En *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, de Cabedo Mallol, Vicente y Cloquell Lozano, Alexis. 339 - 356. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Azcona, María Aurora. 2008. «El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en derecho español» *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (17): 103 - 134.
- López Azcona, Aurora. 2016. «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la LO 8/2015 y la L 26/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia» *Boletín del Ministerio de Justicia*. (2185).
- López de los Mozos Díaz - Madroñero, Alicia. 2015. «La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados» en *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones jurídicas. Actividades investigadoras y docentes*, de Cabedo Mallol, Vicente (Coordinador); 93 - 119. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Guerra, Luis. 1998. «Derechos Humanos y exclusión social.» *Temas para el debate*. (Iniciativas Editoriales Sistema, S.A) (45-46): 34 - 36.
- López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps, Pablo y Satrústegui, Miguel. 1991. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos*. Vol. I. II vols. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Menudo, Francisco. 1996. «El control judicial de la administración en la Constitución Española.» En *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de*

Andalucía, de Hinojosa Martínez, Eduardo y González-Deleito Domínguez, Nicolás (Coordinadores), 23 - 50. Madrid: Civitas S.A y Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía.

López Ulla, Juan Manuel. 2013. «Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo» *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*. (32): 481 - 497.

López Ulla, Juan Manuel. 2013. «La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. (46): 1061 - 1090.

López Ulla, Juan Manuel. 2016. «Menores extranjeros y centros de internamiento» en *Los Centros de Internamiento de Extranjeros. Régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015*, de Revenga Sánchez, Miguel y Fernández Alles, José Joaquín (Coordinadores); 303 - 333. Valencia: Tirant lo Blanch.

Müller, Andreas. 2014. «Unbegleitete Minderjährige in Deutschland. Fokus - Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN)» Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.

Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo. 2013. «Protección Internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento» en *Infancia y Protección Internacional en Europa*, de Lázaro González, Isabel E. y Claro Quintáns, Irene; 75 - 101. Madrid: Tecnos.

Martín, Emma; Martínez, Manuel Francisco y Martínez, Julia. 2014. «Interculturalidad y atención a menores y jóvenes inmigrantes» *Materiales Didácticos*, Universidad de Sevilla, Sevilla.

Martínez Atienza, Gorgonio. 2016. *Los menores extranjeros no acompañados y sus derechos*. Barcelona: vLex.

- Martínez García, Bartolomé José. 2013. «Los menores en la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria. Logros y retos para el nuevo reglamento» en *Infancia y protección internacional en Europa*, de Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel E. (Coordinadoras); 103 - 112. Madrid: Tecnos.
- Martínez García, Clara. 2010. «Los menores extranjeros no acompañados en los informes del Defensor del Pueblo» en *Los menores extranjeros no acompañados*, de Lázaro González, Isabel E. y Moroy Arambarri, Beatriz (Coordinadoras); 35 - 50. Madrid: Tecnos.
- Martínez García, Clara. 2016. «El sistema de protección de menores en España» en *Tratado del Menor*, de Clara Martínez García (Coordinadora); 379 - 434. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Martínez Martínez, Asunción. 2011. «Menores marroquíes no acompañados: análisis de la situación socio-legislativa del sistema de protección andaluz» *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones. 935 - 942.
- Marzal Martínez, Amparo. 2005. «Las Migraciones de los menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor.» Editado por Consejo de Europa. Torremolinos.
- Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione. 2015. «I minori stranieri non accompagnati (MSNA) in Italia.» Report di Monitoraggio.
- Molina Domínguez, Montserrat. 2013. «El derecho a la asistencia letrada en menores extranjeros no acompañados» *Revista sobre la infancia y la adolescencia* (5): 60 - 67.
- Montero Aroca, Juan. 2007. «Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral» *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*. (Tirant lo Blanch) (I): 41 - 72.

- Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José, y López Ebrí, Gonzalo. 1998. *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José y López Ebrí, Gonzalo. 2000. *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Vol. I. y Vol. II. II vols. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, María Pía. 2013. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. 21ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno-Torres Sánchez, Julieta. 2005. *El desamparo de menores*. Pamplona: Thomson Aranzadi.
- Moreno-Torres Sánchez, Julieta. 2009. *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi.
- Moreno - Torres Sánchez, Julieta. 2010. «Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional?» En *Los menores extranjeros no acompañados*, de Isabel E Lázaro González, Isabel E y Monroy Arambarri, Beatriz. 97 - 112. Madrid: Tecnos.
- Moreno - Torres Sánchez, Julieta. 2013. «Protección jurídica ante la guarda de hecho: ¿menores en el limbo jurídico?» *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico* (102): 13 - 18.
- Murillas Escudero, Juan Manuel. 2002. «Aspectos Jurídicos de Protección al Menor Inmigrante.» *Diario La Ley* (5605): 1 - 9.
- Naïr, Sami. 2016. *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Barcelona: Planeta S.A.
- Nieto García, Angel Juan. 2011. «Derecho de asilo de menroes, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables» *Diario La Ley* (7597).

- Nieto, Luis Carlos. 2007. «Menores y extranjeros: un solo marco jurídico» en *Los derechos de los menores extranjeros*, de Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial; 11 - 32. Madrid.
- O'Callaghan, Xavier. 1997. *Compendio de Derecho Civil*. Vol. 1. Madrid: Editorial REvista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas.
- Otaegui Aizpurua, Idoia. 2017. *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi.
- Palomar Olmeda, Alberto. 2004. «Apuntes sobre el desarrollo legal postconstitucional de la regulación de extranjeros en España» en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, de Palomar Olmeda, Alberto (Coordinador) 139 - 174. Pamplona: Aranzadi SA.
- Palomar Olmeda, Alberto. 2017. *Procedimiento Administrativo*. 2ª edición. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi.
- Palomar Olmeda, Alberto; Antonio Descalzo González, Antonio y García Bartolomé, Javier. 2012. «La Administración de las políticas de extranjería» en *Tratado de Extranjería*, de Palomar Olmeda, Alberto, 745 - 815. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Parada Vázquez, Ramón. 2015. *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa*. 22ª edición. Madrid: Open Ediciones Universitarias SL.
- Paz Rubio, José María; Mendoza Muñoz, Julio; Olle Sesé, Manuel y Rodríguez Moriche, Rosa Mª. 1999. *La prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- Peces-Barba, Gregorio. 1998. «El fundamento de los Derechos Humanos» *Temas para el Debate*. (45-46): 20 - 22.
- Peces-Barba, Gregorio. 2010. «Los Derechos Humanos» *Temas para el debate* (191): 25 - 27.

- Peces-Barba, Gregorio. (Con la colaboración de Rafael de Asis Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón). 1995. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Pere Raluy, Jose. 1962. *Derecho del Registro Civil*. Vol. I. Madrid: Aguilar S.A.
- Pérez González, Carmen. 2012. «La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados» *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (31): 247 - 272.
- Prada Verver, F.A; Abadal Villayandre, J.M; Huesca Melón, J.M. y García Pérez, J. 2013. «Determinación de la edad ósea en menores extranjeros no acompañados, meditando métodos de la imagen» *Revista española de pediatría: clínica e investigación*. LXIX (2): 114 - 119.
- Presno Linera, Miguel Angel (Coordinador). 2004. *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quiroga, Violeta y Doncel, Concha. 2005. *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa. Proyecto CON RED*. Informe comparativo, Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea. Programa Daphne., Barcelona: Fundació Pere Tarrès.
- Quiroga, Violeta; Alonso Ariadna y Soria Montserrat. 2010. *Sueños de bolsillo*. Investigación, UNICEF.
- Ravetllat Ballesté, Isaac. 2011. *Derecho de la Persona*. Barcelona: Bosch.
- Ravetllat Ballesté, Isaac. 2015. «Registro especial de menores extranjeros no acompañados» en *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones Jurídicas. Actividades investigadoras y docentes*, de Cabedo Mallo, Vicente (Coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Rebollo Puig, Manuel y Vera Jurado, Diego J (Directores). 2016. *Derecho Administrativo. Régimen jurídico básico y control de la administración*. Vol. II. Madrid: Tecnos.
- Redacción de Revista de Derecho Administrativo. 1999. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa - Administrativa de 1998*. Madrid: Civitas.
- Reviriego Picón, Fernando. 2013. «Intervenciones corporales y derechos fundamentales.» *Revista General de Derecho Constitucional*. (16).
- Rivero Hernández, Francisco. 2007. *El interés del menor*. 2ª edición. Madrid: Dykinson.
- Rojas de León, Inés Nieves. 2012. «El sistema de protección de los menores extranjeros no acompañados en Canarias» en *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, de Cabedo Mallol, Vicente y Cloquell Lozano, Alexis (Coordinadores); 15 - 32. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rosa Cortina, José Miguel de la. 2015. «Materiales para interpretar la reforma en la legislación sobre protección jurídica del menor» Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia.
- Rubio Torrano, Enrique. 2014. «Menor de edad extranjero, no acompañado y con pasaporte, en situación irregular en España: doctrina jurisprudencial» *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*. 2 (8): 11 - 13.
- Rubio Vicente, María del Carmen. 2015. «Nueva ley de protección jurídica de la infancia y la adolescencia» *Cuadernos Digitales de Formación. Consejo General del Poder Judicial*. (51).
- Ruíz de Huidobro de Carlos, José María. 2016. «Concepto del menor de edad» en *Tratado del Menor*, de Martínez García, Clara; 71 - 84. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Ruiz Legazpi, Ana. 2004. «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados» *Revista de Derecho Político*. (61): 141 - 172.

- Ruiz Legazpi, Ana. 2008. «Los problemas jurídicos de la inmigración infantil» en *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, de Balado Ruiz-Gallegos, Manuel (Coordinador); 507 - 532. Barcelona: Bosch.
- Ruiz Legazpi, Ana. 2013. «La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión» *Revista europea de derechos fundamentales. Ejemplar dedicado a la protección jurídica del menor*. (21): 213 - 234.
- Ruiz Legazpi, Ana. 2013. «La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión» *Revista europea de derechos fundamentales* (21): 213 - 234.
- Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, Blanca. 2016. «En busca del concepto de "menor de edad" en la España contemporánea (Siglos XIX - XX)» en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, de Clara Martínez García, 45 - 70. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi.
- Sánchez Covisa - Villa, Joaquín. 2007. «Sobre determinados aspectos del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros no acompañados: audiencia del menor y asistencia jurídica» *Estudios Jurídicos*. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia.
- Sánchez - Covisa Villa, Joaquín. 2010. «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 *Los menores extranjeros no acompañados*, de Lázaro González, Isabel E. y Moroy Arambarri, Beatriz (Coordinadoras); 51 - 75. Madrid: Tecnos.
- Sánchez Jiménez, María Angeles. 2010. «Relevancia y alcance de la asistencia jurídica pra la protección de los menroes extranjeros no acompañados» *Revista jurídica de la Región de Murcia*. (44): 119 - 143.

- Sánchez Morón, Miguel. 2016. *Derecho Administrativo. Parte general*. 12ª edición. Madrid: Tecnos.
- Sánchez, Raquel Fuentes. 2014. «Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)» *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*. (3): 105 - 111.
- Save the Children. 2007. «La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros no Acompañados en Andalucía» Sevilla.
- Save the Children. 2016. «Infancias Invisibles. Menores Extranjeros no Acompañados, víctimas de trata y refugiados en España».
- Schmeling A; Dettmeyer R; Ernst R; Volker V und Geserick G. 2016. «Forensic age estimation—methods, certainty, and the law» *Deutsches Ärzteblatt International* (113): 44 - 50.
- Senovilla Hernández, Daniel. 2006. «Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica» *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (13): 187 - 198.
- Senovilla Hernández, Daniel. 2007. «Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa» Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas.
- Senovilla Hernández, Daniel. 2010. «Modelos de acogida e integración de los menores no acompañados y separados en Europa» en *Los menores extranjeros no acompañados*, de Lázaro González, Isabel E. y Moroy Arambarri, Beatriz (Coordinadoras); 77 - 95. Madrid: Tecnos.
- Separated Children in Europe Programme (SCEP). 2009. «Statement of Good Practice».
- Separated Children in Europe Programme. (SCEP). 2011. «Review of current laws, policies and practices relating to age assessment in sixteen European Countries».

- Smith, Terry y Brownlees, Laura. 2011. «Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography» Discussion Paper. UNICEF. New York, 7 - 42.
- Smith, Terry, y Brownless, Laura. 2013. «Age assessment: a technical note» Working Paper, UNICEF, New York.
- Suárez Navaz, Liliana y Jiménez Alvarez, Mercedes. 2011. «Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro)» *Papers: revista de sociología*. 96 (1): 11 - 33.
- Torrado Martín-Palomino, Esther. 2015. «La necesaria reconceptualización de las migraciones de menores no acompañados en Canarias, España.» *Estudios Fronterizos, nueva época* 16 (32).
- Trinidad Núñez, Pilar. 2010. «Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados» en *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, de Aldecoa Luzárraga, F y Forner Delaygua, JJ (Directores); 239 - 274. Barcelona: Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons.
- Truyol Serra, Antonio. 1984. *Los derechos humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*. 3ª edición. Madrid: Tecnos.
- UK Government. 2011. «Assessing age for asylum applicants» Home Office, Londres.
- UNHCR. 2008. «Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño» UNHCR, 8.

UNHCR y UNICEF. 2014. «Safe & Sound. What states can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe» Brussels / New York.

UNICEF. 2002. «Informe anual», Nueva York.

UNICEF. 2004. «Informe anual», Nueva York.

UNICEF. 2005. «Informe anual», Nueva York.

UNICEF. 2003. «Informe Anual», Nueva York.

UNICEF. 2011. «Informe anual», Nueva York.

UNICEF. 2012. «Niñas y niños en un mundo urbano» Nueva York.

UNICEF. 2013. «Informe anual», Nueva York.

UNICEF. 2014. «Informe anual», Nueva York.

UNICEF. 2017. «A Deadly Journey for Children. The Central Mediterranean Migration Route. Refugee and Migrant Crisis. Child Alert» New York.

UNICEF España y Consejo General de la Abogacía Española. 2009. «Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España» Informe anual.

UNODC. 2011. *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*. Viena: Naciones Unidas.

UNODC. 2016. *Global Report on Trafficking in Persons 2016*. Vienna: United Nations Publication.

Varios Autores. 2017. *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona: Aranzadi, S.A.

Vázquez García, David. 2014. «La problemática existente en torno a los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la respuesta de la jurisdicción civil: comentario a las SSTS, Sala 1ª, de 23 de septiembre de 2014 (re. 1382/2013) y de 24 de septiembre de 2014 (rec.280/2013)» *Diario La Ley* (8420).

- Verley Kvittingen, Anna. 2010. «Negotiating childhood: Age assessment in the UK asylum system» Oxford Department of International Development. Refugee Studies Centre, University of Oxford. Oxford.
- Vestri, Gabriele. 2014. «Análisis del Plan de Acción sobre los Menores no Acompañados (2010-2014) de la Comisión Europea» *Rayuela. Revista Iberoamericana sobre Niñez y Juventud en lucha por sus Derechos.* (ednica IAP) 86 - 96.
- Vestri, Gabriele. 2014. *Inmigración y Extranjería. Amparo jurídico legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vidal Fueyo, María del Camino. 2009. «La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007» *Revista Española de Derecho Constitucional* (85): 353 - 379.
- Vidal Lyi, José Ignacio y Arriola Hernández, Maite. 2013. «"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 *Infancia y protección internacional en Europa*, de Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel E. (Coordinadoras); 175 - 191. Madrid: Técno.
- Zapatero Gómez, Justino. 2007. «Menores. Un sólo marco jurídico.» En *Los derechos de los menores extranjeros*, de Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, 35 - 52. Madrid.