

Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono

Palmira Peláez Fernández, Profesora-Tutora de Derecho. Centro Asociado UNED Ciudad Real-Valdepeñas

48

Resumen

Nuestro estudio pretende poner sobre la mesa el escenario que se ha producido con los nuevos flujos migratorios. Y, asociados a estos, la necesidad de analizar la aplicación de una legislación garantista a unos menores extranjeros que se encuentran en situación de total desprotección.

Pretendemos evidenciar el hecho de que las instituciones encargadas de dar protección a estos menores, de forma deliberada busquen subterfugios para provocar que aquellos traspasen el umbral de los 18 años y así conseguir que sean devueltos a sus países de origen.

Esta exposición concluye dando voz a los organismos que denuncian la necesidad de replantearse las políticas sobre migrantes menores extranjeros no acompañados, teniendo en cuenta sus expectativas vitales.

Palabras clave: Menores migrantes, migración irregular, protección de menores, determinación de edad, consentimiento informado.

Abstract

Our study aims to put the scenario that has occurred with the new migratory flows on the table. And, associated with these, the need to analyze the application of a legislation that guarantees the rights of foreign minors facing a situation of a total lack of protection.

We intend to demonstrate the fact that the institutions responsible for providing protection to these minors, deliberately seek subterfuge to cause them to cross the threshold of 18 years and so get them returned to their countries of origin.

This presentation concludes by giving voice to the organizations that denounce the need to rethink the policies on unaccompanied foreign minor migrants, taking into account their vital expectations.

Key words: migrant minors, irregular migration, minor protection, age determination, informed consent.

Fecha de recepción: 18/07/2018

Fecha de aceptación: 28/07/2018



Introducción

La migración, entendida como el hecho de desplazarse por todo el mundo en búsqueda de mejores emplazamientos y mejores entornos para el desarrollo de la vida, ha sido una constante en el devenir de la historia; y además un derecho reconocido desde el siglo XIX por organismos internacionales, como facultad de la persona como ser racional y libre, y así aparece consagrado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en la Carta Social Europea de 1965 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

España se ha convertido para millares de personas en las tres últimas décadas en el “sueño europeo”, sueño que se ha visto truncado en muchos casos por el mar.

Según datos facilitados por el Ministerio del Interior, el 14% de las personas migrantes son menores de edad, en muchos de ellos fácilmente verificable esta minoría –ya que son bebés o niños menores de 10-12 años–; sin embargo, un grupo elevado de estos menores de edad se encuentran entre los 15-18 años, una franja de edad en la que es más difícil de determinar, pero, no obstante, menores.

La situación creada con estos movimientos migratorios ha puesto de manifiesto las carencias, insuficiencias y lagunas del sistema de protección de menores, debido sobre todo a la existencia de grupos de migrantes que se encuentran en esa “frontera” de edad donde resulta, como hemos comentado, difícil de determinar si son menores o adultos.

En 2010 publicábamos en la Revista CADUP del Centro Asociado de la UNED de Tortosa un artículo sobre los menores inmigrantes; en el mismo hacíamos referencia a la circunstancia del aumento del número de migrantes menores, del cambio en la sociedad que estos estaban provocando, y la criminalización que se estaba transmitiendo de estos casos. Concluíamos este artículo con una afirmación que al igual que la *“delincuencia juvenil era el resultado de la degradación que ha sufrido la educación... la delincuencia en los menores inmigrantes es consecuencia del fracaso en las políticas de integración”* (Peláez, 2010: 23).

Este artículo pretende ser, nuevamente, una llamada de atención sobre una actuación realizada con los menores extranjeros no acompañados –MENAS¹–, como es la determinación de la edad; y un replanteamiento sobre si esta se realiza siguiendo criterios de idoneidad, necesidad,

1 Menores extranjeros no acompañados, en adelante en el texto MENAS.



así como cumpliendo los requisitos legales exigidos –como es el consentimiento informado– y garantizando los derechos fundamentales. A pesar que es una discusión que se viene manteniendo desde hace tiempo consideramos oportuno hablar “nuevamente” de ello debido a la trascendencia que tiene en el momento actual, y para ampliar más sobre ello puede verse la bibliografía recogida al término de este texto. Cabe destacar en un primer momento eran unas actuaciones llevadas a cabo para la determinación de la edad de menores que no portaban documentación y sobre los que se dudaba esta, sin embargo, en la actualidad les son practicadas a niños-jóvenes que, disponiendo de sus respectivas credenciales, cédulas o pasaportes correspondientes en sus respectivos países, se duda de su validez, no en estos casos por sospechar de la manipulación que haya podido hacer el joven, sino porque las instituciones del Estado de origen no ofrecen garantías; con lo cual, es el niño-joven el que vuelve a sufrir las irregularidades del sistema.

Por otra parte, es importante dilucidar si el tipo de pruebas² que se vienen realizando pueden considerarse válidas, una vez que no existen criterios uniformes en cuanto a considerarlas como tales; por ejemplo, en un informe de *Human Rights Watch* con la opinión del *Royal College of Pediatrics* británico se señalaba que estas pruebas no eran apropiadas para la determinación de la edad, sobre todo a efectos migratorios, por el margen de error que tiene y lo que una decisión u otra conlleva (Defensoría del Pueblo, 2011b: 64; Síndic de Greuges, 2011a: 1).

Otra necesidad, a la hora de garantizar la protección de estos menores, es el trabajo que equipos multidisciplinarios deben realizar. La integración de estos jóvenes que se encuentran bajo la tutela de las diferentes Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) debería realizarse de manera individualizada, teniendo en cuenta las expectativas de trabajo con que llegan y en cualquier caso la edad, sobre todo los que están entre los 16-17 años.

Estos equipos deben estar formados por expertos en intervención socioeducativa e interculturalidad, en diagnóstico y orientación, en psicología infantil, en derechos de los menores, práctica forense, entre otras especialidades.

2 Las pruebas que se vienen realizando son el Atlas de Greulich Pyle y el método Tunner Whitehouse 41, ambas fáciles de realizar pero son métodos demasiado subjetivos que, para ser fiables, sería conveniente realizar junto con otras como un estudio dental, y así ha sido defendido por médicos forenses. (Fundación RAICES, 2014: 17).



Los educadores deben ofrecer la integración de estos menores en el ámbito de la educación, como formación, de la que muchos de ellos o no la han tenido nunca o hace mucho que la abandonaron; deben tener presente los problemas con la lengua y han de ser conscientes que la formación que la mayoría de estos menores reclaman ha de estar orientada a la consecución de un trabajo. Pero también educación como acompañamiento y, en este aspecto, es de señalar la labor que tienen los educadores sociales que, por otro lado, es este uno de los compromisos que se les señala en su Código Deontológico,³ con diferentes actuaciones como orientar sobre políticas sociales, acciones mediadoras con las diferentes instituciones, llevar a cabo proyectos educativos individualizados, entre otros.

También es cuestión importante, y apenas es tratada, la confesión o la práctica religiosa de estos menores. Muchos de ellos proceden de zonas donde se profesan religiones diferentes y que, si la Constitución Española (en adelante CE) reconoce la libertad de ideología y por ende de religión, esta libertad lo es para todos, sin discriminación de los MENAS.

Son menores, niños y niñas, que han sufrido daños físicos, psicológicos, explotación sexual en muchos casos, y que han sido sometidos a muchas vejaciones por lo que las terapias con profesionales de la Psicología serán imprescindibles para superar todos estos traumas.

Por último, estos menores son doblemente vulnerables, las mismas instituciones que les deben garantizar la protección, ponen en duda esa minoría de edad para eludir ese amparo, y se les responde con exclusión e invisibilidad; por tanto, también para garantizar estos derechos o ayudar a reclamarlos cuando sea imperativo, es necesario la figura de un defensor judicial o un letrado que les asesore en los procedimientos judiciales que pudieran producirse.

Con respecto a la metodología utilizada para la realización de esta contribución se ha centrado, fundamentalmente, en el análisis de la literatura existente en estos momentos. Dichos textos proceden de reconocidos investigadores en el ámbito de los MENAS. Al mismo tiempo, se ha incidido en Informes procedentes tanto de la Fiscalía General del Estado, desde sus Unidades de Menores y Extranjería; de la *Defensoría del Pueblo*, especialmente, la *Defensoría del Menor* de Andalucía y del *Síndic de Greuges* de Cataluña; así como de trabajos procedentes de organismos como Save the Children, UNICEF, ACNUR y Amnistía Internacional. Para terminar, es necesario aludir a la aportación de la Fundación RAICES,

3 *Código Deontológico del Educador y la Educadora Social*, surgido del III Congreso Estatal del Educador Social (XV Congreso mundial de la AIEJI), celebrado en Barcelona en junio de 2001 y aprobado en Asamblea General celebrada en Toledo el 30 de noviembre de 2002.



vinculada al Consejo General de la Abogacía, tanto por las monografías con que cuenta, como los documentos y notas informativas accesibles en la web.⁴

En cuanto a la obtención de los datos y cifras aportados, en unos supuestos se han conseguido de los Informes de las instituciones ya indicadas y en otros de la web oficial⁵ del Instituto Nacional de Estadística –INE–.

Para ilustrar este documento se incluyen algunas experiencias extraídas de los textos y trabajos que han servido de base para la elaboración de este, y que oportunamente son citados en el mismo.

1. Menores extranjeros no acompañados. MENAS

En 1997 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) da una definición para ellos “*Los niños y adolescentes menores de 18 años que se encuentran fuera del país de origen y están separados de ambos padres o de la persona que por ley o por costumbre les tuviera a su cargo*”. Por su parte, el Derecho español también delimita quién es menor extranjero no acompañado, señalando que se trata de la persona extranjera, menor de 18 años, sin venir acompañado y en riesgo de desprotección.⁶ Por lo tanto, es preciso señalar que estos menores están necesitados de una doble protección: en primer lugar, por su minoría de edad; y en segundo, porque inician el proceso migratorio solos y sin la compañía de un adulto que debería tenerlos a su cargo.

La migración de estos menores debe interpretarse desde una perspectiva global, la situación de máxima pobreza en la que viven en algunos países; a lo que se añaden los que están en guerra y con ella los niños soldados; y el conocimiento que, a través de los medios de comunicación, se tiene de que otra forma de vida es posible,

“Omar Sylla tiene 29 años, pero llegó a España cuando tenía 17. Arribó a las costas de Tenerife en 2006, procedente de Senegal. `Solo buscaba una vida mejor. En Senegal veíamos por televisión cómo era vivir en Europa y te planteas salir del país y abandonar a tu familia´, relata el joven” (Vargas, 2018).

4 Ver: www.abogacia.es

5 Ver: www.ine.es

6 Artículo 189 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según la redacción dada por las reformas de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. En adelante LOEX.

Pero a la vez, como medida contra esto, las políticas migratorias están cada vez más dirigidas a fomentar el control de los flujos humanos; sin embargo, como señala Durán Ruiz (2011b: 64) los controles, lejos de disminuir el flujo de llegadas, aumenta el riesgo al cruzar la frontera, sobre todo los más vulnerables, a la vez que favorece las mafias que se dedican al tráfico de personas. Además de este conjunto de circunstancias, resulta palpable que el perfil de la inmigración está cambiando, pero también es evidente que los procedimientos a seguir con ellos deben ser distintos que con los adultos.

La situación actual de estos menores inmigrantes se convierte, cada vez más, en un problema para las instituciones que no han sabido hacerle frente, por lo que solo puede hablarse de una invisibilidad de estos menores, denunciada en diversas ocasiones (Peláez, 2011), con una inexistencia de datos oficiales sobre ellos, que cuando los ofrecen son utilizados por los medios de comunicación⁷ como noticia de impacto ante la audiencia.

En un informe del Observatorio de la Infancia en 2010 (Gaitán, 2010), se hablaba de unos 5.125 MENAS acogidos en España en 2009, Save the Children (Perazzo y Zuppiroli, 2018: 20), citando como fuente los datos ofrecidos por el Gobierno ante el Parlamento, señala a 31 de diciembre de 2017, la cifra de 6.414 niños y niñas tutelados por los servicios de protección de menores de las diferentes CCAA. En cualquier caso, son cantidades estimativas y referidas tan solo a los acogidos en el sistema de protección, con lo cual, de estos informes se deduce que quedan fuera un gran número de niños que están en la calle. De hecho, no existen ni cifras oficiales de esta población. De las escasas cantidades facilitadas la mayoría son chicos, siendo relevante que exista mucha menos información con respecto al sexo femenino, en parte por la mayor precariedad de la situación en que se encuentran –entre ellos la prostitución, ámbito de una mayor exclusión social–, donde no llegan los sistemas de protección y existe una invisibilidad total (Escorial; Marcos y Perazzo, 2016: 33; UNICEF, 2009: 43).

A todo lo anterior, hay que añadir los grupos de menores que están controlados por las mafias; como indicábamos a esta situación se encuentran mucho más expuestas las niñas, atrapadas por redes criminales que las mantienen en condiciones de clandestinidad (Perazzo y

7 Entre otros pueden verse “El número de menores extranjeros llegados a las costas españolas se multiplicó por cuatro en el último año, en www.eldiario.es/andalucia/Menas_0_771673144.html. [10 de junio de 2018]. “Casi 2200 niños migrantes llegaron solos a España en 2017, 10 veces más que 2012” www.lavanguardia.com/vida/20180305/441296281788/casi-2200-ninos-migrantes-llegaron-solos-a-espana-en-2017-10-veces-mas-2012.html. [10 de junio de 2018]. “La llegada de menores migrantes no acompañados a España se multiplica por mil en cinco años” <http://ecodiario.eleconomista.es/inmigracion/noticias/8979252/03/03/2018.html>. [10 de junio de 2018].



Zuppiroli, 2018: 23), ya que se dedican en la mayoría de los casos a la prostitución y viven en la marginalidad. Ahora bien, a estos interesa ser considerados como mayores de edad –sin poder igualmente demostrar la misma– (Defensor del Pueblo, 2010: 268).⁸ Estos menores que, considerados mayores por su aparente madurez y ante la ausencia de una documentación, o el descrédito de una que acredite la edad, ofrece a los funcionarios la oportunidad de excluirlos de los programas de atención a menores. Se ha observado también, como una opción adoptada voluntariamente por ellos, la estrategia de entrar en instituciones de protección mediante la comisión de alguna falta o delito ya que tras la detención se entraría en la acogida institucional (Gimeno, 2012).

La realidad que viven estos menores los lleva a iniciar los procesos migratorios solos. No puede hablarse de un grupo homogéneo, sino que cada menor tiene unas circunstancias distintas, unas expectativas, unas ambiciones, un imaginario idílico que les hace embarcarse en esta aventura (Perazzo y Zuppiroli, 2018: 21; Gimeno, 2013).

La mayoría inicia su proyecto con el fin de insertarse en el mercado de trabajo, para establecerse de manera indefinida en nuestro país y desde aquí colaborar con la precaria situación de su familia en sus países de origen; por tanto, la aventura migratoria que estos jóvenes inician, y en la que cuentan con el apoyo de la familia, tiene como fin último conseguir un trabajo, pero la idealización que tienen de España termina en sueños rotos (García, 2016). Cuando llegan, sufren una ruptura entre las expectativas que traían y la realidad que encuentran, una serie de procedimientos administrativos interminables, unos sistemas de protección a los que no están acostumbrados y la percepción de un rechazo por parte de la sociedad receptora (Delle y Galarraga, 2018).⁹

Los Centros de protección no son la respuesta a sus propósitos, con lo que el ingreso en estos Centros lo ven como una reclusión y una pérdida de tiempo. Cabría plantearse desde las instituciones si la solución a estos “problemas” no pasaría por un replanteamiento de la legislación y la adopción de medidas según la casuística. Consecuencia de esto, muchos de

8 En estos supuestos, el *Defensor del Pueblo* denunciaba en su Informe de 2010 el incremento de expedientes de determinación de edad realizados a mujeres –africanas en la mayoría de los casos– que no alegaban ellas la minoría de edad, a pesar de las evidencias de serlo, porque se habían detectado casos en los que eran posibles víctimas de explotación sexual.

9 Una denuncia que han hecho numerosas personas, que señalan los prejuicios hacia estos menores, pero, y es lo más grave, no solo por parte de la población sino también dentro de la misma Administración. Existe otra desilusión que los menores que llegan a España sufren cuando ya forman parte de este sistema, y es la “burocracia española”; siendo menores son tutelados por el sistema, pero al cumplir 18 años quedan fuera de él.

estos MENAS abandonan los centros, algunos porque ingresar en el sistema no formaba parte de las expectativas con las que habían llegado, pero también porque han quedado al margen de las estadísticas al ser calificados de adultos por decreto de la Fiscalía y con ello se convierten en niños de la calle. La propuesta que hace Save the Children (Perazzo y Zuppiroli, 2018: 97) tiene como objeto reducir este nuevo drama, y para ello diseñar programas individualizados que tengan en cuenta las ambiciones y expectativas de estos menores.

Al baile de cifras que se da de MENAS en España, en función el organismo que las aporte, hay que añadir los que se encuentran fuera del sistema. Acogidos a la protección de organismos, en 2017 y según el Gobierno, había 6.414 menores tutelados por instituciones de las diferentes CCAA, según la Fiscalía 5.380. De estos, las CCAA con más tutelados eran Andalucía con 2.209 y Cataluña con 805 (Perazzo y Zuppiroli, 2018: 25-31). Pero decimos, tutelados, porque al margen de todos estos, están los menores que han preferido eludir el sistema de protección.

Estos menores son invisibles para las estadísticas, pero también lo son para los servicios de protección; en 2016 fueron 825 los menores que abandonaron dichos servicios y quedaron sin estar bajo la tutela de instituciones (Vargas, 2018), y lo que es más preocupante, no existen para la sociedad, como ya se ha señalado. A esta condición llegan en muchos casos por decisión propia; prefieren no darse a conocer para así poder tener una mayor movilidad, y no encontrarse sujetos a una determinada Entidad.

a) Textos legales aplicables a los MENAS

Señalar en primer lugar el art. 39.4 de la CE que indica “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

Así, la Convención de Derechos del Niño¹⁰ que recoge los principios reconocidos a todos los niños, en su art. 2 consagra el principio de no discriminación. Una interpretación coherente de esta con el art. 96 de la CE, que establece que los Tratados Internacionales válidamente firmados por España¹¹ forman parte del ordenamiento interno, nos llevaría a la conclusión evidente de que la no aplicación de la legislación española de menores, prevaleciendo sobre ella la de extranjería, supondría para los MENAS un agravio comparativo y una

10 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención BOE núm. 313/1990, de 31 de diciembre de 1990.

11 En la cita anterior se ha señalado que España ratificó este Convenio en 1990.



discriminación de estos menores. Por tanto, cuando se habla de menores no puede distinguirse entre nacionales o no nacionales, ya que los derechos reconocidos lo son para todos los menores.

La Ley de Protección Jurídica del Menor¹² señala en el art. 1 que se aplicará a “... los menores de 18 años que se encuentren en territorio español...”, en el art. 2.1 “...primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...”; y en el art. 12.4 dispone que “cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determine su edad”.

Por otra parte, la Ley de Responsabilidad Penal del Menor¹³ indica que esta se “aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos...” señalando en el apartado 2 del mismo artículo que estas personas

“...gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y el ordenamiento jurídico, particularmente en la LPJM, así como en la Convención sobre Derechos del Niño... y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados...”.

Debemos hacer mención a la existencia de textos legales¹⁴ que, circunscritos al ámbito territorial de su CCAA, regulan también los derechos de los menores.

Por último, señalar que el art. 189 del Reglamento de la Ley de Extranjería¹⁵ da como definición de MENA

12 Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996. Modificado por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29/07/2015. (En adelante LPJM).

13 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000. (En adelante LRPM).

14 Aunque todas las CCAA cuentan con legislación en materia de protección de menores, incluimos a continuación algunas de ellas: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección de Menores de Extremadura; Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón; Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Illes Balears. Además, en Cataluña la protección de estos menores tiene su reconocimiento en la Ley Catalana 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, que se adecua a los procesos migratorios en que se ve inmersa la Comunidad; es preciso señalar igualmente, el considerable compendio de leyes de naturaleza foral, decretos y normas que abordan el estatus jurídico de los MENAS.

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

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

Nos encontramos ante unos textos legales que regulan la minoría de edad y la extranjería, dos factores que determinan los derechos de que son titulares estas personas, pero que provoca situaciones de conflicto en las que, o bien debe darse preferencia a una sobre otra, o compatibilizarse ambas.

Trazada, por tanto, la definición que los textos legales dan para el Menor no Acompañado, cabe analizar si desde las Instituciones se llega al cumplimiento de estas leyes, o por el contrario se utiliza la vía más rápida, como es la presunción de mayoría de edad.¹⁶

b) ¿Cuándo se aplica la legislación de menores?

Para el reconocimiento de estos derechos no es suficiente con su observación, sino que es preciso articular mecanismos que garanticen su efectividad, a través, si fuera necesario, del análisis de las circunstancias concretas de vida del menor.

La edad es el criterio que determina la legislación a aplicar. En los procedimientos de carácter penal, la edad resulta importante y decisiva ya que la comisión de un delito por un menor o un mayor condicionará la aplicación de un régimen jurídico u otro. En el ámbito de la administración y respecto a resoluciones de expulsión y repatriación, la edad legitimará una actuación u otra. La identificación de los menores no solo es necesaria para que pueda intentarse su repatriación o expulsión, sino que también es imprescindible para que se le preste una atención adecuada.

La norma generalizada es que los MENAS entren en nuestro país sin documentación, por ello es frecuente –muy habitual– que no se conozca la edad exacta de los menores. En unos casos, por la ocultación de la documentación para dificultar tanto la determinación de la edad como la procedencia y su posible repatriación; los casos, sobre todo referidos a chicas, que son objeto de trata, ya que estas bien presentan una documentación falsa en la que se señala una edad superior a la que en realidad tienen y ello para no pasar a los programas de protección de

¹⁶ Así se ha denunciado ante el *Defensor del Menor* de Andalucía (Queja número 17/6705) en la que se señalaba la denuncia realizada por una persona en representación de dos varones sobre la escasa rigurosidad en la realización de las pruebas de determinación de la edad en un Hospital de la provincia de Málaga. (Defensor del Pueblo Andaluz, 2018: 331).



menores (Perazzo y Zuppiroli, 2018: 54). Pero en otros casos, porque en sus países de origen no existen registros con la edad. Ello provoca problemas de determinación exacta de la edad del menor inmigrante, y se traduce en una privación de derechos reconocidos a estos. Y esta, la determinación de la edad, depende directamente de la inscripción de los menores en un registro oficial.¹⁷

Sin embargo, en el caso de menores que proceden de algunos países,¹⁸ el mayor problema se plantea por el bajo nivel de inscripciones de nacimiento que existe, y con ello la inexistencia de documentos oficiales sobre la edad en sus países de origen; no solo porque no estén inscritos en los Registros, sino porque esta inscripción la realizan en algunos casos a los tres o cuatro años de vida (Fiscalía General del Estado, n.d.; Smith y Brownlees, 2011: 4; Defensoría del Pueblo, 2011b: 64).

Son muchos los textos internacionales que instan a los Estados “...a desarrollar y emprender cualesquiera acciones y políticas a la luz del interés superior del niño” y mayor protección a la vez que establecer una edad mínima “...por debajo de la cual se tiene que presumir que los niños no tienen la capacidad de infringir la ley penal”.¹⁹ Para ello la determinación de la edad debería ser segura, respetuosa con el niño, y se debería conceder el beneficio de la duda a las personas.²⁰

“Vahid (Madrid): “Había un chico de 19 pero la máquina le da 16 años. La máquina no está bien. Lo que yo le diría al Presidente es que tienen que proteger a los chicos menores, para ayudar con los papeles, el trabajo... Cuando venimos aquí, estamos aquí para ganarnos la vida. En el centro, los educadores no se portan bien.” (Perazzo y Zuppiroli, 2018: 9).

Surgido el conflicto del niño con la ley y cuando se prevé la privación de libertad como último recurso se establece que “...si no existe prueba alguna de la edad y no se puede

17 La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE, núm. 175 de 22 de julio de 2011, señala en su art. 44.2 “La inscripción (del nacimiento) hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito”. Con lo cual un documento expedido a partir de un certificado de esta inscripción de nacimiento garantiza una veracidad de los datos. Veremos más adelante que no todos los países cuentan con estos registros de nacimientos, así en algunos casos no solo se habla de falsedad documental sino que también existen casos de documentos expedidos por países que ofrecen estas garantías.

18 Son patentes las irregularidades observadas en Gambia y países del entorno, donde es posible conseguir documentos –con el abono de un bajo precio– sin ninguna formalidad; o partidas de nacimiento de una misma persona con datos contradictorios, procedentes de Laos, Nigeria.

En cualquier caso, la falta de fiabilidad de la documentación extranjera justifica que esta pueda calificarse de dudosa, no obstante, el interés superior del menor exige el máximo celo a la hora de la valoración de las pruebas (Fiscalía General del Estado, n.d.).

19 Art. 40 (3a) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

20 Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, Comentario General nº 6 sobre el Trato a los niños no acompañados y separados fuera de su país de origen, 2005, párrafo 3 (i).

*determinar que un niño se encuentra al nivel o por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal, no se deberá considerar al niño como penalmente responsable”.*²¹

En cuanto a la legislación penal de menores, según la LRPM, esta se aplicará a los mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en leyes penales especiales. Reconoce que a los menores de 14 años en cuanto que no se les exigirá responsabilidad penal, pero sí se les aplicará las normas de protección de menores previstas en la legislación civil. Y por último señalar que, con arreglo al art. 69²² del Código Penal, se establece un régimen especial para los mayores de 18 y menores de 21 imputados en la comisión de un delito, cuando se den unas condiciones necesarias²³ y el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal, el abogado del imputado y el equipo técnico así lo declaren.

Es preciso referir un texto legal que, sin ser específico en la legislación de menores, se ha de mencionar. Nos referimos a la conocida como Ley de Derechos del Paciente.²⁴ Esta Ley reconoce como principio básico la dignidad de la persona humana –sin distinguir en ningún momento sobre edad, nacionalidad...– y reconoce una serie de derechos fundamentales –autonomía, información, intimidad...– que han de garantizarse en el ámbito de la sanidad. A pesar de lo garantista de la legislación, no se respeta este derecho a los MENAS, y así ha sido denunciado desde diferentes instituciones (Fundación RAICES, 2018: 43).

21 Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Comentario General nº 10 Los derechos del Niño en la Justicia de Menores, 2007, párrafo 35.

22 “Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”.

23 Indicadas estas en el artículo 4.2 de la LRPM. “2. Serán condiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior las siguientes:

1ª Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

2ª Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal.

3ª Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe”.

24 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002.



Como medio para respetar la autonomía del paciente, señala el consentimiento libre y voluntario del afectado,²⁵ y traemos a colación esta Ley en un trabajo de menores extranjeros porque se reconoce el derecho a los menores a prestar consentimiento informado. Por tanto, a la hora de practicar las pruebas médicas que han de determinar la edad, estos menores deben prestar su consentimiento en virtud del art. 9.3.b)

“...el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene 12 años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación...”.

De igual manera lo requiere el art. 12.4 de la LPJM modificada tras una Sentencia del Tribunal Supremo²⁶ Es preceptivo que para las pruebas que hayan de realizarse al menor se exigiera previamente su consentimiento informado, afirmando el respeto a su dignidad y sin que suponga en ningún momento un riesgo para su salud.

2. ¿Qué relevancia tiene la determinación de la edad para los MENAS?

La determinación de la edad para los MENAS es el factor del que va a depender la situación jurídica del migrante. Así, si se comprueba que es mayor de edad se convertirá en un extranjero indocumentado y se procederá a su expulsión; por el contrario, si se determina su minoría de edad pasará a disposición de los servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma en que se encuentre.

Así pues, la determinación de la edad y de su calificación o no de minoría va a depender el futuro tratamiento jurídico de estos menores (Perazzo y Zuppiroli, 2018: 17).

Tanto en el art. 35 de la LOEX como en el Reglamento de aplicación de la misma se señala que, localizado el menor sin documentación o signos de falsedad de esta, tal hecho será puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, que habrá de proceder conforme a ello en el plazo más breve posible; igualmente habrá de poner tal situación en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno competente en el territorio donde este se encuentre.

25 Desde la Fundación RAICES se ha denunciado que en alguna Comunidad Autónoma (exactamente la Comunidad de Madrid) se han realizado pruebas de determinación de la edad sin que el menor haya prestado su consentimiento; en algunos supuestos les “han hecho firmar” una hoja informativa, pero en ningún caso se les ha dado información previa conforme a su edad, su lengua y su nivel de conocimiento, como es preceptivo ante un consentimiento informado (Fundación RAICES, 2018: 88). Esta misma falta de homogeneidad entre CCAA, sin indicar cómo afectaba a los menores, ha sido puesto de manifiesto por Bravo y Santos-González en su análisis sobre la necesidades y modelos de intervención con MENAS (Bravo y Santos-González, 2017: 60).

26 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014, núm. 453/2014.



En el Encuentro de Fiscales Especialistas en Menores y Extranjería (Defensor del Pueblo, 2010) concluyeron, entre otras, en que la provisionalidad de la guarda o tutela de menores extranjeros no podría prolongarse más allá del tiempo imprescindible de identificar, investigar y constatar la situación real del menor.

El Preámbulo de la CE de 1978 declara la voluntad de proteger los derechos humanos; desde entonces, el respeto por los derechos de los menores se ha convertido en una seña de identidad en nuestro sistema de convivencia. La condición de minoría de edad como situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación que nuestro ordenamiento trata de reforzar con la creación de numerosas instituciones que velan por el desarrollo integral del menor en tanto sujeto necesitado de una protección de especial intensidad.

Que el Derecho de Extranjería presenta una especial complejidad no escapa a nadie, pero es mayor cuando se refiere a MENAS ya que a la extranjería se añade la minoría de edad de estos, debiendo ponderarse una u otra –como ya señalaba la Instrucción 6/2004²⁷ de la Fiscalía General del Estado– a la hora de dar soluciones a los problemas que se pudieran plantear; en muchos de los casos el primer problema planteado a la misma determinación de la edad es la minoría o mayoría de ella.

La primera referencia a la determinación de la edad de los menores indocumentados localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado fue puesta de relieve en la primera reforma que de la LOEX era objeto mediante la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, y en ella se establecía que localizado el menor indocumentado se pondría en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondría la determinación de su edad, con la colaboración de las instituciones sanitarias y con carácter prioritario, la realización de las pruebas necesarias.

Con el propósito de evitar una posible interpretación errónea de este artículo la Fiscalía General del Estado se pronunciaba con la Instrucción²⁸ 2/2001. En ella se aclaraba que este artículo no se refería a extranjeros que hubieran cometido algún delito, sino a los que hubieran sido localizados indocumentados y no existiera seguridad sobre su posible edad; esto y a fin de evitar la posibilidad de incoarse un expediente sancionador –sin observarse las cautelas de

27 Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

28 Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LOEX.



la minoría de edad– sin respetarse las medidas previstas en la Ley española –LPJM– para cualquier menor residente en nuestro territorio, español o extranjero.

En cuanto a la referencia que hacía la Ley de “*con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias*”,²⁹ la Instrucción reconocía el amplio margen de actuación con que contaban, siempre y cuando estas fueran realizadas en instituciones sanitarias oportunas, considerando como más idóneas las pruebas radiológicas. Sí refería que dado el margen de error que podía producirse, ante la duda, se establecería la fecha inferior y se pondría a disposición de los servicios de protección de menores.

Contrasta esta decisión con las tomadas en la actualidad en las que las pruebas radiológicas están desaconsejadas (Perazzo y Zuppiroli, 2018: 78) –son pruebas muy perjudiciales para la salud– salvo que no exista otro medio para determinar la edad.³⁰

Muy polémica fue una posterior Instrucción de la Fiscalía³¹ que, sin ser expresa en cuanto a la determinación de la edad de los menores, estaba destinada a ser un control de fronteras a fin de evitar la “...*avalancha de extranjeros menores de edad indocumentados*...”³² presumiendo –en caso de duda– la mayoría de edad de los mismos.

Esta cuestionada Instrucción quedó sin efecto al pronunciarse de nuevo la Fiscalía en la Instrucción 6/2004 en la que se indicaba claramente que “...*establece con carácter general la presunción iuris tantum de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.*”

Puede constatarse que la LOEX no se pronuncia en cuanto a los instrumentos procedimentales para el establecimiento de la edad del extranjero indocumentado; establece que será el Ministerio Fiscal quien dispondrá lo necesario para esta determinación. Con un exhaustivo desarrollo del procedimiento a seguir se pronuncia la Circular 2/2006 de la Fiscalía,³³

29 Art. 35.3 de la LOEX.

30 Es sistemática la crítica que a estas pruebas realiza la doctrina legal pero también lo ha hecho el Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de Menores en sus Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de 2010 –al establecer prudencia en la realización de estas pruebas– y el *Síndic de Greuges*.

31 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.

32 Justificaba mediante esta Instrucción 3/2003 la política restrictiva a seguir por un uso fraudulento del sistema de derechos de la Unión Europea y la justificación era “*Un ejemplo evidente de lo que se acaba de exponer se refleja en el tratamiento jurídico y asistencial que, hasta la fecha, se está dando en España a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que, sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. La situación en que se encuentran estos menores determina, por regla general, la tutela automática de la Administración y, como consecuencia, la futura residencia legal en España.*”

33 Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.



insistiendo en que los Fiscales velarán por el desarrollo de las mismas: solicitando las pruebas médicas si es necesario y no existieran datos del menor en el Registro de Menores, respetando el derecho del menor a ser oído,³⁴ cuando estos posean suficiente juicio para ello. Termina con unas conclusiones–indicaciones a tener en cuenta por los Fiscales.

La circunstancia que contempla el art. 35 de la LOEX, sobre la determinación de la edad, se da por hecho que el extranjero o no tiene documentación, o esta presenta indicios de falsedad, o procede de países que no garantizan la certeza de los datos. A raíz de esto, como venimos señalando, los Fiscales pueden decidir acerca de la práctica de pruebas para la determinación de la edad.³⁵

En tal sentido se pronuncia la Fiscalía con la Consulta 1/2009³⁶ en la que expresamente recoge la capacidad del Ministerio Fiscal “...para decidir acerca de la práctica de las pruebas de determinación de la edad, aún en ausencia de consentimiento del menor...”. Esta práctica sin el consentimiento de la persona afectada supondría un atentado contra un derecho fundamental –derecho a la intimidad personal– que si bien puede ceder, puesto que no existe ningún derecho absoluto o ilimitado, ante la colisión de estos debe ponderarse cuál de ellos ha de sacrificarse.

La misma Consulta de la Fiscalía señala la doctrina del Tribunal Constitucional ante la ausencia de consentimiento del titular del derecho y a tenor de ella y aplicado el principio de proporcionalidad “...el Fiscal no puede imponer su práctica, a verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor”.³⁷

La finalidad última de la realización de las pruebas es la determinación de la edad; así el Ministerio fiscal informará al MENA de que su negativa se tomará como indicio de una

34 Derecho fundamental reconocido en la LPJM. La vulneración sistemática de este derecho por parte del Ministerio Fiscal ha sido denunciado ya que dejan a los menores en situación de indefensión. (Fundación RAICES, 2014).

35 Pese a todo esto, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas publicaba el 5 de marzo de 2018 unas observaciones donde se indicaba la preocupación, en relación con los MENAS, respecto a las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal por el art. 35 de la LOEX. Estas preocupaciones eran la autorización que porta el Fiscal para llevar a cabo los procedimientos de determinación de edad de los MENAS y la utilización de métodos de determinación de la edad incluso en supuestos en los que el MENA posea documentos identificativos. Evidentemente el Ministerio Fiscal se defendía de estas acusaciones señalando que en su actuación primaban dos principios fundamentales como eran el “interés superior del menor” y que “en caso de duda *pro minoría*”. Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado. Nota Interna núm. 2/2018. <https://www.fiscal.es/fiscal/> [5 de julio de 2018].

36 Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.

37 Consulta 1/2009 pág. 1383.



mayoría,³⁸ si a pesar de haber sido informado de esto, él insiste en su negativa, la Fiscalía tendrá en cuenta todos los datos y si estos apuntan a la minoría de edad, deberá establecerse así, aún con la negativa del menor de someterse a dichas pruebas. Por último, indicar que el Decreto³⁹ de determinación de la edad tiene efectos provisionalísimos, por tanto, si surgiera otro elemento a tener en cuenta podrá dictarse un nuevo documento por la Fiscalía.

El Fiscal necesita una solución al problema que se le presenta, y para ello recurre a otras opciones además de las pruebas biológicas, cuando ellas solas pueden dar un resultado dudoso. Es necesaria la utilización de una metodología holística, que valore estas pruebas, pero no como único elemento, sino teniendo en cuenta todas las evidencias que pueda hacerle tomar una decisión sobre la edad de esa persona.

a) *¿Se cumple la ley?*

La LPJM en el último apartado de su art. 1 señala “...salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”. Sin embargo, este apartado del artículo puede provocar una indeterminación legal a la vez que indefensión jurídica, porque ¿cómo puede tenerse en cuenta la ley nacional del menor respecto a la mayoría de edad, cuando esta considera responsable penalmente a un menor a partir de 12 años, como en el caso del Código del Menor de 2005 de Afganistán? También hay que señalar el caso de la Ley Islámica que asocia la responsabilidad penal con la pubertad, en una indefinición de edad, conocida como *sabiyy mummyyiz* que está comprendida entre los 7 y 15 años; o la Ley de Indonesia, que vincula la mayoría de edad al matrimonio, con lo que si está o ha estado casado, sea cual fuere la edad, será enjuiciado con el Código Penal adulto y no con la Ley Penal de Menores. Señala esta ley los 8 años como la edad mínima para ser presentado ante el Tribunal (Smith y Brownlees, 2011).

Si se interpreta la legislación conforme al Convenio de Derechos del Menor que consagra el principio de no discriminación, para la CE y la LPJM son menores todos los que se encuentran en territorio español y sean menores de 18 años. La mayoría de edad va asociada a un estado de madurez de la persona y pese a que en las diferentes culturas esta cambia, viendo

38 Esta ha sido una postura denunciada por diferentes Organizaciones sociales, que denuncian el incumplimiento de España del Protocolo de Protección a los MENAS. Fundación de la Abogacía, (2017). “Organizaciones sociales denuncian el incumplimiento de España de las medidas solicitadas por la ONU en el caso de siete menores extranjeros no acompañados”. www.abogacia.es/2017/06/29/organizaciones [12 de julio de 2018].

39 El Decreto de determinación de la edad del Ministerio Fiscal es el documento que de forma cautelar y provisional forma parte del conjunto de medidas protectoras para con el menor. Este puede ser revisado por el propio Ministerio Fiscal, revisado judicialmente y puede impugnarse en un proceso judicial.



este hecho reflejado en sus ordenamientos jurídicos internos, el Derecho Internacional ha puesto el límite de la mayoría de edad en los 18 años tal y como establece la Convención de Derechos del Niño de 1989. Esta interpretación de la minoría de edad es favorable para el menor, ya que en el supuesto de no indicarse la edad -18 años- esta habría sido determinada por su ley personal, con lo que la protección a los menores habría cambiado de tener una nacionalidad u otra.

Han sido numerosas las quejas presentadas tanto ante la *Defensoría del Pueblo*, como de sus homólogos de las CCAA. El Síndic de Greuges (2011: 26) denuncia –entre otros– un expediente tramitado en el que la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia justificaba la expulsión del sistema de protección de menores de un joven, pese a tener evidencias de la minoría de edad, en el hecho de que la determinación de la edad era competencia del Ministerio Fiscal, por lo que cesaban las funciones protectoras. También el Defensor del Pueblo (2010: 268), señala la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de casos detectados en una Comunidad Autónoma (en el Informe no señala cuál) que derivaba a todos los MENAS hacia una clínica privada que, tras la realización de una radiografía, fijaba una edad –alegaban siempre la mayoría de edad–; estos menores cesaban en la entidad de protección y eran denunciados por falsedad documental. Todas estas resoluciones han sido recurridas (Fundación RAICES, 2018).

Existe una gran dificultad para reconocer a los menores como tales, sin que prevalezca el hecho de ser inmigrante; así, se antepone la nacionalidad a la edad y esta es, en parte, la consecuencia de que ante la más mínima duda se intenta fijar la mayoría de edad. Tanto los especialistas forenses, en su Documento de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España (Garamendi, 2011: 22-29) como el Síndic de Greuges (2011a: 2) expresan su preocupación sobre la excesiva exposición de los menores a radiaciones ionizantes con fines únicamente periciales, sin proceder a una comprobación anterior de los datos del Registro Central de Menores Indocumentados y sin proceder a un cruce de datos tanto de los Cuerpos de Seguridad del Estado como sanitarios.

Por su parte, el *Síndic* en su Resolución sobre la determinación de la edad también recoge esta Recomendación del Grupo de expertos de forenses, pero además plantea, en relación con los numerosos expedientes de queja, que los organismos competentes realicen las pruebas médicas solo en aquellos casos en los que no haya duda por su apariencia física de tratarse de

una situación de mayoría de edad, y ante la duda de una minoría aplicaran el principio *favor minoris* (Síndic de Greuges, 2011b: 11).

La justificación de la no utilización de este criterio de evaluación está en el hecho de que estas pruebas dan un margen de error considerable, debido a factores individuales o ambientales, a los que se añaden factores raciales –que, aunque discutidos, señalan un papel acelerador o desacelerador de cambios– o factores nutricionales que pueden todos ellos dar lugar a una interpretación no ajustada a la realidad de la persona (Síndic de Greuges, 2011a: 3). Se ha señalado que el uso de dichas pruebas se ha convertido en una “*perversión*” ya que una técnica utilizada para un diagnóstico de patologías se ha invertido su aplicación para utilizarlas en un examen que afecta a la privacidad –por ello que se exija el consentimiento– (Defensoría del Pueblo, 2011b: 64).

Además, es necesario considerar si en estas actuaciones se tiene en cuenta un comportamiento ético que conlleva tomar las medidas necesarias –en parte, por la lesión, aunque leve, que pueden significar estas técnicas, pero también por el factor económico que suponen–; si esta garantiza los derechos del menor –respeto por su dignidad, su intimidad, privacidad–; si el afectado ha sido convenientemente informado para poder prestar su consentimiento –este habrá de ser en un lenguaje comprensible, adaptado a su edad y entendimiento, y sin olvidar que puede existir una diferencia en el idioma– imprescindible para la realización de cualquier prueba sanitaria. La evaluación médica ha de seguir un procedimiento basado en evidencias científicas pero debe hacerse de forma que se preserve la dignidad y seguridad de la persona afectada.

“B. es una niña de 16 años, víctima de agresiones e intento de matrimonio forzoso en su país que salió huyendo y a su llegada a España, en Barajas, fue identificada por la policía como menor de edad en situación de desamparo, solicitante de asilo y, como tal, fue derivada al sistema de protección de menores de la Comunidad de Madrid. Dos meses después, desde el centro de Primera Acogida de menores, la menor fue conducida a la Fiscalía de Menores para iniciar el procedimiento de determinación de su edad y allí fue sometida a un desnudo integral ante el médico forense para la exploración de sus genitales y a una radiografía de la muñeca y de la boca en el Hospital que, habiendo dado como resultado ser menor de edad, sin embargo ha sido convertida en mayor de edad con un Decreto de la Fiscalía, siendo por ello expulsada a la calle desde el Centro de menores que la acogía”. (Fundación RAICES, 2018).

Ahora bien, las denuncias de incumplimiento, indefensión, desprotección violación de derechos...son muchas y de muy diferentes instituciones. Así, en 2016 el *Defensor del Menor*

de Andalucía,⁴⁰ inicia actuaciones de oficio ante la llegada de una patera en la que viajaban seis menores, y de la que habían tenido conocimiento a través de los medios de comunicación. Ante situaciones semejantes, no es raro que el *Defensor del Pueblo* reclame la elaboración de un Protocolo para la primera acogida y asistencia de inmigrantes llegados en pateras. Esta Institución,⁴¹ había justificado esta solicitud en el hecho de que es inadmisibles que en 2017 pudieran presenciar, entre otros, madres con bebés en calabozos, MENAS en celdas.

Son igualmente Entidades como UNICEF quienes denuncian la desprotección de los MENAS en España. Sara Collantes, responsable de Políticas de Infancia de UNICEF,⁴² señala que, dado el aumento en la llegada de MENAS,⁴³ la cantidad y calidad de los recursos han resultado escasos, con lo que se daba la situación de encontrarse MENAS viviendo temporalmente en la calle.

Por su parte, también la gestión de las CCAA es objeto de reproche por parte del *Defensor del Pueblo*. Así, el *Síndic de Greuges* denuncia que la Fiscalía catalana viola los derechos de los menores migrantes, en concreto deja en la calle a un menor sin ninguna protección.⁴⁴ El mismo *Síndic* alerta de la saturación de los Centros de Acogida de menores y del hecho de que los recursos asistenciales de la Generalitat son insuficientes.⁴⁵

3. Reinterpretación de la legislación. Reflexiones finales

En la larga trayectoria que se puede atribuir a los MENAS, en España es en el Reglamento de la Ley Extranjería de 2011 donde se incluye por primera vez se incluye una definición, es preciso reflexionar sobre el significado de este concepto. Señalaba Verdugo Alonso (1995: 4) que “la terminología es el reflejo de los cambios en las concepciones, modos de enfocar, actitudes y entendimiento del problema”, teniendo en cuenta esta idea, habría que plantearse si esta acepción se ha vulgarizado y comienza a utilizarse en tono peyorativo. O, por el contrario, sigue representando a unos niños-adolescentes, menores, en cualquier caso;

40 *Defensor del Menor* de Andalucía. Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz 16/0371, www.defensordelmenordeandalucia.es/actuamos-de-oficio [12 de junio de 2018].

41 *Defensor del Pueblo*. Comparecencia del Defensor en la Comisión Mixta. 15/02/2018. www.defensordelpueblo.es/noticias/comparecencia-del-defensor [10 de junio de 2018].

42 “Niños, extranjeros y solos en España: cuando la desprotección se multiplica”, www.unicef.es/blog/ninos-extranjeros-y-solos-en-espana-cuando-la-desproteccion-se-multiplica [10 de junio de 2018].

43 En esta web www.unicef.es y citando como fuente la Memoria de la Fiscalía de 2017 indica la existencia de 5.380 MENAS inscritos en el Registro de Menores extranjeros no acompañados. Son cifras que difieren de las ofrecidas por el Gobierno ante el Parlamento y citadas en Fundación RAICES: 2018.

44 “El *Defensor del Pueblo* catalán afirma que la Generalitat viola los derechos de los menores migrantes” 09/01/2016, www.eldirario.es/desalambre/Defensor-Pueblo-violaciones-derechos-migrantes_0_471403152.html [10 de junio de 2018].

45 “El aumento de menores extranjeros solos colapsa el sistema de protección” 30/11/2017, www.elpais.com/caa/2017/11/30/catalunya/1512074193_158938.html [10 de junio de 2018].



nacionales de terceros Estados porque si no, no estarían amparados por los programas de protección, por tanto, son extranjeros que no tienen el acompañamiento o protección de persona adulta o Institución. Con lo cual, MENA sigue siendo un término que se adapta a la realidad.

El paso a la madurez que reconoce la mayoría de edad no es una fórmula categórica que se alcance de un día para otro, y de una vida dentro de un sistema de protección se pasa a una vida independiente sin apenas adaptación. Por ello, es necesario fijar plazos que garanticen una seguridad jurídica. Así, ni todas las personas al cruzar la frontera de los 18 años son adultos, ni a todos los que no han llegado a esa edad se les puede considerar inmaduros. Es aquí donde, tanto la doctrina como los legisladores, reconocen la capacidad del menor maduro, con fórmulas como “...después de haber escuchado su opinión...” o “...comparecencia del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de este...”. Pero el que las leyes se lo reconozcan no conlleva el cumplimiento de estas.

La legislación avanza, si bien aún queda lejos de la realidad. En materia de menores es necesario un cambio de posturas, y así se exige desde las Instituciones que trabajan con MENAS, por ello se pide plantearse que la protección –sobre todo de los menores entre 16 y 18 años– no pase solo por el internamiento en centros, sino que contemple la expectativa de una inserción en el mundo laboral, con lo que si esta se favoreciera, sus proyectos se verían alcanzados y a medio o largo plazo integrados en la sociedad.

Puede alegarse a esta propuesta que, como contestación a ello, tendríamos una “avalancha” de menores, pero no estamos de acuerdo: sería cuestión de actuar con rigurosidad y con un verdadero control de la inmigración –no expulsión indiscriminada– y que verdaderamente predominara el interés del menor. Las políticas represivas de control de flujos migratorios solo conseguirán un cambio en la manera de cruzar la frontera.

Sin embargo, actualmente y en el momento de incertidumbre económica que vivimos, pese a que comienzan a vislumbrarse actitudes de avance de posturas, no parece el mejor momento de pedir políticas en las que la plena integración de los menores extranjeros se pueda poner en funcionamiento para “cumplir expectativas de estos”. Así con la disculpa de pasar por una época de crisis no pueden seguir justificándose el incumplimiento de derechos y la dejación de obligaciones por parte de las Administraciones; es preciso seguir insistiendo en ella, con una verdadera igualdad en garantías y que verdaderamente prime el “interés superior del menor”.

Bibliografía

- Abarca Junco, P.; Alonso-Olea García, B.; Lacruz López, J. M.; Martín Dégano, I.; Vargas Gómez-Urrutia, M. (2011). *Inmigración y extranjería*. Madrid. Colex.
- Bravo, A. y Santos-González, I. (2017). Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención. *Psychosocial Intervention*, 26, 55-62.
- Defensor del Pueblo Andaluz (2018). Informe Anual 2017. <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe-anual-2017/images/pdf/iac/Informe-anual-dpa2017-web.pdf>. [10 de julio de 2018].
- Defensoría del Pueblo (2010). *Segunda Jornada de trabajo sobre determinación de la edad de los menores no acompañados*. Madrid.
- Defensoría del Pueblo (2011a). *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2010*. Departamento de Comunicación del Defensor del Pueblo. Madrid.
- Defensoría del Pueblo (2011b). *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*. Departamento de Comunicación del Defensor del Pueblo. Madrid.
- Delle Femmine, L. y Galarraga Gortázar, N. (2018). La segunda travesía de los niños valientes de las pateras. https://elpais.com/internacional/2018/02/01/actualidad/1517498963_849249.html [12 de junio de 2018].
- Durán Ruiz, F. J. (2011a). Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales. García Castaño, F. J. y Kressova, N. (Coords.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones, pp 851-863.
- Durán Ruiz, F. J. (2011b). Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros. *Trace*, 60, <http://journals.openedition.org/trace/1723> [24 de julio 2018].
- Escorial, A.; Marcos, L.; Perazzo, C. (2016). *Infancias invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*. Save the Children. España.
- Fiscalía General del Estado (n.d.). *Menores extranjeros no acompañados. Valoración de los documentos de identidad extranjeros en los expedientes de determinación de la edad*. Unidad de extranjería. Madrid.
- Fundación RAICES (2014). *Solo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*. Fundación del Consejo General de la Abogacía Española. Madrid.
- Fundación RAICES (2018). RAICES denuncia que el Supremo deja en indefensión a los menores migrantes solos. *Actualidad Abogacía* 06/02/2018, www.abogacia.es/2018/02/06/fundacion-raices-denuncia-que-el-supremo-deja-en-indefension-a-los-menores-migrantes-solos/ [12 de julio de 2018].
- Gaitán Muñoz, L. (Dirección) (2010). *La Infancia en Cifras 2009*. Ministerio de Sanidad y Política social y Universidad Complutense de Madrid. <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=10&subs=127&cod=12&page=>. [15 de junio de 2018].
- Garamendi González, P. M. *et al* (2011). Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España (2010). *Revista Española de Medicina Legal*, 37 (1), 22-29.
- García España, E. (2016). De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión. *InDret Revista para el análisis del Derecho* 3/2016. www.indret.com [12 de junio de 2018].



- Gimeno Monterde, C. (2012). Menores que migran solos e infracción en Aragón. En *Actas del II Congreso Internacional sobre Diagnóstico y Orientación "Gestión de la diversidad cultural en un mundo digital en red"* Universidad de Jaén, pp 603-630.
- Gimeno Monterde, C. (2013). Expectativas de acogida en el imaginario de los menores que migran solos. *Revista Electrónica de Investigación y Docencia (REID)* 9, 142-158.
- Goig Martínez, J. M. (2008). *Inmigración y Derechos Fundamentales. Jurisprudencia, Legislación y Políticas Migratorias en España*. Madrid. Editorial Universitat Internacional.
- Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no acompañados (2011). Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*. Vol. 37 (1), 5-6.
- Peláez Fernández, P. (2009). El impacto de la inmigración: Las soluciones de la nueva Ley de Extranjería. *Revista Universidad Abierta*. Nº 28, 49-151.
- Peláez Fernández, P. (2010). Menores inmigrantes en la frontera de la ley. *CADUP Revista Digital del Centro Asociado UNED de Tortosa*, http://www.uned.es/ca-tortosa/Biblioteca_Digital/index.htm. [12 de junio de 2018].
- Peláez Fernández, P. (2011). Menores inmigrantes. Cuestión de justicia, en I Congreso Internacional Sobre Inmigración, Derechos Humanos y Control de Fronteras. UNED 30 de Noviembre de 2011. Accesible en https://www.academia.edu/32436207/Menores_inmigrantes_Cuesti%C3%B3n_de_justicia [12 de junio de 2018].
- Perazzo Aragoneses, C y Zuppiroli, J. (2018). *Los más solos*. Save the Children. España.
- Síndic de Greuges (2011a). *El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados puede vulnerar los derechos de los menores*. El Defensor de les persones. Cataluña.
- Síndic de Greuges (2011b). *Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*. El Defensor de les persones. Cataluña.
- Smith, T. y Brownlees, L. (2011). *Las prácticas de evaluación de la edad: Una revisión de la literatura y bibliografía*. UNICEF.
- UNICEF (2009). *Ni invisibles, ni ilegales. Informe 2009*. Barcelona. Coedición UNICEF-CGAE Consejo General de la Abogacía Española-Banesto.
- Vargas, J. (2018). El número de menores migrantes en España aumenta un 60 % mientras el sistema de acogida "les condena a la exclusión". www.publico.es/sociedad/numero-menores-migrantes-espana-aumenta-60-sistema-acogida-les-condena-exclusion.html. [12 de junio de 2018].
- Verdugo Alonso, M. A. (dir.) (1995). *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*. Madrid. Siglo veintiuno de España editores. S. A.

Datos de contacto:

Palmira Peláez Fernández: ppelaez@valdepenas.uned.es

