



Ana María Uría  
Pelayo

# Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores

## Resumen

No existe una cifra fiable de cuantos menores extranjeros no acompañados que se encuentran entre nosotros. Las causas son que el Registro de Menores No Acompañados, previsto legalmente, no funciona como debiera. Los menores *visibles* se encuentran en situación de desamparo; en consecuencia, tienen el derecho de recibir protección pública y nuestra Administración, tanto estatal como autonómica, tiene la obligación de protegerles. Todas las Administraciones deben respetar en todo momento el “interés superior del menor”, convirtiéndose en principio rector de las Administraciones públicas en materia de menores de edad.

### Palabras clave

Desamparo, Determinación de la edad, Documentación del menor, Interés superior del menor, MENA (menor no acompañado), Pruebas oseométricas, Registro de Menores Extranjeros no Acompañados Repatriación, Representación legal del menor, Tutela

Menors no acompanyats a Espanya. L'Administració, amb les seves males pràctiques, continua vulnerant els seus drets com a menors

*No hi ha una xifra fiable de quants menors estrangers no acompanyats que es troben entre nosaltres. Les causes són que el Registre de Menors No Acompanyats, previst legalment, no funciona com caldria. Els menors visibles es troben en situació de desemparament; en conseqüència, tenen el dret de rebre protecció pública i la nostra Administració, tant estatal com autonòmica, té l'obligació de protegir-los. Totes les Administracions han de respectar en tot moment l'“interès superior del menor”, convertint-se en principi rector de les Administracions públiques en matèria de menors d'edat.*

### Paraules clau

*Desemparament, Determinació de l'edat, Documentació del menor, MENA (menor no acompanyat), Proves ossimètriques, Registre de Menors Estrangers o Acompanyats, Repatriació, Representació legal del menor, Tutela*

Unaccompanied minors in Spain. The bad practice of the Public Administration continues to affect their rights as minors

*There is no reliable figure for the number of unaccompanied foreign minors among us. This is due to the Register of Unaccompanied Minors, a legal requirement, not working as it should. “Visible” minors find themselves abandoned; therefore, they have the right to receive public protection, and both the government and regional administrations are obliged to protect them. All public administrations should always heed the “greater interest of the minor”, which should be their guiding principle when dealing with minors.*

### Key words

*Abandonment, Determining age, Minors' documentation, Greater interest of the minor, Repatriation, Public protection system, Guardianship and custody*

**Autor:** Ana María Uría Pelayo

**Título:** Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores

**Referencia:** Educación Social, núm. 45, p36 p64.

**Dirección profesional:** anauria@hotmail.com

## ▲ Introducción

Oculto detrás de unas siglas MENA (menor extranjero no acompañado), se encuentra un ser humano, un menor de dieciocho años, nacional de un país no miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, que tras entrar en nuestro territorio no queda acompañado de un adulto que sea responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres.

Las razones de la llegada de menores no acompañados varían. Estos escapan de guerras y conflictos, pobreza o catástrofes naturales, discriminación o persecución. Sus familias los envían con la esperanza de que tengan una vida mejor, puedan mantener a sus familias en sus lugares de origen o en un intento de que se reúnan con otros familiares que ya están en España. No existe una cifra fiable de cuantos menores extranjeros no acompañados que se encuentran entre nosotros. Las causas son que el Registro de Menores No Acompañados, previsto legalmente<sup>2</sup>, no funciona como debiera, que estos menores se mueven mucho por todo el territorio nacional, bien porque los servicios de tutela de una Comunidad Autónoma los *ceden* a otros servicios de tutela autonómicos ante el gran volumen de menores que tienen tutelados, bien porque los menores abandonan el centro de acogida en el que se encuentran para irse a otra Comunidad Autónoma donde piensan va a tener más oportunidades para formarse y obtener documentación, o bien porque son menores *invisibles*<sup>3</sup>, menores que son víctimas de la trata de seres humanos para la explotación laboral, sexual, la mendicidad, así como víctimas de los circuitos de microcriminalidad o de extracción de órganos<sup>4</sup>.

Los menores *visibles* que son detectados, al carecer de la protección de padres o tutores en nuestro país, se encuentran en situación de desamparo; en consecuencia, tienen el derecho de recibir protección pública<sup>5</sup> y nuestra Administración, tanto estatal como autonómica, tiene la obligación de protegerles. El artículo 39.4 de nuestra Constitución proclama que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Este artículo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, así como por el Código civil, que en su artículo 172, apartado 1, establece que *“la entidad pública, a la que en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda”*. Por tanto, no se les debe tratar como extranjeros, sino como menores<sup>6</sup>. Y ello implica que su residencia será regular desde su puesta a disposición de los servicios de protección de menores. Esta residencia regular va a tener **dos consecuencias jurídicas**:

- Un menor extranjero no acompañado no podrá ser objeto de un procedimiento sancionador de expulsión<sup>7</sup>. Por tanto, un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales<sup>8</sup>.



No existe una cifra fiable de cuantos menores extranjeros no acompañados que se encuentran entre nosotros

- Cuando, finalmente, se documente al menor extranjero mediante la correspondiente autorización de residencia la legalidad de la situación del menor, los efectos de ésta se retrotraen «al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores». Esto es, se ha de tener en cuenta este tiempo a la hora de otorgarle la autorización de residencia, ya que le computa como residencia legal efectiva, criterio que ha sido recogido en diversas resoluciones judiciales<sup>9</sup>.

Con la entrada en vigor del reformado artículo 35 de la LOEX, confiábamos que se superarían prácticas administrativas en las que se conculcaban derechos básicos del menor como el derecho del menor a ser oído, a un procedimiento de repatriación con garantías, entre las que destacaba el derecho a ser asistido de un abogado independiente y a que en el expediente administrativo de repatriación se constatará que con la repatriación se aseguraba el interés superior del menor. Pero tenemos que afirmar con tristeza que la realidad actual nos muestra que se continúa quebrantando el principio del interés superior del menor, prevaleciendo el mantenimiento del orden público de extranjería sobre el *estatuto del menor*, que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional es, “*sin duda, una norma de orden público de inexcusable observancia para todos los poderes públicos*”<sup>10</sup>.

Estamos  
asistiendo  
actualmente a  
una práctica  
habitual que  
consiste en tratar  
como mayores  
de edad a  
menores que  
disponen de  
pasaporte válido

Ahora, los esfuerzos de los servicios de tutela autonómicos no se dirigen tanto a la repatriación del menor a toda costa antes de que alcance la mayoría de edad, sino que como los servicios autonómicos de protección están obligados a proteger al menor extranjero no acompañado, como menor que es, estamos asistiendo actualmente a una práctica habitual que consiste en tratar como mayores de edad a menores que disponen de pasaporte válido, encargando pruebas oseométricas, de modo ilegal (ya que la realización de esta prueba la debe acordar el Ministerio Fiscal en forma de decreto), para impugnar dicho pasaporte, ante sospechas de falsedad.<sup>11</sup> Esta práctica administrativa ha sido denunciada por el Defensor del Pueblo, por educadores sociales de Madrid, Cataluña, País Vasco, Melilla o Asturias y por el Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Vitoria, por el Ararteko, entre otros. A juicio del Defensor del Pueblo esta práctica, “se extiende de modo preocupante, han recibido numerosas quejas denunciando que “menores que no han cumplido ni los 16 años y se encuentran en la calle tras haber cesado en su tutela la administración autonómica tras la realización de una prueba oseométrica”. El Defensor del Menor de Madrid, está investigando el caso de 18 subsaharianos rechazados por el Instituto del Menor y la Familia de Madrid. Se calcula que sólo en Cataluña, durante el año pasado, al menos un centenar de chavales manifiestamente menores quedaron fuera del sistema de protección tras practicárseles las pruebas a instancias de la entidad tutelar catalana, la DGAIA. Esta práctica de las entidades tutelares es inadmisibles por las siguientes razones: estas pruebas, al tratarse de un menor, sólo pueden ser realizadas a petición del Ministerio Fiscal mediante resolución; en el supuesto de que existan indicios de falsedad entorno al pasaporte aportado por el menor, su presunción de veracidad deberá ser destruida mediante prueba en contrario en sede judicial<sup>12</sup>, y de señalarse falsedad documental, el implicado estaría incurriendo en un delito; suele utilizarse la técnica radiológica Greulich-Pyle con carácter sistemático y exclusivo

en los huesos de la muñeca y de la mano para la determinación de la edad, comparándolo con otras radiografías estándares de personas tomadas de una muestra de población, cuando son pruebas cuestionadas por los expertos y están contraindicadas si existen realmente dudas entorno a la edad de la persona, ya que dicha prueba diagnóstico tiene un alto margen de error (unos dos años); y además estos menores se hallan en una encrucijada de intereses, careciendo de representante legal que les defienda de las entidades tutelares que deberían ampararlos.



Al negarse el servicio autonómico de protección a aceptar su minoría de edad, toda decisión que le afecta no se toma o es provisional. Así, no se dicta nunca una resolución que le declare en desamparo y a partir de la cual se asuma su tutela, manteniendo a los menores en una situación de acogida de hecho. Estos menores no suelen acceder a una educación reglada que les sirva para su inclusión sociolaboral, limitándose la administración a impartir actividades y cursos dentro del centro, entre los que se encuentra el aprendizaje del idioma; tampoco disponen en los centros de acogida de programas de apoyo y de intervención psicosocial, ni condiciones materiales *adecuadas* (coinciden en un mismo centro menores de diferentes edades y sexo, con situaciones personales diferentes sin contar los centros con la infraestructura necesaria y con educadores formados para dar respuesta, conculcándose el derecho a tener un trato digno)<sup>13</sup>. También es práctica habitual demorar la tramitación de la documentación de algunos menores, aunque es una obligación que corresponde a la autoridad que tiene la tutela, de tal suerte que muchos menores que cumplen la mayoría de edad acogidos en centros pasan a ser *extranjeros* y, por tanto, susceptibles de serles incoado un expediente de expulsión, bien porque nunca se les ha concedido una autorización de residencia, bien porque habiéndola tenido, acabada la protección del servicio autonómico, se les deniega su renovación al no disponer de medios económicos propios, ni contrato de trabajo y no ser apoyados por el servicio de protección con informes positivos. *«Es una práctica trágica y perversa que les empuja a la exclusión, a la criminalización. Pasan a ser de menores en protección a ser extranjeros indocumentados que viven y duermen en la calle»*<sup>14</sup>.

Es práctica habitual demorar la tramitación de la documentación de algunos menores

Ante estas graves actuaciones de la Administración, aparecen voces que intentan explicarlas escudándose en la actual crisis. Sin embargo, en la atención de las necesidades de los/las menores no puede ser *excusa* la limitación de recursos sociales<sup>15</sup>.

Lo que sí es cierto es que todas las Administraciones han de respetar en todo momento el “interés superior del menor”<sup>16</sup>, que es el derecho del niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo, la no discriminación y el respeto por el derecho de los niños a expresar sus opiniones y a ser escuchados en todos los asuntos que les afecten según su edad y nivel de desarrollo<sup>17</sup>. El interés superior del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir<sup>18</sup>, convirtiéndose en principio rector de las Administraciones públicas en materia de menores de edad<sup>19</sup> y al que deben servir con plena objetividad<sup>20</sup>, debiendo ser observado en el ordenamiento jurídico español<sup>21</sup>.

## Protocolo de actuación detectando un posible menor extranjero no acompañado

### Determinación de la edad<sup>22</sup>

Detectado un extranjero por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de cuya minoría de edad se duda, en tanto se comprueba si tiene los años suficientes para adquirir la mayoría de edad, ha de ser considerado menor y ha de ser tratado como si lo fuera, ya que de la regulación general un principio de presunción “*ius tantum*” de minoridad. Se cuenta con una serie de medios probatorios para la determinación de la edad, unos que podemos denominar jurídicos, pues consisten en la consulta de datos personales en el Registro de Menores No Acompañados o documentos que acrediten su edad (pasaporte, certificado de nacimiento, cédula de identidad... etc.); junto a éstos existen otro tipo de pruebas de carácter médico más problemáticas<sup>23</sup>.

Hay que tener en consideración que la mayor o menor edad vendrá también determinada por la aplicación de la propia ley nacional<sup>24</sup>, lo que supondría que *“según estipula nuestro sistema de Derecho Internacional privado, la persona que invoca la aplicación del derecho extranjero ha de probar su contenido y vigencia, según el artículo 281 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de manera que si la persona alcanza la mayoría de edad después de los 18 años, según su ley nacional, deberá probar esta ante las autoridades administrativas y judiciales españolas si desea gozar del régimen de protección de los menores”*<sup>25</sup>.

Si no fuera necesaria la realización de prueba médica para determinar la edad se dará cuenta al Registro de Menores Extranjeros no Acompañados con reseña dactilar y atribución automática de número de identidad de extranjero<sup>26</sup>. Este registro está ubicado en la Dirección General de la Policía y creado a los solos efectos de identificación, que contendrá: a) Nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia, b) Su impresión dactilar, c) Fotografía, d) Centro de acogida donde resida, e) Organismo público bajo cuya protección se halle, f) Resultado de la prueba médica de determinación de la edad, según informe de la clínica médico forense, y g) Cualesquiera otros datos de relevancia a los citados efectos de identificación, incluidos los que puedan facilitar la escolarización del menor. Los servicios competentes de protección de menores cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar a este Registro, con la mayor brevedad, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor<sup>27</sup>.

En cambio, si la persona detectada no puede aportar documento alguno que acredite su edad, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán 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<sup>28</sup>. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta. Si no fuera posible la determinación de la edad de esta persona, el Ministerio Fiscal ha de disponer el inicio del procedimiento para su determinación mediante resolución motivada que adoptará forma de decreto<sup>29</sup>. Las pruebas médicas de determinación de la edad deben hacerse, solamente, cuando no hay otros medios de pruebas válidos que acrediten la edad del menor, como son el pasaporte o el certificado de nacimiento debidamente legalizado<sup>30</sup>. En este sentido, el Ministerio Fiscal antes de decidir sobre la necesidad de realizar la prueba, comprobará si existe anotación sobre el mismo menor en el Registro de MENAS que regula el artículo 111 RELOEX<sup>31</sup>. En este procedimiento para la determinación de la edad, suelen colaborar las instituciones sanitarias públicas que son las que realizan, con carácter urgente y prioritario, las pruebas necesarias, respetándose la dignidad de la persona. Como suponen una intervención corporal leve, pueden ser acordadas directamente por el Ministerio Fiscal, y pueden realizarse siempre que se cuente con el consentimiento del interesado para su práctica. Se le debe informar de la persona afectada respecto a la finalidad y tipo de pruebas a que va a ser sometido y de las consecuencias jurídicas derivadas de la misma al tratarse de pruebas que afectan, de manera directa, a la esfera de sus intereses personalísimos. La conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras realizan las pruebas supone una situación de privación de libertad que debe prologarse en el menor tiempo posible<sup>32</sup>.



En el supuesto de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Fiscal debe desplegar la siguiente actividad<sup>33</sup>

- Le informará personalmente de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, así como de la consecuencias jurídicas que se derivarían dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba.
- Oirá al menor acerca de las razones de su negativa y sobre su posible disposición a someterse a otro tipo de pruebas alternativas.
- Si persiste la negativa del menor a realizar cualquier tipo de pruebas, el fiscal no puede imponer su práctica a la fuerza, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor.
- Valorará esta negativa, junto con el resto de datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad, indicio no determinante porque se ha de evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso.

**Determinación de la edad ósea presenta el problema de la fiabilidad, ya que adolece de un serio riesgo de sobreestimación o subestimación de la edad biológica**

La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados normalmente consiste en una peritación ósea de forma que, mediante el contraste de una radiografía de la mano o muñeca de la persona examinada con un modelo preestablecido, se obtiene como resultado un arco de edades posibles en función de los nudos de osificación y de la persistencia de cartílagos. El método que cuenta con más difusión se llama Greulich y Pyle, aunque también se utilizan otros muy similares. Esta determinación de la edad ósea presenta el problema de la fiabilidad, ya que adolece de un serio riesgo de sobreestimación

o subestimación de la edad biológica. Esto se debe a que los estándares de comparación son antiguos y se realizaron para descubrir patologías relacionadas con el crecimiento y otras finalidades distintas de las que se persiguen ahora. A lo que hay que añadir que se hicieron tomando como muestra población de raza blanca, normalmente de origen inglés o estadounidense y de familias acomodadas, cuando está demostrado que las malas condiciones de vida afectan al proceso de maduración ósea y que ésta no se produce a la misma velocidad en todas las razas<sup>34</sup>. De ahí que se recomiende emplear conjuntamente varios métodos de diagnóstico médico para la determinación de la edad de los menores extranjeros<sup>35</sup>:

- Examen médico general: en éste se especificarán peso y talla del sujeto, biotipo e índice de masa corporal, evolución de signos de maduración sexual y conclusiones del examen médico general, describiendo cualquier tipo de signo sugestivo 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. Este examen estaría orientado a definir condiciones patológicas que pudieran alterar el ritmo de maduración dental y a valorar el estado de maduración y mineralización dentales
- En aquellos casos dudosos con los estudios anteriormente recomendados y en los casos que se solicitan estimaciones de edad entre los 18 y los 21 años, se recomienda el estudio radiográfico de la extremidad proximal de la clavícula.

Estas pruebas médicas se deberían efectuar con el asesoramiento de expertos independientes y tecnología moderna que incluya una combinación de pruebas físicas, sociales y psicológicas<sup>36</sup>, y han de tener el carácter de cautelar. Como tienen un margen de error considerable, el arco de edades posibles ha de tomar en consideración, como mínimo, unos dieciocho meses de riesgo de sobreestimación de la edad y, de entre este arco de edades, habrá que estar siempre a la inferior, pues es lo que en general, satisface el interés de menor. Por tanto, siempre deberá tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas<sup>37</sup>.

Es preciso tener presente que la finalidad de la realización de las pruebas médicas para la determinación de la edad de una persona, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, es su puesta a disposición de los servicios públicos de protección de menores de la Comunidad Autónoma competente territorialmente y el tratamiento jurídico derivado de dicha circunstancia. De ahí la importancia vital de contar con asistencia letrada independiente desde el momento en que el Ministerio Fiscal emita un decreto en el que se determine su edad, ya que deberá contar con asistencia jurídica que le posibilite recurrir ese decreto, si no le favorece, y así acceder a la tutela judicial efectiva. Determinada la edad de la persona, si se tratase de un menor de edad, será incluido este dato por el Cuerpo Nacional de Policía en el Registro de Menores Extranjeros no acompañados, si no hay constancia de su inscripción, en el que se han de recoger los datos de identificación, impresión dactilar, fotografía<sup>38</sup>.

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 estos datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otros documentos o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por el Ministerio Fiscal (y sólo por éste) por el que se acuerde una nueva determinación de su edad<sup>39</sup>. Antes de efectuarse ésta, deberá solicitarse la remisión de una copia de las actuaciones practicadas por el órgano territorial del MF que actuó en primer término. Este nuevo decreto habrá de estar suficientemente motivado, y en el mismo se han de exponer detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión<sup>40</sup>.



Ha de tenerse en cuenta que la carga de probar la inexactitud de la fecha de nacimiento incorporada a los documentos que presentan indicios de falsedad corresponde a la parte que niega su veracidad, es decir, a la Administración. Si no se formula tacha de inexactitud o impugnación expresa o tácita de la autenticidad de los anteriores documentos, bien por el cauce de nuestras normas procesales civiles<sup>41</sup>, bien por la vía de considerar que ha existido un delito de falsedad<sup>42</sup>, la única prueba que permitía desvirtuar la referida presunción de veracidad de la fecha de nacimiento citada es la prueba médica; pero al no poderse considerar en modo alguno definitiva, porque es sólo complementaria y permite el error, la presunción de veracidad de los documentos aportados por el menor no puede considerarse desvirtuada<sup>43</sup>.

La carga de probar la inexactitud de la fecha de nacimiento corresponde a la parte que niega su veracidad, es decir, a la Administración

No es pacífica la determinación de qué órgano es el competente de decidir, en caso de reclamación, sobre la minoría de edad de un extranjero. No hay muchas resoluciones judiciales al respecto. Un reciente Auto nº 191 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona, de 11 de junio de 2010 (procedimiento oposición medidas en protección de menores 418/2010), declaró la incompetencia objetiva de este Juzgado para el conocimiento de la demanda presentada cuyo objeto era resolver si la persona a la que él mismo se refiere es o no menor de edad, correspondiendo su conocimiento a los órganos contencioso-administrativos<sup>44</sup>.

## Puesta del menor a disposición de los servicios de protección de menores de la comunidad autónoma<sup>45</sup>

El Ministerio Fiscal mediante resolución motivada de carácter cautelar que adoptará, de igual modo, forma de decreto<sup>46</sup>, pondrá al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores del territorio, siendo trasladado, por agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, al centro de primera acogida de protección de menores<sup>47</sup> para su atención, iniciándose la apertura del correspondiente expediente de protección para la constatación del desamparo<sup>48</sup> y correlativa constitución de tutela legal.

En el momento en el que el menor resulta puesto a disposición de los servicios de protección de menores del territorio de la Comunidad Autónoma

correspondiente comienza la vida del menor en el sistema público de protección. Las resoluciones administrativas que se adopten tendrán gran trascendencia para la vida del menor, por lo que deberán estar rodeadas de un máximo de garantías, ya que son generadoras de un claro conflicto de intereses entre el menor tutelado y los servicios de protección de menores. Así, se deberá pedir el consentimiento del menor para la realización de pruebas médicas, debiéndosele explicar su finalidad y consecuencias, dada la trascendencia jurídica que entrañan para su esfera personal etc., se iniciarán, en su caso, los trámites para la repatriación, se iniciarán o no los trámites de documentación del menor, se le pondrá en un recurso adecuado educativo y de formación, etc.. De ahí la necesidad de que el menor cuente con asesoramiento jurídico que vele con carácter especializado e independiente por el interés superior del menor<sup>49</sup>.

En la práctica, cada Servicio de Protección del Menor instruye, con sus particularidades, la determinación de la situación de desamparo ya que es una competencia transferida a las Comunidades Autónomas<sup>50</sup> y corresponde a la entidad pública que tenga encomendada la protección de menores en el territorio de cada Comunidad Autónoma, la determinación de la existencia del desamparo<sup>51</sup>. Es una situación de hecho que en la que quien tiene la guarda del menor (de existir) incumple los deberes de protección, viéndose privado el menor de la necesaria asistencia moral o material. La situación en la que se encuentra el menor extranjero no acompañado exige, en la mayoría de los casos, la constitución de una tutela por ministerio legal, previa tramitación de un procedimiento administrativo en el que se vele por los derechos y garantías que la Constitución y Tratados internacionales reconocen al menor extranjero no acompañado, en especial, en el ámbito del derecho fundamental de audiencia y defensa, a tenor del interés superior del menor<sup>52</sup>.

Los Servicios de Protección de Menores, suelen iniciar el procedimiento de desamparo siempre de oficio<sup>53</sup>, cuando de forma directa, por comunicación de otro órgano administrativo o mediante denuncia, tuviera conocimiento de la situación de desasistencia en que pudiera hallarse un menor. Suelen dictar, en general, una primera Resolución declarando el desamparo provisional, asumiéndose la tutela y guarda residencial del menor con tal carácter, hasta el momento en que, previa confirmación del mantenimiento de las circunstancias de desamparo, se constituya aquella tutela con carácter definitivo. Tutela definitiva que habrá de ser inscrita en el Registro Civil. La normativa autonómica no es uniforme a la hora de establecer plazos de tramitación para resolver la situación de desamparo<sup>54</sup> ni a la hora de contemplar los efectos derivados de la falta de resolución expresa de dichos acuerdos<sup>55</sup>. Cuando las legislaciones autonómicas no establezcan plazos de resolución habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, de 26 de noviembre: el plazo máximo de resolución expresa será de 3 meses<sup>56</sup> y el plazo máximo para notificar esta resolución expresa será de 6 meses<sup>57</sup>, transcurridos los cuales hemos de entender que se ha producido la caducidad del procedimiento administrativo incoado<sup>58</sup> al colisionar la intervención de la Administración Pública en un procedimiento de desamparo con derechos e intereses protegidos constitucionalmente<sup>59</sup>. *La resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones*<sup>60</sup>. Existen dudas acerca de ante qué jurisdicción

acudir ante la inactividad de la Administración, quien deja transcurrir los meses y los años sin emitir resolución alguna en la que acuerde la tutela del menor, impidiendo así el acceso a un derecho muy importante como el derecho a obtener documentación, una autorización de residencia. La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado al respecto en el Auto nº 135/2010 de 13 de mayo de 2008. Se revisa un Auto de un Juzgado de Primera Instancia que se declaró incompetente para conocer una demanda presentada en la que se solicitaba que la DGAIA declarara que es un menor en situación de desamparo, que asumiera su tutela y realizara los trámites para obtener la residencia en este país. Entiende la Audiencia Provincial de Barcelona en su Fundamento de Derecho Segundo que la potestad jurisdiccional de los Juzgados de Familia es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionan, abarca únicamente las actuaciones previstas en los Títulos IV y VII del Libro Primero del Código Civil, y correlativas del Código de Familia de Cataluña, y aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de la Familia le son atribuidas por las leyes, sin que pueda extenderse la competencia de los Juzgados de Familia a enjuiciamientos que impliquen el ejercicio de acciones que no quedan exactamente incluidas entre las materias atribuidas a la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Familia (procedimientos en los que se plantee oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el cauce procesal del art. 779 y siguientes de la LEC), como es la minoría de edad.



Asumida la tutela por la Administración correspondiente, ésta podrá acudir al juez, para que éste atribuya la tutela del menor a una ONG o a una entidad, dedicada a la protección de menores, con las que previamente ha firmado convenios de colaboración<sup>61</sup>.

La LOEX prevé que 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<sup>62</sup>. Esta previsión está pensada para dar solución a las situaciones originadas por el movimiento intraautonómico de los menores no acompañados, que teniendo la tutela de una Comunidad Autónoma, se encuentran acogidos de hecho por otras Comunidades Autónomas. Así está previsto que este año el resto de comunidades se distribuirán de 500 de los 800 menores inmigrantes que colapsan los centros de acogida en Canarias<sup>63</sup>.

Está previsto que este año el resto de comunidades se distribuirán de 500 de los 800 menores inmigrantes que colapsan los centros de acogida en Canarias

Hemos de tener en cuenta que para asegurar al menor la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, se han de tener en cuenta no sólo los derechos y deberes de sus padres, sino también de sus tutores u otras personas responsables de él ante la ley<sup>64</sup>,<sup>65</sup> y<sup>66</sup>. Así, nos encontramos con situaciones protegidas por la kafala Islámica, institución reconocida en el art. 20 de la Convención de los Derechos del niño asumida por España como una institución para la protección del menor y aunque no sea equiparable a la tutela regulada en el Código civil<sup>67</sup>, ello no puede impedir el reconocimiento de que esta institución legal propia de su ordenamiento produzca plenos efectos jurídicos tanto para el menor como para la persona que asume su guarda y la garantía de todos sus derecho legales y administrativos entre los que se encuentra el de protección a través de la Kafala Islámica<sup>68</sup>.

También nos podemos encontrar con menores no acompañados, en un principio, que tienen en España a algún miembro de su familia extensa, familiar que se presenta ante el servicio autonómico bajo cuya protección se encuentra el menor, manifestando su voluntad de hacerse cargo de él. Estaríamos ante un supuesto de delegación de la guarda en familia. Las CCAA han regulado un procedimiento especial para la valoración de idoneidad de las familias acogedoras. Requiere una tramitación burocrática y entrevistas al familiar, que de un lado suponen una garantía para el menor de que se trata de un núcleo familiar adecuado a sus necesidades, pero, por otro, puede ser un motivo de dilación el tiempo para que el menor se vaya con la familia, permaneciendo en tanto se dicta resolución de idoneidad, en ocasiones, ingresado en centro de protección. Esta demora en dictar la resolución de idoneidad puede ocasionar inseguridad jurídica para el menor<sup>69</sup>. El familiar del menor, también, puede acudir al Juez solicitando le sea atribuida la guarda judicial o la tutela del menor.<sup>70</sup>

## Procedimiento de repatriación

El procedimiento de repatriación de menores extranjeros no acompañados de adulto responsable legal es un procedimiento administrativo especial cuya finalidad consiste en determinar, en interés superior del menor, si procede acordar la repatriación del menor a su país de origen, o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España<sup>71</sup>. Se iniciará de oficio por la Administración General del Estado (Delegación o Subdelegación del Gobierno) o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela del menor<sup>72</sup>. Con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación la Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor con el fin de localizar a los familiares del menor, o, en su defecto, sobre los servicios de protección del país de origen que se pudieren hacer responsable de él a la representación diplomática del país de origen.

Acordada la iniciación del procedimiento, se oír al menor si tiene suficiente juicio. La audiencia al menor, recogida en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico<sup>73</sup>, es preceptiva<sup>74</sup> y su omisión supondría una vulneración del artículo 24 de la Constitución<sup>75</sup>. Deberá realizarse en atención a las condiciones de madurez del menor, con las garantías debidas entre las que se encuentra la asistencia jurídica independiente de la Administración, con el fin de asesorarle y velar por sus derechos<sup>76</sup> e intereses legítimos, debiendo serle designado, a falta de designación de un abogado particular, un abogado del turno de oficio colegial. Esta asistencia jurídica es necesaria en el seno de cualquier procedimiento que conduzca a tomar una decisión que afecte de manera directa al interés superior del menor<sup>77</sup> debiendo garantizarse dicha efectividad por parte de las Administraciones públicas<sup>78</sup> y removerse cuantos obstáculos impidan o dificulten la misma.

El artículo 35.5 de la Ley Orgánica 2/2010, de 12 de diciembre, no establece plazo alguno al que estará sujeto el procedimiento de repatriación. El artículo 92.5 del

RELOEX concede el plazo de 9 meses, a contar desde que el menor ha sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores, para intentar la repatriación; transcurrido ese plazo se documentará al menor con una autorización de residencia. Como las normas reguladoras del procedimiento de repatriación no establecen plazo alguno<sup>79</sup>, éste será de tres meses, contándose, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, desde el acuerdo de iniciación<sup>80</sup>.

Previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado (Delegación o Subdelegación del Gobierno) resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos<sup>81</sup>. En este sentido, el Comité de las Naciones Unidas ha señalado que cuando se adopte la medida repatriativa habrá que tener en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes<sup>82</sup>:

- La seguridad personal y pública, las condiciones socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país.
- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor
- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho, así como las opiniones de las personas que le atienden.
- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen.
- El derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.
- La conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Al menor se le han de notificar cuantas resoluciones y actuaciones administrativas afecten a sus derechos e intereses legítimos<sup>83</sup>. En este sentido, la Resolución que ponga fin al procedimiento de repatriación, habrá de notificarse al menor en términos adecuados para que pueda revisar y hacer valer sus derechos e intereses<sup>84</sup> frente a una decisión que afecta, de manera directa, a la esfera de sus intereses personales. Sólo conociendo el contenido de la resolución podrá 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<sup>85</sup>. Este derecho a la tutela judicial efectiva forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. Al menor<sup>86</sup> se le reconoce su capacidad para revisar judicialmente una decisión que afecta a su esfera personal<sup>87</sup>, bien directamente<sup>88</sup>, cuando sea mayor de 16 años, o, cuando fuere menor de 16 años, acudiendo al nombramiento de un defensor judicial<sup>89</sup> cuando exista un conflicto de intereses entre el menor y las Administraciones públicas, especialmente su tutor legal, a tenor de dicho procedimiento de repatriación.



La repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores

En el supuesto de acordarse la repatriación del menor, ésta será ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que harán entrega del menor a las autoridades de frontera correspondiente de su país de origen. En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la pertinente autorización judicial.

En la nueva redacción dada al artículo 35 LOEX, tras la reforma operada por la L.O. 2/2009, se prevé que el Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, íntegramente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados, debiendo informar a las Comunidades Autónomas de tales Acuerdos<sup>90</sup>. Los únicos Convenios bilaterales firmados por el Reino de España son:

- El Convenio firmado con el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, cuya finalidad es favorecer el retorno asistido de los menores al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social. Gracias a este Convenio, Marruecos contará dentro de poco con dos centros de menores en su propio país (en Nador y en Tánger), que se construirán con dinero del Gobierno Central, con el fin de que sirvan para repatriar a estas personas a su lugar de origen, donde podrán recibir ayuda social e incluso permitir una búsqueda más certera de sus familiares.
- Y el Convenio firmado con la República de Senegal sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, hecho «ad referendum» en Dakar el 5 de diciembre de 2006, siendo su finalidad favorecer la repatriación del menor a su familia o al organismo de tutela en Senegal así como su reintegración social. Los dos Gobiernos acordaron en abril de este año *favorecer* la repatriación del menor a su familia o al organismo de tutela de Senegal, así como su futura reintegración social tras volver a su país de origen. La parte española prestará asistencia y protección a aquellos menores que lleguen a territorio español y entregarán en un plazo de diez días toda la información referida a cada caso. Por su parte, las autoridades senegalesas procederán en el plazo de 20 días a la identificación del menor y de su familia. Los dos Gobiernos se comprometieron a colaborar conjuntamente para garantizar que la repatriación del menor se realice «en las debidas condiciones».

Así mismo las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Estos acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos.

De no ser posible la repatriación del menor, la Delegación o Subdelegación del Gobierno acordará su permanencia en España. Habrán de ser adoptadas un

conjunto de medidas encaminadas a la integración del menor en nuestro territorio:

- Deberá constar en el expediente comunicación de todas las actuaciones al Ministerio Fiscal<sup>91</sup>.
- Darle formación educativa y sociolaboral adecuada que permitan al menor, en un futuro próximo, su plena participación e integración en nuestra sociedad<sup>92</sup>.
- El organismo público que ejerza la tutela del menor instará de la Delegación o Subdelegación del Gobierno que a la mayor brevedad documente al menor con una autorización de residencia.



## Acceso del menor no acompañado a la documentación y a la residencia legal en España<sup>93</sup>

La residencia de un menor extranjero se “*considerará regular a todos los efectos*” desde el momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores, lo que se ha de hacer tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo<sup>94</sup>. Se le debe documentar en el plazo máximo de nueve meses<sup>95</sup> contados desde este momento con una autorización de residencia, retrotrayéndose los efectos de la misma al momento en que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores para su atención inmediata en el centro de primera acogida.

Esto es, se ha de tener en cuenta este tiempo a la hora de otorgarle la autorización de residencia, ya que le computa como residencia legal efectiva, criterio que ha sido recogido en diversas resoluciones judiciales<sup>96</sup>.

Los servicios autonómicos de protección tienen la obligación de facilitar a los menores extranjeros sometidos a su tutela la documentación acreditativa de su situación<sup>97</sup>. No es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que ésta se produce en realidad «*ope legis*» de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo<sup>98</sup>. Es más, según la Conclusión nº 16 de las Conclusiones de Fiscales de Especialistas en Extranjería en las “Jornadas en Oviedo 15-16 octubre 2009”: «En todos los casos en los que se dicte por el Fiscal de Extranjería decreto de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados, al amparo del artículo 35 de la LEX deberá establecerse una inmediata comunicación con el Fiscal Delegado de Menores a los efectos de cumplimiento del oficio de fecha 24 de abril de 2008 del Fiscal de Sala coordinador de Menores conforme al cual por parte del Fiscal Delegado de Menores habrá de instarse de la Administración Pública que asumió la tutela de menor, la activación de la tramitación de su documentación sin esperar ni permitir que se espere de forma automática al plazo de nueve meses previsto en el artículo 92.5 del REX, que debería operar como límite máximo y no como término “*a quo*”»<sup>99</sup>. Aunque es muy loable el contenido de esta conclusión, de la que confiamos ver sus frutos, conforme a la actual

La residencia de un menor extranjero se “*considerará regular a todos los efectos*” desde el momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores

práctica administrativa, la autorización de residencia sólo se tramita a instancia del organismo que ejerza la tutela del menor extranjero «una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen»<sup>100</sup>. Acreditada esta imposibilidad, el organismo que ejerza la tutela instará ante la Administración General del Estado, la concesión de la autorización inicial de residencia temporal<sup>101</sup>. La LOEX no hace referencia a plazo alguno, sólo nos habla de que se deberá hacer “a la mayor brevedad posible”, estableciendo el RELOEX un plazo máximo de nueve meses<sup>102</sup> en el cual se ha de tramitar y conceder la autorización de residencia. Sea cual sea el momento de su concesión, se han de retrotraer efectos de la citada autorización al momento mismo en que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores, computándose este tiempo como residencia legal efectiva. Esta autorización inicial de residencia temporal seguirá el régimen general establecido en la normativa de extranjería (concesión y renovaciones) extendiéndose, la validez y vigencia de las mismas, hasta después de adquirir el menor la mayor de edad. Cuando el menor haya cumplido los 16 años, es decir, esté en edad laboral, se le podrá exceptuar de la obtención de autorización de trabajo<sup>103</sup>. Documentado el MENA, se ha de comunicar al Registro de Menores Extranjeros no acompañados<sup>104</sup>.

Aunque la LOEX prevea que la residencia de un menor extranjero se “*considerará regular a todos los efectos*” desde el momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección, esta previsión legal no le garantiza que le sea tramitada y concedida una autorización inicial de residencia temporal. Con frecuencia ocurre que la documentación necesaria para realizar la solicitud de la autorización de residencia del menor en nuestro país debe tramitarla el organismo autónomo responsable del menor, y éste solicita la autorización de residencia poco antes de que el menor adquiera la mayoría de edad o, en su caso, si se comprueba que es mayor de edad, se provoca el archivo o desistimiento posterior de la solicitud. Una de las justificaciones para esta situación que formulan las entidades de protección autonómicas es que los menores carecen de pasaporte. Sin embargo, la carencia de pasaporte no supone un verdadero obstáculo para la tramitación de las autorizaciones de residencia, dado que dicho documento puede suplirse con la cédula de inscripción que cabe solicitar de forma simultánea a la documentación, si la consecución del pasaporte resulta inviable<sup>105</sup>. También estamos constatando como desde los servicios de protección de menores de algunas Comunidades Autónomas, o no se inicia la tramitación de la documentación o se realiza un bloqueo sistemático de la misma, por ejemplo, reiterándose las pruebas de determinación de la edad, no dando validez al pasaporte, exigiendo a los menores la Comunidad Autónoma la aportación de un certificado médico para que acrediten que no tienen ninguna enfermedad infecto-contagiosa (certificado no exigido por la Delegación del Gobierno competente para conceder la autorización de residencia), requisito no establecido ni en la LOEX ni en el RELOEX, o no emitiendo las Comunidades Autónomas los certificados que acrediten la formación e integración de los menores en los centros<sup>106</sup>.

Los retrasos en la presentación de las solicitudes de la documentación por parte de determinados servicios autónomos de protección de menores, unido a la

tardanza de la resolución de los expedientes sobre la concesión de la autorización de residencia, son circunstancias que perjudican gravemente los intereses de este colectivo de menores de inmigrantes, en gran parte comprendidos en edades de 14 a 17 años, y que se hallan en nuestro país al no poder ser repatriados a sus países de origen. Estos menores extranjeros sin autorización de residencia pueden permanecer en España al encontrarse en situación de desamparo y bajo la tutela de una entidad pública. Pero una vez cumplidos los 18 años y alcanzada la mayoría de edad, pierden ese derecho y se encuentran en una situación de irregularidad con el agravante de que en la mayoría de los casos tampoco pueden regresar a su país de origen, encontrándose en la calle, sin papeles y sin derechos. Se entorpece el acceso a la documentación del menor extranjero, con el fin de proteger, una vez más, un pretendido orden público de extranjería, que se impone al interés superior del menor. Se incumplen así las prescripciones legalmente establecidas a ese respecto en materia documental por parte de las Administraciones públicas<sup>107</sup>, incumplimiento que viene provocando, entre otras cuestiones, una movilidad geográfica interautonómica entre los menores por falta de la correcta seguridad jurídica dispensada por las Administraciones y entidades de guarda. Olvida la Administración que la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor<sup>108</sup>, debiéndose, eso sí, iniciar un nuevo procedimiento de repatriación con todas las garantías señaladas en el apartado 5 del artículo 35 LOEX.



Si el servicio de protección autonómico correspondiente no procediera a solicitar de la autoridad gubernativa competente la autorización inicial de residencia temporal mencionada - en el plazo máximo legalmente establecido de los nueve meses-, tendrá que admitirse que el MENA pueda hacerlo, bien por sí mismo, si tuviera condiciones de madurez, o, en su defecto, a través de un órgano adecuado que le permita la consecución de dicha autorización de residencia, debiéndose facilitar en estos casos que el menor pueda servirse<sup>109</sup> de una asistencia letrada independiente que le permita, en atención a una contraposición de intereses, la salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos en aras de una futura integración y participación social. Pero suele suceder, tal como ha constatado el Ararteko, que algunos de los menores que han solicitado la autorización de residencia por su cuenta en Álava, han visto que se les ha tenido por desistidos, por no haber podido aportar la certificación de tutela, al no haber sumido la Diputación Foral de Álava su tutela<sup>110</sup>.

El hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competentes, redunde en su beneficio; y que todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

Es preciso destacar las siguientes situaciones que se pueden dar en materia de documentación de MENAS:

**El hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que redunde en su beneficio**

## Menores extranjeros bajo guarda o tutela de familiar

Cuando el familiar tenga atribuida la guarda administrativa por el servicio de protección autonómico o cuando tenga atribuida la guarda o tutela judicial o tenga atribuida la guarda o figura similar por la autoridad competente del país de origen, le podrá ser de aplicación el artículo 17, apartado c) de la LOEX, que establece que «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».

## Menores extranjeros y asilo

Según los datos de Eurostat acerca de las solicitudes de asilo realizadas en el año 2009, de las 685 solicitudes realizadas en España, el 7,3% de los solicitantes eran menores de edad comprendida entre los 0-13 años y el 2,3% de los solicitantes eran menores de edad comprendida entre los 14 y los 17 años. Se ha de tener en cuenta que las prescripciones legales establecidas para los menores extranjeros no acompañados tutelados por una Administración pública en materia documental son trasladables a los menores que se encuentren incursos en **procedimientos de solicitud de asilo**<sup>111</sup>.

## Menores víctimas de trata de seres humanos

No perdiendo nunca la perspectiva de que son menores, y que se debe velar por su interés superior, se les ha de aplicar también en todo lo que les beneficie lo dispuesto en el artículo 59 Bis de la LOEX<sup>112</sup>.<sup>113</sup>

## Menores extranjeros no acompañados y nacionalidad española

Relacionado con la residencia legal de un MENA, está el derecho que le confiere a un menor extranjero el artículo 23.2c) del CC a adquirir la nacionalidad española si cumple con los siguientes requisitos:

- que haya residido legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, en España durante un período de un año.
- que esté sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españolas durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación el momento de la solicitud.

Los documentos que han de acompañar a la solicitud en todo caso: tarjeta de residencia, pasaporte o certificado de inscripción, certificado de

empadronamiento, en su caso, certificado de nacimiento del interesado debidamente legalizado o apostillado y traducido, en su caso, copia de la resolución judicial que determine la tutela o documento de la autoridad competente de la Comunidad Autónoma en esta materia, y documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España.



## Situación de los menores no acompañados que alcancen la mayoría de edad<sup>114</sup>

Se deberá perseguir, por parte de las Administraciones públicas, que el menor acceda a dicho estado de mayoría de edad en situación de regularidad, y en condiciones adecuadas para su plena integración social y laboral, habiéndose dispuesto con carácter previo hacia el menor, esto es, durante la fase de protección, de cuantos medios educativos y de formación sean necesarios para la consecución de dicho objetivo. Se suelen dar situaciones, como por ejemplo en Melilla, en las que las autorizaciones de residencia venían siendo dadas de baja sistemáticamente al cumplir la mayoría de edad, independientemente de su fecha de caducidad, dejando al titular “en la más absoluta irregularidad, indefensión y abandono”. Por otro lado, ocurría que fueran cuales fueran sus circunstancias, los menores que lograran renovar sus autorizaciones de residencia recibían una autorización inicial, cuando les correspondía con frecuencia una permanente<sup>115</sup>. Así mismo, también se ha denunciado que este año se excluirán a 300 MENAS bajo tutela foral de la renta de garantía de ingresos (RGI) en tanto en cuanto no elabore el Gobierno Vasco los planes de inserción que deberán cumplir para cobrar<sup>116</sup>.

Se deberá perseguir que el menor acceda a dicho estado de mayoría de edad en situación de regularidad, y en condiciones adecuadas para su plena integración social y laboral

Al llegar a la mayoría de edad, el menor que ha sido beneficiario de una autorización de residencia, se le conserva la antigüedad de residencia, pudiéndonos encontrar los siguientes supuestos:

- Si reside en nuestro país desde hace más de cinco años, su antigua autorización se le modificará por una autorización de residencia de larga duración<sup>117</sup>.
- Si reside en territorio nacional desde hace menos de cinco años y puede acreditar tener una oferta de trabajo, se le modificará la antigua autorización de residencia, concediéndosele una autorización de residencia y trabajo.
- Y si reside en territorio nacional desde hace menos de cinco años y no puede acreditar tener una oferta de trabajo, se le proroga la antigua autorización de residencia 6 meses más, acreditando el servicio de protección autonómico competente que se ocupará durante este período de su manutención y que le proporcionará medios de vida.

Uno de los principales problemas con el que se encuentran los menores extranjeros no acompañados es que adquirida la mayoría de edad, han de modificar o renovar la autorización de residencia que disfrutaban cuando eran aún menores, que la Administración suele denegarles dichas modificaciones o

renovaciones porque el informe policial reseña antecedentes policiales. Existe ya una línea jurisprudencial de nuestros juzgados de lo contencioso-administrativo y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de nuestros TSJ que entiende que la presunción de inocencia también es aplicable al régimen de concesión de autorización en materia de extranjería, debiendo constar en el informe policial los antecedentes penales no cancelados, no sólo la reseña de los policiales; y que un menor extranjero no acompañado, también es un menor de edad penal y las detenciones o medidas penales que se le impusieron no pueden computarse cuando alcance la mayoría de edad “en honor a la función tutelar y no punitiva que tiene la jurisdicción de menores”<sup>118</sup>.

Otros menores han alcanzado la mayoría de edad sin disponer de autorización de residencia. La falta de una autorización de residencia impide solicitar la autorización de trabajo necesaria para continuar el proceso de inserción social y laboral iniciado y que tantos esfuerzos ha implicado tanto a las instituciones competentes, como al propio menor. La normativa prevé que la Institución de Protección, en los casos en los que los menores alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales<sup>119</sup>.

No se entiende que se pongan recursos de atención a menores y no se solicite la autorización de residencia

No se entiende que se pongan recursos de atención a menores, recursos formativos que faciliten su inserción laboral, y no se solicite la autorización de residencia a la que tienen derecho (o en su caso se realice la anterior recomendación), que precisamente permite avanzar en el proceso de inserción sociolaboral, tan beneficioso para ellos como para la sociedad de acogida, máxime cuando la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social prevé en estos supuestos su concesión. Los retrasos en la presentación de las solicitudes de la documentación ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno, por parte del correspondiente servicio autonómico de protección de menores, unido a la tardanza de la resolución de los expedientes sobre la concesión de la autorización de residencia, son circunstancias que perjudican gravemente los intereses de este colectivo de menores de inmigrantes, en gran parte comprendidos en edades de 14 a 17 años, y que se hallan en nuestro país al no poder ser repatriados a sus países de origen. ¿Ante que órgano judicial se puede reclamar esta perjudicial tardanza de la administración? Parece ser pacífico que se ha de plantear demanda ante los juzgados de lo contencioso-administrativo. En este sentido, es interesante la Sentencia nº 94/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Barcelona, de 23 de febrero de 2010. La parte recurrente alega e impugna la inactividad administrativa en tanto que incumple el artículo 35 LOEX, al no haber realizado la DGAIA trámite alguno a pesar de que un menor no acompañado haya residido durante 5 meses en un centro de acogimiento de menores y, a pesar de conocer que en unos meses cumpliría la edad de 18 años y llegaría a su mayoría de edad. El Juzgado desestima el recurso interpuesto, ya que el menor no acompañado adquirió la mayoría de edad durante la situación de desamparo preventivo, y la concesión de la autorización de residencia no era

preceptiva por expresa aplicación del artículo 35.4 LO 4/2000, en relación con el artº92,5º de su Reglamento, alcanzándose la mayoría de edad el menor dentro de los 9 meses que la norma reglamentaria concede a la Administración para intentar la repatriación del menor y su documentación, cuando ésta no sea posible. Hemos de entender, a “*sensu contrario*”, que la Administración sí incurrirá en responsabilidad por su inactividad, cuando, transcurridos los 9 meses, el menor continúe indocumentado.



Estas situaciones de menores extranjeros no acompañados que alcanzan la mayoría de edad indocumentados, han sido denunciadas por el Defensor del Pueblo y los Defensores del Pueblo o del Menor de las diferentes Comunidades Autónomas. La solución contemplada por el legislador reglamentario como primer paso para poder acceder a la regularidad es la previsión de que sea la entidad pública autonómica de protección del menor la que recomiende la concesión de la autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales<sup>120</sup> a los menores que hayan estado bajo tutela y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social.

En el supuesto excepcional de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar, a la Administración general del Estado, la concesión de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. La citada recomendación que en su caso puedan emitir los servicios de protección de menores, adolece de carácter preceptivo, por lo que la falta de emisión de la misma no podrá constituir un obstáculo que impida a la autoridad gubernativa competente, la concesión de la pertinente autorización de residencia excepcional.

Hay que dejar bien claro que la respuesta que ofrece el reglamento para aquellos menores extranjeros no acompañados que adquieren la mayor edad, quedando, con infracción del interés superior, en una situación automática de irregularidad, está previsto por el legislador para supuestos y situaciones de carácter excepcional. Por tanto, no es admisible jurídicamente derivar al menor extranjero no acompañado tutelado por la Administración, que está en condiciones de disfrutar de una autorización de residencia o renovación ordinaria al supuesto establecido en el apartado final del artículo 92.5 del RD 2393/2004.

## Conclusiones

La situación de protección de los menores no acompañados debe mejorar tanto en España como en toda la Unión Europea. De ahí que el Consejo Europeo ha instado a la Comisión a describir medidas, para proteger y promover los derechos del niño, prestando especial atención a los niños en situaciones particularmente vulnerables, en particular a los niños que son víctimas de la

explotación sexual y del maltrato, así como a los niños que son víctimas de la trata y a los menores no acompañados<sup>121</sup>, que en palabras de Cecilia Malmström, actual Comisaria de la UE de Asuntos de Interior, declaró: “(...) *son las víctimas de la migración más expuestas y vulnerables*”. La Comisión Europea ha puesto en marcha un Plan de Acción sobre los menores extranjeros no acompañados<sup>122</sup>, cuyo objetivo es garantizar que mejore la protección de los menores no acompañados que entren en la UE, que todos los Estados miembros se comprometan a aplicar unas normas rigurosas en materia de recepción, protección e integración de los menores no acompañados, unas normas comunes para la tutela y la representación legal que el principio del interés superior del menor constituya siempre la base de cualquier actuación, que las autoridades competentes tomen una decisión sobre el futuro de cada menor no acompañado tan pronto como sea posible, preferentemente en un período de seis meses; El Plan de Acción se basa en los siguientes **diez principios**:

- 1. Todos los menores deben ser tratados primordialmente como tales.** El interés superior del menor ha de ser la consideración primordial en todas las actuaciones en materia de menores no acompañados.
- 2. Todos los menores han de recibir un trato acorde con las normas y principios de la Unión Europea y sus Estados miembros,** en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- 3. Ha de hacerse todo lo posible para crear un entorno que permita a los menores crecer en sus países de origen con buenas perspectivas de desarrollo personal y un nivel de vida digno.**
- 4. Ha de protegerse a los menores de los traficantes y los grupos de delincuentes y otras formas de violencia o explotación.**
- 5. Han de tomarse todas las medidas posibles para localizar a la familia del menor y reunirlo con ella, siempre que eso sea lo mejor para el niño.**
- 6. Deben ser de aplicación medidas de recepción y el acceso a las garantías procesales a partir del momento en que se detecte un menor no acompañado en las fronteras exteriores o en un Estado miembro hasta que se encuentre una solución duradera. La tutela y la representación legal del menor son de importancia crucial.**
- 7. Ha de tomarse una decisión sobre el futuro de cada menor en el plazo más breve posible, preferentemente en seis meses,** período en el cual los Estados miembros han de localizar a sus familias, haciendo un seguimiento pormenorizado de su reintegración en su sociedad de origen; y, si es la mejor opción para los intereses del niño, los Estados miembros deberán hallar soluciones alternativas, incluida la concesión del estatuto de protección internacional o el reasentamiento en la UE.

8. **Los menores no acompañados han de ser acomodados siempre en alojamientos adecuados y ser tratados de forma plenamente conforme con sus intereses.** Cuando la detención esté justificada excepcionalmente, solo se utilizará como último recurso, durante el periodo de tiempo más breve posible, y teniendo en cuenta principalmente el interés superior del menor.
9. **Las soluciones duraderas han de basarse en la evaluación individual del interés superior del menor.** Consistirán en el retorno al país de origen, en el cual ha de garantizarse la reintegración del menor, la concesión del estatuto de protección internacional o de otro estatuto jurídico que le permita integrarse adecuadamente en el Estado miembro de residencia o el reasentamiento en la Unión Europea.
10. **Todas las partes interesadas** – Instituciones de la UE, Estados miembros, países de origen y tránsito, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil – **han de aunar e intensificar sus esfuerzos a la hora de abordar el tema de los menores no acompañados y velar por la protección del interés superior del menor.**



Trasladados estos principios a nuestro país, podemos recomendar que, principalmente, se mejore en<sup>123</sup> :

Que se cumpla la obligación legal de asumir la tutela de los menores en situación de desamparo desde la fecha en la que son atendidos por los recursos destinados a la protección de menores.

Que se lleven a cabo las medidas de protección que le corresponda al servicio de protección autonómico como tutor de los mismos, y en concreto, que presente las solicitudes de autorización de residencia en la institución competente.

Que las pruebas de determinación de la edad solamente se realicen en los casos en los que la minoría no pueda establecerse con seguridad, que la valoración se realice por expertos en la materia independiente, y que sea acordada por el Ministerio Fiscal.

Que en el caso de menores que hayan alcanzado la mayoría de edad recomiende la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales y, en caso de que no recomiende, justifique los motivos por los que no ha participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social.

Ana María Uría Pelayo  
Abogada, miembro de la Comisión de Extranjería del Ilustre Colegio de  
Abogados de Cantabria  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía

- 1 “Ni ilegales ni invisibles, Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España”. INFORME 2009. UNICEF, CGAE, BANESTO, páginas 72-105.
- 2 Artículo 111 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de noviembre, de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en adelante RELOEX.
- 3 Dentro de este colectivo de “menores invisibles” se encuentran las menores rumanas prostituidas (por familiares o por terceras personas) en España, que como ciudadanas de la Unión Europea no pueden ser consideradas menores extrajeras no acompañadas, pero que sufren situaciones muy similares a éstos.
- 4 Dictamen del Comité de las Regiones\_ “La lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la ponografía infantil” \_ “La prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas (2010/C 141/10).
- 5 Artículo 20 de la Convención ONU de los Derechos del Niño de 1989 establece el derecho a la protección pública para menores que no puedan recibir la de su familia.
- 6 Artículo 2 de la Convención ONU de los Derechos del Niño de 1989 explicita que en el reconocimiento de los derechos del niño no se pueden hacer distinciones por el origen nacional.
- 7 Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería: *“Durante todo el tiempo que un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública, su estancia en España se considerará regular a todos los efectos. Por ello, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión”*.
- 8 Circular 10/2009, relativa al “Acceso de menores extranjeros acompañados a los puestos fronterizos”, elaborado por la Comisaría de Extranjería y Fronteras.
- 9 Auto de Ejecución de 16.02.2007 dictado por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 25 de Madrid en el P.A. 136/2006, en el que se condena a la Delegación del Gobierno en Madrid que *“de conformidad con el artículo 37.4 del RD 2393/2004 se documente la residencia del recurrente menor tutelado con una autorización de segunda renovación, con validez desde el día 22.01.2007 a 22.01.2009.”*
- 10 Sentencia nº 141/2000 del TC señala que cuando se trata de menores: *«... no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3- 0172/1992) de 8 de julio que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (...) el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 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.»*
- 11 <http://www.diagonalperiodico.net/>. Diagonal GLOBAL, del 18 al 31 de marzo de 2010.
- 12 Sentencia Juzgado 1ª Instancia Nº Uno de Santander, de 6 de mayo 2004 y Sentencia Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJM núm. 424/2006.
- 13 *“Vulneraciones de derechos y malos tratos” un centro de menores guipuzcoano*. 4 marzo 2010. (EUROPA PRESS).
- 14 *“SOS Racismo denuncia el trato a menores extranjeros”*, 5.03.2010, <http://www.elcorreo.com>.
- 15 Artículo 4 de la Convención ONU de los Derechos del Niño de 1989 afirma que en la atención de las necesidades de los/las niños/as no puede ser “excusa” la limitación de recursos sociales.
- 16 Artículo 3 de la Convención ONU de los Derechos del Niño de 1989 y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 17 Artículo 12 de la Convención ONU de los Derechos del Niño de 1989.
- 18 Artículo. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor
- 19 Artículo art. 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor.
- 20 Art. 103 CE

- 21 Auto de 28/2001, de 1 de febrero de 2001, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional
- 22 Artículo 35, párrafo 3º de la LOEX: «En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias».
- 23 Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia 202/2010 del Juzgado Primera Instancia nº 28 de Madrid, de 4 de mayo de 2010.
- 24 Artículo 9.1 Código Civil y Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.
- 25 María Dolores Adam Muñoz “*El Régimen Jurídico de los Menores Extranjeros No Acompañados Nacionales de Terceros Países*”. Córdoba 15-01-2009).
- 26 Protocolo de Menores Extranjeros no Acompañados del Observatorio de la Infancia adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- 27 Artículo 111 del RELOEX.
- 28 Artículo 35, párrafo 10, de la LOEX.
- 29 Según las Conclusiones 2 y 3 de la Circular 2-2006 de la Fiscalía sobre diversos aspectos de los extranjeros en España. Además, hemos de destacar, por su interés en el ámbito de la determinación de la edad y sus consecuencias, las siguientes instrucciones y circulares del Ministerio Fiscal: Instrucción 2-2001, 28 de junio, acerca de la interpretación del artículo 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; la Circular 3-2001 de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería; y la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.
- 30 Resolución del Arateko, de 25 de mayo de 2010, por la que se recomienda al Departamento de Política Social y Servicios Sociales de la Diputación Foral de Álava que cumpla la obligación legal de asumir la tutela de los menores en situación de desamparo que se encuentran en el territorio histórico de Álava, lleva a cabo las medidas de protección que le corresponden como tutora de aquellos, cumpla los derechos y garantías previstas en los casos en los que haya que realizar las pruebas de determinación de la edad, y recomiende la concesión de la autorización de residencia si alcanzan la mayoría de edad sin disponer de ella.
- 31 Conclusión 2ª de la Consulta Nº 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los MENAS.
- 32 Conclusión 3ª de la Consulta Nº 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los MENAS.
- 33 Conclusión 4ª, 5ª y 6ª de la Consulta Nº 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los MENAS.
- 34 Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia 202/2010 del Juzgado Primera Instancia nº 28 de Madrid, de 4 de mayo de 2010.
- 35 Informe del Justicia de Aragón sobre los procedimientos existentes para determinar la edad de los menores inmigrantes.
- 36 Recomendación efectuada en 2006 por la Defensoría del Pueblo sobre responsabilidades de las Administraciones públicas respecto a los menores no acompañados.
- 37 Declaración de Defensoría del Pueblo sobre responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto de MENAS 2006 (en materia de determinación de la edad).
- 38 Artículo 111 RELOEX.
- 39 Conclusión nº 15 de las Conclusiones de Fiscales Especialistas en Extranjería: “Jornadas en Oviedo 15-16 octubre 2009” y Consulta 1/2009 de la FGE da con posterioridad a la celebración de las Jornadas. Página Web FGE.
- 40 Conclusiones 7ª, 8ª y 9ª de la Consulta Nº 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los MENAS.
- 41 Artículo 320 LECiv
- 42 Artículo 392 CP
- 43 FD 5º Sentencia el Juzgado nº Uno de Santander, de 6 de mayo de 2004.



- 44 Auto nº 191 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona, de 11 de junio de 2010 fundó su decisión en el RJ 2º, razonando que: “(...) esta cuestión (determinar la minoría de edad de una persona) no constituye ámbito competencial del juzgado de familia, toda vez que la competencia de los juzgados de familia se encuentra legalmente encomendadas, por constituir uno de los contenidos del título VII, del Libro I del Código Civil. Sin embargo, la intervención del juzgado de familia en este ámbito precisa que no constituya objeto de debate que la persona sobre la que recae o debería recaer la medida de protección se trate de un menor de edad. El objeto de la presente demanda versa, sin embargo, sobre la decisión de si xxx es o no menor de edad, pues, la negativa de la minoría de edad del mismo constituye el fundamento de la resolución de la entidad pública y el motivo por el cual no se le declara en desamparo ni se acuerda la adopción de alguna medida. Por ello, es decir, toda vez que la cuestión que se dirime en esta demanda no es la concurrencia o no de una situación de desamparo respecto del cual se ejerza o debiera ejercerse alguna función de protección, si no la constatación de la edad del mismo, es por ello que el objeto que se plantea excede de la competencia objetiva del juzgado de familia, correspondiendo a los órganos contencioso administrativos”.
- 45 Artículo 35. 4º LOEX: «Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle ».
- 46 Así lo prevén las Conclusiones de la Circular 2-2006 de la Fiscalía General del Estado en materia de extranjería.
- 47 Artículo 92.2 RELOEX
- 48 Artículo 172.1 CC
- 49 Artículo 20.1 de la CDN que dice que “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.
- 50 En el marco establecido por el artículo 148.1.20ª y artículo 149 de la Constitución,
- 51 Artículo 172 del Código Civil dispone que: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. 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 estos queden privados de la necesaria asistencia moral y material. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”.
- 52 Artículo 39 CE, en relación con el artículo 3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, el artículo 35 de la LOEX y el artículo 92 del REX.
- 53 Así, por ejemplo, el artículo 22 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía señala que el procedimiento de desamparo se iniciará de oficio, por acuerdo del titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores.
- 54 No establecen plazo alguno para resolver las legislaciones de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Principado de Asturias, Islas Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Murcia y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla; si establecen plazo las Comunidades Autónomas de Aragón (un mes para el estudio del menor, ampliable a otro mes más), Cantabria (6 meses), Castilla y León (3 meses prorrogables a otros 3 más), Comunidad de Madrid (3 meses prorrogables a otros 2 meses más), País Vasco (3 meses prorrogables a otros 3 más), La Rioja (3 meses) y la Comunidad Valenciana (3 meses). (MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA, “La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español”, Ed. Aranzadi, pág. 246-248).
- 55 Respecto de los efectos de la falta de resolución, La mayoría de las legislaciones de las Comunidades Autónomas no establecen efectos de la falta de resolución salvo Cantabria, La Rioja y la Comunidad Valenciana, que establecen que la falta de resolución conlleva

la caducidad del procedimiento y la Comunidad de Madrid que establece que cuando se promueva el procedimiento de desamparo a instancia de parte, la falta de resolución tendrá efectos negativos (MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA, “**La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español**”, Ed. Aranzadi, pág. 246-248).

- 56 Artículo 42.3 de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, de 26 de noviembre.
- 57 Artículo 42.2 de la Ley 30/1992
- 58 Artículo 44.2 de la Ley 30/1992.
- 59 Artículo 39 CE.
- 60 Por esta solución se decanta el artículo 51.1 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Rioja, el artículo 22 del Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria; y el artículo 19 del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en Valencia.
- 61 Artículo 35, párrafo 11, LOEX, en relación con artículo 172 CC, en relación con el artículo 103, 1ª CC y artículos 748 y ss LEC.
- 62 Artículo 35.12 LOEX
- 63 Las Comunidades acogerán a 500 menores inmigrantes que colapsan los centros de acogida en Canarias, lun, 5 abril, 2010, <http://www.laoira.es/>.
- 64 El artículo 3.2 de la CDN establece, entorno al interés superior del menor, que: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.
- 65 El artículo 5 de la CDN dispone, respecto de la definición de familia, que “*Los Estados Partes respetaran 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 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 sus derechos reconocidos en la presente Convención*”.
- 66 El artículo 20 de la CDN establece que “*1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derechos a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para estos niños. 3 Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, 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.*”
- 67 Arts. 172 y siguientes
- 68 Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ Andalucía (Sede Sevilla) de 14 de septiembre de dos mil cuatro (Recurso número 1014/03).
- 69 MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA, “La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español”, Ed. Aranzadi, pág. 229 y ss.
- 70 Artículo 158 del Código Civil habilita la posibilidad, dentro de cualquier procedimiento civil, penal o de jurisdicción voluntaria, de que el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, adopte las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.
- 71 Artículo 35.5 LOEX.
- 72 Artículo 92.4 RELOEX.
- 73 Artículo 12 CDN, artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor- precepto que tiene carácter orgánico según la 23ª Disposición Final de dicho texto- , entre otros.
- 74 Informe 2005 del Defensor del Pueblo sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España.
- 75 STC 221/2002 (Sala Segunda), de 25 de noviembre.



- 76 Sentencia de 25.09.2006 del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 14 de Madrid Procedimiento Derechos Fundamentales 1/06: “Mas este derecho a ser oído que tiene el menor, exige que la audiencia del mismo se realice con las garantías debidas y con el asesoramiento del profesional que, como dice el Defensor del Pueblo en el Informe citado, por excelencia está llamado a asesorar y velar por los derechos e intereses de los ciudadanos, concluyendo que la asistencia jurídica del Letrado hacia el menor extranjero no acompañado es requisito ineludible y necesario para llevar a efecto el derecho del menor a ser oído.”
- 77 Declaración de la Red Europea de Defensores del Menor (ENOC, European Network of Ombudspersons for Children), instando a los países miembros del Consejo de Europa a tomar las medidas necesarias para asegurar los derechos de los menores no acompañados.  
Artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, artículo 85 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, entre otros.
- 78 Artículo 10.1 y 11.1 de la LO 1/96 de 15 de enero
- 79 Disposición Final Segunda del RELOEX
- 80 Artículo 44.3 de la Ley 30/1992, de RJAP y del PAC.
- 81 Artículo 35.5 LOEX, en relación con el artículo 92.4 RELOEX.  
Declaración de la Red Europea de Defensores del Menor (ENOC, European Network of Ombudspersons for Children), instando a los países miembros del Consejo de Europa a tomar las medidas necesarias para asegurar los derechos de los menores no acompañados
- 82 Observación General nº 6 (2005) del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.
- 83 Artículo 58.1 en relación con el artículo 93 de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC.
- 84 Artículos 10. 1 y 11.1 de la LO 1/96, de 15 de enero
- 85 Sentencia del TC 183/2008, de 22 de diciembre de 2008.
- 86 Artículo 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 que quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente”.
- 87 .ATC 372/2007, de 17 de septiembre
- 88 Artículo 18 LJCA 29/1998, de 13 de julio
- 89 Artículo 299 a 302 CC, artículo 8 LEC y artículo 1811 y siguientes de la LEC de 1881
- 90 Artículo 35.1 de la LOEX
- 91 Artículo 92. 4, 1º, 5º y 6º RELOEX
- 92 Observación General Nº 6 (2005) del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, establece a este respecto, que: “La integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho (...) El menor separado o no acompañado debe tener acceso a los mismos derechos (educación, formación, empleo y asistencia sanitaria) que los niños nacionales y en pie de igualdad con éstos...”
- 93 La normativa principal en materia documental de menores extranjeros no acompañados se encuentra contemplada en los artículos 35, 36, 40 i) y 41.1 k) de la LOEX; y los artículos 45.3, 72.3 e), 92 y 111.1g) del REX
- 94 Artículo 13.1 y 14 Ley 1/1996.
- 95 Artículo 35.7 LOEX y artículo 92.4 RELOEX.
- 96 Auto de Ejecución de 16.02.2007 dictado por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 25 de Madrid en el P.A. 136/2006, en el que se condena a la Delegación del Gobierno en Madrid que “*de conformidad con el artículo 37.4 del RD 2393/2004 se documente la residencia del recurrente menor tutelado con una autorización de segunda renovación, con validez desde el día 22.01.2007 a 22.01.2009.*”
- 97 Artículo 10 de la Ley 1/1996.

- 98** No obstante, es práctica de las administraciones documentar la constitución de la tutela con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso.
- 99** Página Web de la Fiscalía General del Estado.
- 100** Artículo 35, párrafo 7º LOEX: *«Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor».*
- 101** Artículo. 35.7 de la LOEX
- 102** Artículo 92. 5 del RELOEX
- 103** Artículo 41, párrafo 1, letra j) de la LOEX.
- 104** Artículo 111 RELOEX.
- 105** Artículo 34 LOEX en relación con el artículo 107 RELOEX.
- 106** NICOLÁS CASTELLANO / JAVIER BAÑUELOS, “Menores inmigrantes sanos y sin papeles en la Comunidad de Madrid”, [www.cadenaser.com](http://www.cadenaser.com), 13-03-2010.
- 107** Artículo 35.7 de LOEX y artículo 92.4 del REX.
- 108** Artículo 35.8 LOEX: “La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo ».
- 109** Artículo 10.1 y 11.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero.
- 110** Pág. 9 de la Resolución del Arateko, de 25 de mayo de 2010, por la que se recomienda al Departamento de Política Social y Servicios Sociales de la Diputación Foral de Álava que cumpla la obligación legal de asumir la tutela de los menores en situación de desamparo que se encuentran en el territorio histórico de Álava, lleva a cabo las medidas de protección que le corresponden como tutora de aquellos, cumpla los derechos y garantías previstas en los casos en los que haya que realizar las pruebas de determinación de la edad, y recomiende la concesión de la autorización de residencia si alcanzan la mayoría de edad sin disponer de ella.
- 111** Ley de Asilo 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación 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; y artº 92.6º RELOEX.
- 112** Artículo 59 bis LOEX: 1. Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005<sup>112</sup>.
2. Los órganos administrativos competentes para la instrucción del expediente sancionador, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.
- Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Durante este período, se le autorizará la estancia temporal y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiera incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el citado período las Administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la persona interesada.
3. El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida.



4. La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.

En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.

5. Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor.

6. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos.»

**113** Convenio de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005; Directiva 2004/81/CE, del Consejo de 29 de abril, 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 competentes

**114** Artículo 35, párrafo 9 LOEX: “Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad”.

**115** “La Delegación del gobierno modificara los permisos de residencia a menores”, lunes, 24 de mayo de 2010, Pablo Suárez, <http://www.el-farodigital.com>.

**116** 20.03.2010. Javier Muñoz. <http://www.diariovasco.com>

**117** Artículo 32 LOEX

**118** Sentencia nº 197/2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco de 17 de marzo de 2010 (rec. Apelación nº367/2008), FD 2º y 3º.

**119** Resolución del Arateko, de 25 de mayo de 2010, por la que se recomienda al Departamento de Política Social y Servicios Sociales de la Diputación Foral de Álava que cumpla la obligación legal de asumir la tutela de los menores en situación de desamparo que se encuentran en el territorio histórico de Álava, lleva a cabo las medidas de protección que le corresponden como tutora de aquellos, cumpla los derechos y garantías previstas en los casos en los que haya que realizar las pruebas de determinación de la edad, y recomiende la concesión de la autorización de residencia si alcanzan la mayoría de edad sin disponer de ella.

**120** Artículo 45 RELOEX en relación con el artículo 92.5 RELOEX

**121** PROGRAMA DE ESTOCOLMO (Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano), DOC2010/C 115/01.

**122** Plan de Acción sobre los menores extranjeros no acompañados, Bruselas 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final.

**123** RECOMENDACIÓN 14/2010, de 25 de mayo, del Arateko al Departamento de Política Social y Servicios Sociales de la Diputación Foral de Álava