

AVANCES Y DESAFIOS EN LA REGULACIÓN DE LOS
MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA

ADVANCES AND CHALLENGES IN THE SPANISH
REGULATION FOR THE UNACCOMPANIED MINORS

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 120-141



Lucía
APARICIO
CHOFRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de enero de 2015

RESUMEN: Los menores extranjeros no acompañados se han convertido en nuevos actores del proceso migratorio a causa de su exponencial crecimiento y peculiares características. La regulación de esta cuestión ha sido objeto de considerables avances en la legislación española, propiciados por relevantes pronunciamientos jurisprudenciales, aun así todavía quedan pendientes importantes desafíos.

PALABRAS CLAVE: Menores no acompañados, determinación de la edad, derecho a la tutela judicial efectiva y a ser oído, interés superior del menor y repatriación.

ABSTRACT: Unaccompanied foreign minors have become the new actors of the migratory process, owing to its exponential evolutionary growth and special characteristics. The regulation of this question has been the object of significant advances in Spanish legislation, due to important judicial decisions; however, a number of challenges still remain.

KEY WORDS: Unaccompanied minors, age determination, right to effective judicial protection and right to be heard, the superior interests of the child and repatriation.

SUMARIO.- I. Los menores extranjeros no acompañados en España. II. Evolución y novedades en su regulación. III. La trascendencia de las decisiones jurisprudenciales y de otros órganos en la materia. IV. Conclusión.

I. LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA.

La transformación de España durante el último siglo en un país de inmigración ha conllevado la aparición de nuevos fenómenos, como el de los menores no acompañados, inéditos hasta el momento¹.

En un primer momento los debates en torno a la inmigración se focalizaron en el colectivo de los adultos inmigrantes y predominantemente en cuestiones políticas, económicas o sociales. Pero el acaecimiento de una serie de sucesos, como la llegada masiva de cientos de menores extranjeros no acompañados a las costas españolas poniendo a prueba la capacidad de acogida de los centros de menores de varias Comunidades Autónomas² o los pronunciamientos realizados por diversas instancias

- 1 La población extranjera residente en España se ha multiplicado por cinco en la última media década. De acuerdo con los datos reflejados en las estadísticas del Padrón Continuo de Población del Instituto Nacional de Estadística, el 1 de enero de 2014 residían en España 5.00.258 personas extranjeras que representaban el 10,7% de la población total mientras que en el año 2000 esta misma cifra se situó en 923.879 extranjeros residentes que únicamente representaba el 2,3%. Aunque es conveniente señalar que en los últimos años, en buena parte debido a la difícil situación económica y laboral, se aprecia una ralentización e incluso un decrecimiento. Desde el año 2011 cuando se registró la cifra más alta de población extranjera residente en España, con un total de 5.751.487 personas extranjeras esta cifra se ha ido reduciendo año tras año hasta situarse en el poco más de medio millón actual. Estos datos se pueden consultar en: http://www.ine.es/inebaseDYN/cp30321/cp_inicio.htm
- 2 En el año 2006 llegaron 928 menores extranjeros no acompañados a las Islas Canarias, en 2007 fueron un total de 752 menores y en 2008 se contabilizaron un total de 815 menores. ROJO GARCÍA, L.: *Estudio sobre la migración internacional de Menores Extranjeros No Acompañados Subsaharianos hacia las Islas Canarias: Perfil y expectativas*. Madrid (2009): Fundación Nuevo Sol, p. 27. Una situación que obligó al gobierno español a adoptar una serie de medidas como la aprobación de un Programa Especial para el traslado y atención de menores extranjeros no acompañados desplazados desde la Comunidad Autónoma de Canarias mediante el cual se concedían una serie de subvenciones a las distintas Comunidades Autónomas para el acogimiento de estos menores extranjeros no acompañados que eran trasladados desde Canarias por falta de capacidad. A modo de ejemplo se puede consultar el Real Decreto 1515/2006, de 7 de diciembre, por el que se conceden dichas ayudas BOE n°. 293, 8-12-2006, pp. 43104-43105. Unas ayudas especiales para el archipiélago Canario que se siguen manteniendo por parte del Gobierno Español a pesar de que la cifra de menores no acompañados se ha reducido considerablemente, en agosto de 2014 el número de menores no acompañados detectados en Canarias fue de 65. El Día, 10-08-2014, disponible en <http://eldia.es/canarias/2014-08-10/5-ultimos-ninos-cayucos.htm> y el Real Decreto 909/2013, de 22 de noviembre, por el que se regula la concesión de una subvención directa a la Comunidad Autónoma de Canarias para el traslado y acogida de menores extranjeros no acompañados, BOE n° 281, 23-11- 2013, pp. 93489- 93491.

• Lucía Aparicio Chofré

Doctora Europea en Derechos Humanos por la Universidad de Valencia y la Università degli Studi di Palermo y Profesora Asociada en el Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia y Profesora en la Universidad Europea de Valencia. Correo electrónico: Lucia.Aparicio@uv.es

judiciales o gubernamentales sobre diversas cuestiones polémicas que suscitó su tratamiento³ hizo que fueran objeto de un interés creciente a todos los niveles.

Una atención creciente que se ha visto traducida en la constatación del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados como un colectivo, que por su naturaleza presenta unas peculiaridades específicas, que requieren de un tratamiento jurídico singular dentro del ámbito de la inmigración⁴.

Antes de analizar el origen, la evolución cuantitativa y las características de los menores extranjeros no acompañados en España es conveniente realizar una serie de precisiones conceptuales.

En primer lugar hay que señalar el empleo de una pluralidad de términos, por parte de la doctrina y la literatura especializada, para referirse a esta cuestión que no siempre está exenta de consecuencias. Así se utilizan términos como los de Menores migrantes no acompañados (MMNA), Menores inmigrantes no acompañados (MINA), Menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA) o Menores separados que pueden comportar una serie de connotaciones negativas o excluyentes⁵. Por ello, en el presente artículo, nos decantaremos por el empleo de la expresión “menores extranjeros no acompañados” por dos razones, al ser la utilizada de forma más habitual por las entidades que intervienen en este ámbito y por entender que es la que en mayor medida elimina cualquier posible connotación peyorativa en su utilización.

En cuanto a su definición se pueden destacar los siguientes instrumentos jurídicos de carácter internacional, europeo y nacional:

- 3 Entre algunos pronunciamientos se pueden destacar: STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 183), STC 17 septiembre 2007 (RJ 2007, 372), STC 30 enero 2006 (RJ 2006, 17), STC 22 mayo 2003 (RJ, 2003 95), STC 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 221), STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 453) y STS 29 septiembre 2014 (RJ 2014, 452) y las siguientes instrucciones de la Fiscalía: la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, la Instrucción 6/2004, 26 noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, la Consulta 1/2009, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, la Instrucción 1/2012, 29 marzo 2012, sobre la Coordinación del Registro de menores extranjeros no acompañados, la Circular 2/2006, 27 julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, el informe extraordinario del Defensor del Pueblo ¿Menores o adultos? procedimientos para determinar la edad de 2011, la Declaración de las defensorías del pueblo de las distintas Comunidades autónomas sobre las responsabilidades de las administraciones públicas respecto a los menores no acompañados en 2006 y las referencias que el Defensor del Pueblo viene realizando en sus informes anuales sobre esta cuestión.
- 4 NIETO GARCÍA, C.: “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, *Los derechos de los menores extranjeros*. Madrid (2007): Consejo General del Poder Judicial, p. 14.
- 5 FUENTES SÁNCHEZ, R.: “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)”, *Azarbe Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* (2014), 3º, p.105 y CABEDO MALLOL, V. *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, p. 320.

1º) La Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen⁶, en la que en su apartado tercero, punto 7 se afirma que se entiende por “niños no acompañados” (llamados también “menores no acompañados”) de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.

2º) La Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros⁷, en su artículo 1, relativo al ámbito y propósito, indica que se denominarán como menores no acompañados a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos y también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.

3º) La Directiva 2003/86/CE del Consejo, 22 septiembre 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁸, en su artículo 2 apartado f) establece que se entiende por menor no acompañado, al nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor; o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros.

4º) La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 13 diciembre 2011⁹, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, en su artículo 2 apartado l) define al menor no acompañado como el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros.

6 U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), 39º período de sesiones.

7 DOUE n° C 221, 19 julio 1997, pp. 23 - 27

8 DOUE L 251, 30 octubre 2003, pp.12-18.

9 DOUE L 337, 20 diciembre 2011, pp. 9-27.

5º) En el caso del ordenamiento jurídico español la definición más completa se encuentra en el artículo 189 del Real Decreto 557/2011, 20 abril¹⁰, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería actualmente en vigor. Este artículo define al menor extranjero no acompañado como el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor; mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor; así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación¹¹.

En cuanto al origen de este fenómeno en España, se puede señalar que los Servicios Sociales de las diversas Comunidades Autónomas sitúan básicamente en 1996¹² el año en el que la presencia de estos menores comienza a ser significativa. En otros países europeos, el fenómeno era ya relevante en la década de los años 70 y 80¹³.

Respecto a la evolución del número de menores extranjeros no acompañados en España en la última década, hay que señalar la dificultad de encontrar fuentes oficiales, de carácter público y fiable, que nos aproximen a la cuantificación exacta de este fenómeno a nivel nacional¹⁴. A este respecto, tal vez el dato más aproximado de esta evolución, aunque no esté totalmente actualizado, se puede encontrar en un informe realizado en el año 2009 por UNICEF junto con el Consejo General de la Abogacía Española¹⁵. Así vemos en dicho informe como el número de menores extranjeros no acompañados acogidos en España se multiplicó por cinco en el periodo comprendido entre 1996 y 2007. Mientras en el 1996 llegaron 1.260 menores extranjeros no acompañados en el año 2007 lo hicieron 6.475 menores.

10 Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE nº. 103, 30 abril 2011, pp. 43821-44006

11 Otras definiciones del término Menores extranjeros no acompañados las encontramos en distintos informes y documentos de trabajo elaborados por organizaciones no gubernamentales o asociaciones que trabajan en este ámbito. Entre los que se pueden destacar "Ni legales ni invisibles", *Realidad jurídica y social de los Menores en España* (2009). UNICEF y CGAE y el "Programa de Menores no acompañados en Europa". Declaración de Buenas Prácticas (2004). SAVE DE CHILDREN Y ACNUR, p. 2.

12 JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M.: "Menores marroquíes no acompañados en Andalucía: el caso de Sevilla. De 1996 a 2000", *II Congreso sobre la inmigración en España. España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*. Madrid (2000): Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (UPCO) e Instituto Universitario Ortega y Gasset.

13 Véase en relación con Alemania y Francia PÉREZ CRESPO, M^a.J.: "Menores no acompañados", *Revista de Trabajo Social. Servicios Sociales y Política Social*, (1999).48, pp. 55-62.

14 Esta dificultad deriva de la existencia de las distintas fuentes que transmiten esta información sin que aparentemente exista una debida coordinación. Así nos encontramos algunas veces con los datos proporcionados por la Secretaría de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, otras con los del Ministerio del Interior, otras con los de la Dirección General de Policía que hay que señalar que depende jerárquicamente de este último Ministerio y luego también con los datos que proporciona cada Comunidad Autónoma al ser estos entes los que tienen atribuido competencialmente el acogimiento de estos menores. Una situación que provocó que el 24 septiembre 2014 la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados aprobara una iniciativa por la que se instaba al Gobierno a poner en marcha en esta materia una base de datos nacional, de acuerdo con la previsión contenida en la propia Ley de Extranjería.

15 "Ni legales, ni invisibles", cit., 39.

En los últimos años, al igual que ha ocurrido con las cifras de la inmigración en general en España, el número de menores extranjeros no acompañados se ha visto reducido casi a la mitad. Según los datos facilitados por el propio Ministerio de Empleo y Seguridad Social a fecha 31 diciembre 2013 había registrados 2.841 menores extranjeros no acompañados en España¹⁶, unos datos que se aproximan a los reflejados en la infografía elaborada por la Comisión Europea sobre menores no acompañados¹⁷, en la que para el caso de España se señala que el número de menores extranjeros no acompañados en el año 2013 era de 2.175 menores.

Del análisis de estos datos a nivel europeo se puede destacar que España es el segundo país de la Unión Europea, tras Italia que recibió en 2013 a 8.461 menores extranjeros no acompañados, que acogió a un mayor número de estos menores. Unos datos que varían si consideramos en este cómputo también a los menores extranjeros no acompañados que han solicitado asilo ya que en este caso Suecia con 3.850 menores solicitantes de asilo ocuparía la segunda posición y Alemania con 2.485 menores la tercera, relegando a España a un cuarto lugar según el número de menores extranjeros no acompañados acogidos en 2013¹⁸.

Desde un punto de vista cualitativo, el colectivo de los menores extranjeros no acompañados también presenta unas características bastante definidas. La mayoría de estos menores son varones¹⁹, nacionales de países de África prevalentemente de las zonas del Magreb y del Sahe²⁰, destacan cuantitativamente los marroquíes, su edad media se sitúa alrededor de los 16 años²¹, en cuanto a su procedencia familiar la mayoría viene de familias numerosas con escasos recursos económicos, que están al corriente de su inmigración y para ellas constituye una esperanza para abandonar esta situación económica familiar; en el porcentaje restante de casos, aproximadamente un 30%, una parte proviene de familias con una buena situación económica o se trata de los denominados niños de la calle, que proceden

16 Nota de prensa emitida por el Ministerio de Empleo y Seguridad, el 22 julio 2014, con ocasión de la Firma del Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados (MENAS). Disponible en el siguiente enlace: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2269>.

17 "Unaccompanied Minors in the EU", Dirección General de Inmigración y Asuntos Internos, Comisión Europea (2014), disponible en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/uam/uam_infographic_a4_en.pdf.

18 "Unaccompanied Minors in the EU", cit, pp. 2-4.

19 En relación con la presencia de menores extranjeros no acompañados se puede consultar: MORANTE DEL PERAL, L. y TRILLO VEGA, M.: "Las niñas y adolescentes que emigran solas a España ¿un nuevo fenómeno social?" *Revista MUGAK* (2007). pp. 25-27.

20 MURILLAS ESCUDERO, J.M: "Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante", *Revista Jurídica Española La Ley* (2002). 7, p. 1814. y DURÁN RUIZ, FJ.: "Las Administraciones Públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (2007). 7, pp.1-41 disponible en: www.refdugr.com.

21 Aunque hay que señalar que en los últimos años se había detectado un descenso en la edad de estos menores, localizando incluso a algunos de 10 años. *La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados*. Madrid (2009): Observatorio Permanente de la Inmigración del Gobierno de España, p. 25.

normalmente de familias desestructuradas o padecen algún tipo de adicción²² y por último, otra constante común es la carencia de estudios, de formación o de conocimientos del idioma.

En definitiva, aunque en la última década se aprecia una importante reducción, en casi más de un tercio, del número de menores extranjeros en España, es posible aventurar que la tendencia en un futuro, lejos de su desaparición será su incremento, ya que los menores extranjeros no acompañados se han convertido en nuevos actores del proceso migratorio²³ a escala internacional.

II. EVOLUCIÓN Y NOVEDADES EN SU REGULACIÓN.

La principal característica de la regulación del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados es su especialidad. Una normativa que reviste cierta complejidad, tal y como se pondrá de manifiesto a continuación, por la tensión permanente existente al aplicarse contemporáneamente dos regímenes con idiosincrasias y finalidades distintas.

Por un lado, estos menores estarían amparados por lo dispuesto tanto en la legislación internacional como nacional en materia de protección jurídica del menor, pero por otro, debido a su condición de extranjeros se ven sometidos a un especial régimen regulatorio.

En cuanto al primero, el relativo a la protección jurídica del menor, a nivel internacional destaca la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño²⁴ y las 17 Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos del Niño²⁵, a nivel europeo la Carta Europea de Derechos del niño²⁶ y en España esta se contiene en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor²⁷.

22 APARICIO CHOFRÉ, L.: "La nueva política de los menores no acompañados y el codesarrollo", *El Desafío de la Inmigración*. Valencia (2011): Grupo Valencia del Capítulo Español del Club de Roma, p. 313.

23 A modo de ejemplo se pueden citar las palabras pronunciadas por el Vicepresidente de Estados Unidos, Joe Biden en junio 2014, a propósito de la llegada a la frontera norteamericana de 10.622 niños y adolescentes no acompañados provenientes de Centroamérica y México, "la ola de niños no acompañados en la frontera es un desafío humanitario". El País, 20 de junio de 2014. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/06/20/actualidad/1403224730_734684.html.

24 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 20 noviembre 1989 y ratificada por el Estado Español mediante el Instrumento de ratificación 30 noviembre 1990. BOE nº. 313, 31 diciembre 1990, pp. 38897 – 38904.

25 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11

26 DOCE nº C 241, 21 septiembre 1992

27 BOE nº. 15, 17 enero 1996, pp. 1225- 1238. El Consejo de Ministros del Gobierno Español, el pasado 24 abril 2014, aprobó el anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia y de su Ley Orgánica complementaria, <https://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Lproteccioninfancia.pdf>.

Si este proyecto normativo viniera aprobado, tal y como es la intención del gobierno español antes de finales de 2015, supondría una reforma de la actual normativa vigente en materia de menores. En este anteproyecto se abordan distintos aspectos concernientes a la regulación del régimen de los menores extranjeros no acompañados, en concreto en su segundo apartado se modifica el art. 10 de la L.O 1/96, 15 enero reconociendo

En cuanto a la segunda regulación aplicable, la de extranjería, antes analizar la evolución de la misma en España, es oportuno mencionar a nivel internacional además de la Observación General No. 6 del Comité de los Derechos Niño²⁸, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la UE²⁹ o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 – 2014)³⁰.

Respecto al desarrollo de la legislación española en esta materia, antes de detallar las últimas novedades normativas como la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados³¹, es conveniente señalar someramente las transformaciones que la regulación de los menores extranjeros no acompañados ha experimentado en las Leyes y Reglamentos de Extranjería en España en las últimas dos décadas.

A este respecto resulta llamativo que no es hasta la última reforma de la legislación en materia de Extranjería, llevada a cabo mediante la aprobación de un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería en 2011, cuando se introduce en el ordenamiento jurídico español el término que manejamos en el presente artículo de menores extranjeros no acompañados³².

En la primera Ley Extranjería de carácter global que se adoptó en España, la Ley Orgánica 7/1985, 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España³³, no se contenía ninguna referencia a los menores extranjeros no acompañados. Por su parte en el Reglamento de desarrollo de esta primera norma, contenido en el Real Decreto 155/1996, 2 febrero³⁴, en su sección 4ª, titulada menores extranjeros, dedicaba sus artículos 12 y 13 a definir qué se entiende por menores extranjeros en general y en el segundo de estos artículos, a regular el tratamiento y el régimen aplicable a los menores en situación de desamparo.

Esta ley fue reformada posteriormente mediante la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas de protección de menores, una vez que haya quedado acreditada, la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen y el art. 19 relativo a la reagrupación familiar de los menores extranjeros no acompañados.

28 Observación General No. 6 del Comité de los Derechos Niño relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit.

29 2012/2263 (INI), 12 septiembre 2013, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013_0387+0+DOC+XML+V0//ES

30 COM (2010) 213 final – no publicada en el Diario Oficial, 6 mayo 2010.

31 Resolución 13 octubre 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. BOE n° 251, 16 octubre 2014, pp.83894- 83919.

32 Real Decreto 557/2011, 20 abril, cit.

33 BOE n°. 158, 3 julio 1985, pp. 20824-20829.

34 BOE n°. 47, 23 febrero 1996, pp. 6949-6977.

social³⁵, que en su artículo 32 bajo el título Residencia de menores contiene una escueta regulación en únicamente dos apartados en términos muy similares a los recogidos en el Reglamento antes citado.

Ese mismo año, debido al cambio de gobierno producido en España, se volvió a reformar la legislación incluso antes de que se llegase a aprobar un nuevo Reglamento. En el artículo 35 de Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero³⁶, manteniendo el título de residencia de menores de la anterior ley, se duplica el número de apartados³⁷ del artículo y se desarrollan algunos aspectos como el de la determinación a la edad, la regulación del procedimiento de retorno o en su caso su permanencia en España³⁸. Una regulación que fue desarrollada mediante el Real Decreto 864/2001, 20 julio, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento³⁹. En su artículo 62, manteniendo la misma denominación de Menores extranjeros en situación de desamparo que en el anterior Reglamento, se desarrolla y amplía la regulación para estos supuestos, aunque la regulación reglamentaria se contiene en un único artículo este ve ampliado su contenido al comprender más de 10 apartados en los que se especifican nuevas cuestiones antes no reguladas como el procedimiento a seguir desde la localización del menor, la determinación de la edad o el procedimiento de reagrupación familiar o repatriación.

En el año 2003, la Ley de Extranjería fue reformada de nuevo en dos ocasiones⁴⁰, sin afectar dichas modificaciones a la materia de los menores extranjeros no acompañados. Al año siguiente, se aprobó un nuevo Reglamento, mediante el Real Decreto 2393/2004, 30 diciembre⁴¹, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final 3ª de la LO 14/2003⁴², en el que en su artículo 92 se introduce por primera vez la denominación en nuestro ordenamiento jurídico de menores extranjeros

35 BOE n.º. 10, 12 enero 2000, pp. 1139 – 1150.

36 BOE n.º. 307, 23 diciembre 2000, pp. 45508 – 45522.

37 Pasando de 2 a 5 apartados.

38 En relación a este procedimiento se destaca que el mismo se desarrollará conforme al principio de reagrupación familiar del menor. Una afirmación que en algunos supuestos como luego se señalará podría suponer una colisión con el principio del interés superior del menor.

39 Real Decreto 864/2001, 20 julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, BOE n.º. 174, 21 julio de 2001, pp. 26552 – 26603.

40 Esta reforma se llevó a cabo mediante: Ley Orgánica 11/2003, 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE n.º. 234, 30 septiembre 2003, pp. 35398 – 35404) y Ley Orgánica 14/2003, 20 noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre; de la Ley 7/1985, 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, 10 enero, de Competencia Desleal (BOE n.º. 279, 21 noviembre 2003, pp. 41193 – 41204)

41 Real Decreto 2393/2004, 30 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social BOE n.º. 6, 7 enero de 2005, pp. 485-539.

42 Cit.

no acompañados. En este caso aunque este artículo mantiene a grandes rasgos la misma extensión y contenido en relación con la posibilidad de llevar a cabo la repatriación del menor aunque se haya autorizado su residencia y la concesión de la misma con carácter temporal cuando hayan alcanzado la mayoría de edad por circunstancias excepcionales.

La última reforma llevada a cabo de la Ley de Extranjería se produjo mediante la Ley Orgánica 2/2009, 11 diciembre⁴³, los motivos que justifican esta reforma según el propio legislador son tres, la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que había declarado la inconstitucionalidad de varios artículos, transponer varias Directivas comunitarias y adaptar la legislación española a los cambios producidos en la inmigración en España durante los últimos años.

En el artículo 35, el legislador español cambia la denominación del artículo para recoger por primera vez en una Ley de Extranjería el término menores no acompañados y duplica la extensión del mismo, pasando de cinco a doce apartados. Algunas de las novedades que se contienen en esta nueva regulación se refieren al establecimiento de acuerdos de colaboración con los países de origen para prevenir este tipo de inmigración⁴⁴ y el retorno de estos menores tanto por parte del Estado Español como por las Comunidades Autónomas, la solicitud de informes sobre las circunstancias familiares del menor a las representaciones diplomáticas de los países de origen y la audiencia al menor si tiene suficiente juicio en los procedimientos de repatriación o la anterior previsión reglamentaria en la que se establecía que la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para una ulterior repatriación añadiendo como novedad cuando esto favorezca el interés superior del menor.

Esta nueva regulación fue desarrollada de nuevo reglamentariamente mediante el Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento de la ley de Extranjería⁴⁵. Mediante este Reglamento la regulación de los menores

43 Ley Orgánica 2/2009, 11 diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE n°. 299, 12 diciembre 2009, pp. 104986-105031.

44 Algunos de los acuerdos ya suscritos por el Estado Español a este respecto son: Memorando de Entendimiento que España y Marruecos firmado en diciembre de 2003 y que en 2007 se elevó a rango de acuerdo en la VIII Reunión de Alto Nivel (RAN) hispano-marroquí, BOE n°. 70, 22 marzo 2013, pp. 22750 – 22753, Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España 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, 5 diciembre 2006, BOE n°. 173, 18 julio 2008, pp. 31413-31415, Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, hecho en Madrid, 15 diciembre 2005, BOE n° 195, 16 agosto 2006, pp. 30512-30514. A este respecto se puede consultar TRINIDAD NUÑEZ, P.: “Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados”, *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*. Barcelona, (2010): Marcial Pons, pp. 239-274.

45 Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE n° 103, 30 abril 2011, pp. 43821-44006.

extranjeros no acompañados se comprende ahora en diez artículos, del 189 al 198, ubicados en el capítulo III que se titula Menores extranjeros no acompañados. En esta decena de artículos se detallan pormenorizadamente cuestiones como su definición (art. 189), la determinación de su edad (art. 190), la competencia sobre el procedimiento de repatriación y actuaciones previas (art. 191), el inicio del procedimiento de repatriación (art. 192), las alegaciones y determinación del periodo de prueba (art. 193), el trámite de audiencia y la resolución del procedimiento (art. 194), la ejecución de la repatriación (art. 195), la residencia del menor (art. 196), el acceso a la mayoría de edad cuando es titular de una autorización de residencia (art. 197), y el acceso a la mayoría de edad cuando no sea titular de una autorización de residencia (art. 198). A pesar de que esta nueva reglamentación intenta detallar pormenorizadamente los trámites a seguir en dicho procedimiento y los órganos competentes en cada caso se detecta el olvido de algunos aspectos relevantes que sí que se contenían en anteriores regulaciones⁴⁶.

El último instrumento normativo adoptado por el Gobierno de España, siguiendo precisamente la previsión contenida en el artículo 190 de este nuevo reglamento⁴⁷, ha sido el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados en 2014.

Un documento que tiene por objetivo, tal y como se señala en el primer apartado de su exposición de motivos, coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación.

Un Protocolo en el que a través de VIII capítulos, que contienen a su vez 35 apartados, se detallan todas las actuaciones a realizar y los órganos competentes para llevarlas a cabo en los supuestos de localización de un menor extranjero no acompañado en España.

En relación a este Protocolo se pueden señalar dos aspectos, en primer lugar uno de carácter formal y que se refiere a los casi tres meses que transcurrieron desde el acuerdo del Ministerio de Justicia, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de la Fiscalía General del Estado y del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para la aprobación de dicho protocolo, el 22 julio 2014, tal y como

46 Algunos ejemplos de estos olvidos, como la previsión establecida en el anterior Reglamento de la no procedencia de la repatriación en los casos en los que se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares, se pueden consultar en LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ- MADRÓNERO, A.: "La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados", *Revista europea de derechos fundamentales* (2013). 21º, pp. 157-180.

47 Cit. También hay que señalar que en dicho artículo se menciona el Registro de Menores Extranjeros no acompañados cuya problemática ya ha sido anteriormente mencionada.

se especifica en el propio texto y su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 16 octubre 2014⁴⁸.

El segundo aspecto, este ya relativo a su contenido, que ha sido objeto ya de algunas críticas⁴⁹, se refiere a las previsiones que se contemplan en este Protocolo respecto a la determinación de la edad de los menores no acompañados en aquellos casos en los que estén en posesión de un pasaporte pero la información relativa a la edad contenida en el mismo sea contradictoria con los resultados de las pruebas de determinación de la edad que se le hicieron con anterioridad en España. En estos casos según el Protocolo, en su capítulo II apartado sexto, al menor se le considerará indocumentado lo que podría contradecir la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto que se expondrá en el siguiente apartado⁵⁰.

A modo de conclusión, se puede señalar como la evolución cuantitativa del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados en España ha transcurrido de forma paralela a su regulación y desarrollo normativo en la última década y media.

Así, tal y como se ha puesto de relieve en las anteriores líneas, se aprecia cómo se ha pasado de no mencionarse en la primera Ley de Extranjería de carácter global aprobada en España en 1985 a regularse detallada y extensamente en la normativa actualmente en vigor. Aunque, tal y como se verá en el siguiente apartado, dicha normativa en algunos aspectos sigue todavía suscitando polémica y ha sido objeto de importantes decisiones jurisprudenciales y de recomendaciones formuladas por organismos y entidades encargadas de la defensa y protección de los derechos humanos.

III. LA TRASCENDENCIA DE LAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES Y DE OTROS ÓRGANOS EN LA MATERIA.

En este apartado se analizarán las últimas decisiones jurisprudenciales adoptadas, tanto por el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo Español, y las

48 Una dilación en su publicación que no es habitual en la publicación de otras normas en España y que puede obedecer a las Sentencias que en esta materia, en concreto en relación con las pruebas para determinar la edad de los menores cuando estén provistos de documentos que contienen datos respecto a su edad, adoptó el Tribunal Supremo y que se comentarán en el siguiente apartado y que podían afectar y de hecho afectan al contenido del mismo, poniendo en cuestión su posible legalidad.

49 Fundación Raíces “Es una trampa --dice Lourdes Reyzábal, responsable de la organización--. Las fechas nunca van a coincidir porque la fecha de nacimiento se determina por aproximación en la prueba médica, es una estimación. Cuando el menor consigue después su partida de nacimiento o su pasaporte en la embajada o consulado de su país, las autoridades españolas deciden que las fechas son contradictorias y dan por inválido el documento. Le decretan adulto”, Europapress, 22 diciembre 2014.

50 La propia Defensora del Pueblo en una entrevista concedida a Europapress, el pasado 22 diciembre 2014, señalaba que “sigue siendo excesivo el número de pruebas que se hacen para determinar la edad del menor” aunque su institución ha elevado “las recomendaciones oportunas para que solamente en casos de clara duda se efectúen”. Disponible en: <http://www.europapress.es/epsocial/menores-00645/noticia-fiscalias-menores-encargan-aun-cifra-excesiva-pruebas-determinacion-edad-ninos-migrantes-20141220125936.html>.

repercusiones que han tenido en la modificación de la regulación de los menores extranjeros no acompañados en nuestro país. El apartado concluirá con una mención de las recomendaciones efectuadas por la Defensora del Pueblo y los Institutos de Medicina Legal de España en 2010 en relación con los métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados⁵¹.

El Tribunal Supremo en dos reciente sentencias dictadas en 2014⁵² en relación con el valor de la documentación que portan los menores extranjeros no acompañados cuando dicha documentación contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad física del individuo ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial "el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad"⁵³.

Estas sentencias se dictan tras los conflictos que se dieron en relación con la validez y veracidad de la documentación que portaban en algunos casos los menores extranjeros no acompañados y que incluso derivó en la interposición de denuncias penales por falsedad documental por parte de alguna Comunidad Autónoma⁵⁴. Las consecuencias de esta polémica tenían un trágico resultado para los menores y la protección de su interés superior; ya que en muchas ocasiones, en el mejor de los casos, se veían sometidos a la realización de pruebas para la determinación de su edad, con los problemas que ello plantea por la falta de concreción de sus resultados y en el peor conllevaba a la pérdida de la protección por parte de las autoridades autonómicas correspondientes debido a que se establecía su mayoría de edad.

De esta forma la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo viene a clarificar alguna de las cuestiones que habían surgido en estos supuestos en los que los menores extranjeros no acompañados portaban documentación y cuya

51 GARAMENDI GONZÁLEZ, P.M y otros: "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados", *Revista Española de Medicina Legal* (2011). 37º, pp. 22-29.

52 STS 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 452) y STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 453).

53 Fallo 4º.

54 Estas denuncias se interpusieron por la Comunidad de Madrid pero no prosperaron. En el caso de las STS analizadas estas se interponen contra la Generalitat de Cataluña y la Diputación Foral de Álava. Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española. *Sólo por estar Solo, Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*. Madrid (2014). Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, pp. 55-60.

resolución en la práctica era con carácter general considerar que la misma no poseía validez y era necesarios someterlos a pruebas para la determinación de la edad, lo que contravenía palmariamente la obligación de carácter internacional de respeto del interés superior del menor; cuando tal y cómo luego veremos la realización de las diversas pruebas para la determinación de la edad de los menores comporta efectos negativos que pueden repercutir incluso en su salud. A pesar de la claridad de estas sentencias, el problema se plantea en la actualidad, tal y como se ha señalado en el apartado anterior; a raíz de lo establecido en los casos en los que los menores extranjeros no acompañados que portan documentación ya se hayan visto sometidos con anterioridad a este tipo de pruebas y los resultados sean contradictorios, con la información respecto a la edad contenida en su documentación identificativa.

Por su parte, también el Tribunal Constitucional, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores extranjeros no acompañados en los procedimientos de reagrupación con el paso de los años ha ido estableciendo la siguiente doctrina. En estos supuestos de hecho los problemas se planteaban en dos aspectos, la audiencia al menor cuando tuviera bastante capacidad para ello y la posibilidad de elegir un abogado que lo representase en dichos procedimiento cuando la institución de protección de menores autonómica que tenía asumida su tutela y representación mantenía una posición que era contradictoria con la manifestada por el menor.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 183/2008⁵⁵, la primera tal y como reconoce el propio Tribunal en la que se pronuncia sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal, estima el recurso de amparo interpuesto y recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal⁵⁶

También aprovecha este pronunciamiento para recordar su anterior jurisprudencia⁵⁷ en la que había estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos de procesos judiciales en los que los menores no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal y reitera el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con lo establecido

55 STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 184) y STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 183)

56 Fundamento Jurídico 5º.

57 STC 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 221), FJ 5, ó STC 30 enero 2006 (RJ 2006, 17) FJ 5.

en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño⁵⁸ y el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, de protección jurídica del menor; además de otros instrumentos normativos de ámbito europeo.

En cuanto a los procedimientos de repatriación de menores el Tribunal señala que se trata de uno de los supuestos en los que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor⁵⁹ y por lo tanto debía reconocerse el derecho a ser oído del menor si este tenía suficiente juicio y establecer un trámite específico en el procedimiento para la audiencia al menor.

Así el Alto Tribunal concluye que en estos casos se detecta una aplicación del ordenamiento procesal desproporcionada que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores al impedirles la impugnación de una decisión administrativa que les afecta personalmente y poder así posteriormente instar también su control judicial. En estos supuestos indica el Tribunal la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio *pro actione*, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia.

Una jurisprudencia que tuvo como consecuencia, además de la paralización de algunas repatriaciones de menores extranjeros cuando ya se encontraban embarcados en el avión que los llevaba de vuelta a sus países de origen⁶⁰, la modificación de la Ley y el Reglamento de Extranjería para contemplar estos derechos. Así en el actual art. 35 en su apartado 5 de la Ley Orgánica 2/2009⁶¹, se reconoce la audiencia al menor si tiene suficiente juicio antes de la iniciación del procedimiento de repatriación y en su apartado 6º se reconoce la capacidad de actuar de estos menores en dicho procedimiento de repatriación cuando sean mayores de dieciséis años y menores de dieciocho pudiendo hacerlo personalmente o a través del representante que designen. Además se establece la previsión de que cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

58 Cit.

59 STC 17 septiembre 2007 (RJ 2007, 372) en la que argumentaba que en este caso nos encontramos ante un supuesto que afecta a la esfera personal y familiar de un menor; que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído. Por esta razón, es claro que el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía, STC 25 noviembre 2002, (RJ 2002, 221), FJ 5; STC 2 junio 2005 (RJ 2005, 152), FJ 3.

60 El Mundo, 14 enero 2009.

Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/01/14/espana/1231916789.html>

61 LO 2/2009, 11 diciembre, cit.

Unos preceptos que posteriormente se desarrollan en el Real Decreto 557/2011⁶², por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería, así en el art. 192 en su apartado segundo relativo al inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado, se establece que el acuerdo de iniciación será notificado inmediatamente al menor. En el art. 193 se regula la posibilidad de formular por parte del menor las alegaciones de hecho o de derecho que considere oportunas bien de forma personal cuando haya alcanzado la edad de dieciséis años o a través del representante que designe. Cuando no haya alcanzado dicha edad lo representará la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda salvo que manifieste una voluntad contraria a la de esta en este caso se nombrará un defensor judicial. En el artículo 194 se garantiza la presencia del menor en el trámite de audiencia cuando tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere oportuno en relación con su repatriación, a dicho trámite también se convocará al representante designado por el menor y se prevé la notificación de la resolución del procedimiento al menor o en su caso a su representante y en la misma se contendrá la posibilidad de solicitar el derecho de asistencia jurídica gratuita en el caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.

En último lugar, en relación con los métodos empleados para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, hay que señalar las recomendaciones efectuadas por la Defensora del Pueblo y los Institutos de Medicina Legal de España en 2010⁶³.

Unas pruebas médicas cuya realización parece haberse generalizado de forma rutinaria y que plantea numerosos interrogantes de tipo tanto jurídico, como técnico o ético.

En estas recomendaciones se abordan algunas de las cuestiones que en relación con la realización de este tipo de pruebas habían planteado una mayor controversia como el carácter invasivo de las pruebas radiológicas y los efectos negativos derivados de la radiación que puede tener sobre los menores por lo que se aconseja evitar su reiteración, su sustitución por otro tipo de pruebas en aquellos casos en los que un simple reconocimiento médico permita certificar la minoría de edad del sujeto, el carácter impreciso de sus resultados que siempre se fijan en un intervalo de edad, los parámetros de comparación para la determinación de los resultados que pueden variar en función de la población que se utilice como muestra, la autoridad que tiene la competencia para encargar la realización de este tipo de pruebas o los requisitos que deben cumplir los centros y los profesionales que las llevan a cabo.

62 Real Decreto 557/2011, 20 abril, cit.

63 GARAMENDI GONZÁLEZ, P.M y otros. "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados", cit, pp. 22-29.

Algunas de las recomendaciones recogidas en este documento han sido incorporadas al Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados⁶⁴, en su capítulo V titulado Extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, en su apartado 5º en el que se regula la realización de las pruebas médicas. En concreto la conveniencia de evitar la duplicación de este tipo de pruebas, la necesidad de consentimiento informado para su realización, el personal sanitario que debe realizar estas pruebas, las pruebas a practicar; así como la posibilidad de revisión del Decreto del Ministerio Fiscal de determinación de la edad y el contenido preceptivo del mismo. A este respecto hay que señalar que el propio Protocolo realiza una mención expresa a las recomendaciones antes citadas.

A pesar de este desarrollo normativo y de las recomendaciones efectuadas por los expertos en la materia, constatamos que todavía en la actualidad se sigue abusando en la realización de este tipo de pruebas cuando no resultan necesarias, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la propia Defensora del Pueblo⁶⁵ y también como algunos aspectos de esta regulación, cómo las consecuencias a nivel jurídico que puede conllevar la negativa del menor a someterse a estas pruebas podrían suponer una vulneración de los derechos reconocidos, tanto a nivel internacional como nacional, a estos menores y seguramente en un futuro no muy lejano serán objeto de ulteriores pronunciamientos judiciales que con mucha probabilidad conllevarán a su vez modificaciones legislativas .

IV. CONCLUSIÓN.

La irrupción de los menores extranjeros no acompañados y la relevante evolución cuantitativa que su presencia ha tenido en España durante la última década ha convertido a este colectivo en un sujeto con un perfil propio dentro del dinamismo que la inmigración ha adquirido en nuestro país en los últimos años siendo objeto de un interés creciente, tanto por parte de los estudiosos en la materia como por el legislador español.

Un fenómeno que no se circunscribe únicamente al ámbito nacional sino que adquiere un carácter global que se ha visto traducido en la adopción de observaciones y resoluciones de carácter internacional en esta materia⁶⁶.

64 Cit.

65 Europapress, 22 diciembre 2014, cit.

66 Entre las que se pueden destacar entre otras la Observación General nº 6 del Comité de los Derechos del Niño relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005) cit., la Resolución del Consejo de la Unión Europea relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (1996), la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea (2013), cit.

En el ordenamiento jurídico español esta sustancial evolución en el número de menores extranjeros no acompañados, que en algunos momentos, como durante los primeros años del nuevo siglo, llegó a desbordar la capacidad de los centros de acogida de menores en algunas Comunidades Autónomas, se ha visto traducida en importantes reformas normativas.

Una regulación, que tal y como se ha puesto de relieve, reviste una especial complejidad. Se diferencia respecto a la que se aplica a otros sujetos extranjeros, debido a la tensión existente en los casos de los menores extranjeros entre la regulación aplicable con carácter general a los menores, que obedece a la salvaguarda del interés superior del menor y su protección y el régimen de extranjería, que obedece a principios más restrictivos y limitadores de la permanencia de dichas personas en nuestro país.

Esta tensión ha conllevado que en no pocas ocasiones los pronunciamientos judiciales de los más altos Tribunales españoles, como son el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, hayan declarado la ilegalidad de determinadas prácticas o procedimientos que se venían aplicando en relación con estos menores extranjeros no acompañados y que suponían una conculcación de sus derechos más fundamentales⁶⁷.

Así podemos concluir que las transformaciones normativas experimentadas por esta materia en la legislación española han constituido un importante avance. Desde la ausencia total de regulación en la primera Ley de Extranjería de carácter global aprobada en España en el año 1985 hemos pasado a contar en la actualidad con una detallada regulación.

En este proceso evolutivo, tal y como se ha reseñado, se ha ido perfilando su denominación, pasando de la utilización del término residencia de menores en las Leyes de Extranjería del año 2000⁶⁸ a la de menores no acompañados que se contiene en la Ley vigente en la actualidad⁶⁹ y a la de menores extranjeros no acompañados que recoge su actual Reglamento de Desarrollo⁷⁰. También se ha ido detallando y desarrollando su regulación, pasando ésta de dos simples apartados contemplados en la Ley Orgánica 4/2000 a la media docena que se contienen en la actualidad. Un desarrollo que reviste una especial trascendencia ya que el tratamiento de los menores extranjeros presenta una especial complejidad debido en buena parte a la pluralidad de actores que intervienen en el mismo (Administración del

67 A este respecto me remito a las sentencias ya comentadas en el apartado III de este artículo.

68 Ley Orgánica 4/2001, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y la Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, cit.

69 Ley Orgánica 2/2009, 11 diciembre. Cit.

70 En las anteriores disposiciones reglamentarias se utilizaban otros términos como el de Menores en situación de desamparo (Real Decreto 155/96 y Real Decreto 864/2001). Real Decreto 557/2001, 20 abril, cit.

Estado, Comunidades Autónomas, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Servicios competentes de protección de menores, Ministerio Fiscal, instituciones sanitarias, representaciones diplomáticas de distintos países, servicios de protección de menores en los países de origen, administración de justicia, organizaciones no gubernamentales). Así se han ido especificando los trámites a seguir en este complejo procedimiento las actuaciones a realizar por cada una de estas entidades y la necesaria coordinación entre las mismas. Otra novedad sustancial ha sido el reconocimiento de la capacidad y de los derechos que les corresponden a los menores extranjeros para intervenir en los procedimientos de repatriación que les afecten y para la obtención de una autorización de residencia.

A pesar de estos avances, y aunque en los últimos años se aprecia un relevante descenso en su número, el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados se enfrenta todavía a importantes desafíos como la utilización indiscriminada de las pruebas médicas para determinar su edad⁷¹ o el respeto del interés superior del menor en la ejecución de los procesos de repatriación.

Aunque la actual regulación no menciona el principio de reagrupación del menor como criterio rector de los procedimientos de repatriación, como si hacía la anterior Ley de Extranjería⁷², sino que lo sustituye por el del interés superior del menor⁷³, la realidad es que en la práctica se han detectado varias irregularidades en estos procedimientos que conculcan este principio⁷⁴ y suponen una vulneración de los derechos humanos.

Una situación que pronto podría verse modificada si el Gobierno Español aprueba antes de final del año 2015 el anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia y de su Ley Orgánica complementaria en el que se incorpora la defensa del interés superior del niño como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma

71 A este respecto ya se ha señalado la problemática que suscita lo establecido en el nuevo Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no acompañados (2014) en relación con los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los casos en los que los menores extranjeros estuvieran en posesión de un pasaporte y la información contenida en el mismo se contradiga con los resultados de las pruebas médicas realizadas con anterioridad.

72 Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, cit.

73 Excede del ámbito del presente artículo realizar una reflexión acerca de si la reagrupación familiar, cuando sabemos que en buena parte de estos casos los menores extranjeros no acompañados emigran con el consentimiento de sus familias y la repatriación confiándolos a los servicios de protección de menores sean los instrumentos más acordes con el respeto del interés superior. LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ- MADROÑERO, A. "La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados", cit., pp. 175-177.

74 Los menores extranjeros no acompañados son repatriados en algunos casos a países como Marruecos en base a los acuerdos bilaterales existentes, poniéndose a disposición de las autoridades de frontera con el riesgo que ello puede conllevar en un país donde la emigración ilegal está penada. En otros los menores son trasladados a centros de protección de menores construidos, algunos de ellos en medio del desierto, en sus países de origen con fondos españoles destinados a la cooperación al desarrollo, con los riesgos que ello conlleva en relación con su falta de control. APARICIO CHOFRE, L. "Entre la externalización y el codesarrollo, novedades en la regulación de los menores no acompañados", *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*. Valencia. (2012): Tirant Lo Blanch, pp. 360-376.

de procedimiento, tal y como recomendó el Comité de Derechos del niño en su Observación General n° 14 adoptada en 2013⁷⁵.

75 Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)

