

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN TERRITORIO ESPAÑOL

LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ

Profesora contratada interina del Área de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo

I.-INTRODUCCIÓN

Es innegable que España se ha convertido en un país receptor de inmigrantes. La problemática derivada de esta circunstancia adquiere connotaciones particulares cuando las personas que llegan a nuestro territorio son menores de edad. Se añade, a su especial vulnerabilidad por razón de edad, la de encontrarse en un territorio distinto al de origen al que, en la generalidad de los casos, llegan sin la compañía de un adulto que se responsabilice de ellos.

Las repercusiones sociales y legales que esta situación provoca han tenido una respuesta clara por parte del legislador y de la Fiscalía General del Estado que a través de las distintas normas promulgadas, en el primer caso, y de las resoluciones aprobadas, en el se-

gundo, han intentado solventar alguno de los aspectos más controvertidos de esta, en ocasiones, trágica realidad.

II. Legislación aplicable

La legislación aprobada para regular esta corriente migratoria ha sido constante con el transcurrir de los años. La primera norma básica que se debe mencionar es la Ley Orgánica 7/1.985 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de 1 de julio¹, y el Real Decreto 155/1.996, de 2 de febrero², por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la citada normativa. Su nacimiento se produce, tal y como se afirma en el propio Preámbulo de la Ley, por la ausencia en el ordenamiento jurídico español -desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1.852- de una norma que regulase de forma integral y general la materia referida a la situación de extranjería. Se preocupa por conjugar el respeto a los derechos y libertades de los extranjeros -reconociéndoles su máxima “cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas, que ciertamente sólo ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas”-, con el adecuado tratamiento de la inmigración. Por último, pretende la Ley favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española.

No obstante, y debido a la necesidad de adecuarse a la nueva realidad socio-política española, se promulgó la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero³, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴. Esta norma se desarrolla reglamentariamente a través del Real Decreto 2393/2.004, de 30 de diciembre⁵. Sin embargo, tras un breve periodo de existencia, fue reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre⁶, la cual, sin proceder a su derogación formal, sí modificó ciertos preceptos de la misma. Dos fueron, fundamentalmente, las circunstancias argüidas por el legislador para tal proceder, como se recoge en su Preámbulo; por un lado, durante la vigencia de la Ley 4/2.000, de 11 de enero, se habían producido distintas circunstancias en las que “la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma” y por otro, era necesario adecuar la legislación en esta materia a “los compromisos asumidos por España”⁷.

¹ B.O.E. 3 de julio de 1.985, nº 158.

² B.O.E. 23 de febrero de 1.996, nº 47.

³ B.O.E. 12 de enero de 2.000, nº 10.

⁴ Véase, ESPLUGES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: *Comentarios a la Ley de Extranjería: (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁵ B.O.E. 7 de enero de 2.005, nº 6.

⁶ B.O.E. 23 de diciembre de 2.000, nº 307.

⁷ Hace referencia a “...las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados

Con posterioridad, la Ley Orgánica 11/2.003, de 29 de septiembre⁸, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, aborda, como su título indica, diferentes cuestiones legales. En referencia al colectivo de extranjeros, las disposiciones de la Ley se centran en el tratamiento que ha de darse a los inmigrantes que no residan legalmente en España y a los que les sea imputable la comisión de un delito, otorgando mayor eficacia a la medida de expulsión. Por ello, se procede a la modificación de los aps. 4 y 7 de los art. 57 y 62.1 de la citada Ley Orgánica 8/2.000, de 22 de diciembre, con la intención de “mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal”.

Finalmente, la Ley Orgánica 14/2.003, de 20 de noviembre⁹, ha introducido modificaciones en diferentes preceptos de aquella Ley Orgánica 8/2.000, básicamente, en los siguientes aspectos: simplificación de los trámites administrativos que buscan favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que residen en España; el reforzamiento y la mejora de los medios e instrumentos sancionadores previstos en las normativas anteriores, para luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos, así como la incorporación de distintas disposiciones aprobadas por la Unión Europea. Recientemente, se ha promulgado la Ley 1/2.008, de 4 de diciembre¹⁰, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, en cuyo art. 4 se determina que la competencia en España, para la citada ejecución, se atribuye a los Jueces de lo Penal del lugar “donde se encuentren las propiedades o fuente de ingresos o la residencia habitual de la persona física o la sede social de la persona jurídica sobre la que recaiga la sanción pecuniaria”. Por este motivo, se hizo precisa la modificación de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que enumera las competencias de los órganos jurisdiccionales. Como consecuencia, se aprueba la Ley Orgánica 2/2.008, de 4 de diciembre¹¹, de modificación de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias la cual, a través de su artículo único, procede a la reforma de los arts. 65 y 89 de la señalada L.O. 6/1.985¹².

miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1.999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia...”.

⁸ B.O.E. 30 de septiembre de 2.003, nº 234.

⁹ De Reforma de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2.000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1.991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. B.O.E. 21 de noviembre de 2.003, nº 279.

¹⁰ B.O.E. 5 de diciembre de 2.008, nº 293.

¹¹ B.O.E. 5 de diciembre de 2.008, nº 293.

¹² Artículo único. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda modificada como sigue:

III. Análisis de las distintas resoluciones emitidas por la Fiscalía General del Estado

1. Introducción

La problemática referida a la situación jurídica del menor extranjero no acompañado que se encuentra en el territorio español ofrece ciertas particularidades. Analizaremos los diferentes aspectos derivados de la redacción del art. 35 de la ya mencionada Ley Orgánica 4/2.000, conferida por la también citada Ley Orgánica 8/2.000, cuyo contenido hace referencia, precisamente, al tratamiento jurídico que ha de otorgarse a estos sujetos durante su estancia en España.

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

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

“Uno. Se modifica el número 2º del artículo 65, que queda redactado del siguiente modo:

2º De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal».

Dos. Se añade un nuevo párrafo al final del apartado 2 del artículo 89 bis, con la siguiente redacción:

Corresponde asimismo a los Juzgados de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito por los Juzgados de Instrucción, y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias transmitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando las mismas deban cumplirse en territorio español».

Tres. Se añade un nuevo párrafo al final del apartado 3 del artículo 89 bis, con la siguiente redacción:

Corresponde asimismo a los Juzgados Centrales de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito por los Juzgados Centrales de Instrucción».

4. Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que hayan quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado”.

La Fiscalía General del Estado ha dictado diversas Circulares, Instrucciones y Consultas dedicadas a aspectos concretos de la aplicación de la normativa de extranjería desde la promulgación de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio. Nos limitaremos al análisis de las resoluciones recaídas sobre el transcrito artículo.

2. Instrucción 2/2.001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2.000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Respecto al citado precepto, la mentada Instrucción advierte que no hace referencia al supuesto de que el extranjero indocumentado sea detenido por la comisión de un delito, pues en ese caso, lo procedente será ponerlo a disposición del Juez competente, quién deberá solicitar al médico forense el oportuno informe sobre la edad del imputado. Si tras la realización de los trámites pertinentes se determina que el sujeto infractor es menor de edad, se inhibirá a favor del órgano competente que es el Ministerio Fiscal. Por lo tanto, se afirma que corresponde al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquéllos a quienes se impute la comisión de un delito siempre que existan dudas sobre la misma, con independencia de su nacionalidad.

La aplicación del primer punto del art. 35 de la dicha Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, se impone únicamente para aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen, “por diversos motivos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad”¹³. En estos supuestos, señala la Instrucción, tras la localización del presunto menor por la policía, se ha de evitar su conducción “con cierto automatismo” a un centro de internamiento de menores porque, conforme al espíritu de la Ley, esta circunstancia sólo será precisa cuando, excepcionalmente, el sujeto necesite una atención inmediata que

¹³ Instrucción 2/2.001..., p. 1.

sólo puede ser prestada en un centro de esa naturaleza¹⁴; en cualquier otro caso, la asistencia necesaria podrá ser proporcionada por los propios agentes policiales, que quedan obligados a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal de forma inmediata.

Este órgano, tras ser informado deberá, según determina la legislación, promover las actuaciones sanitarias pertinentes para determinar la edad del extranjero indocumentado. Debido a que éstas no suelen ofrecer nunca una cifra exacta, sino una horquilla entre cuyos extremos cabe situar con escasísimo error la verdadera edad del sujeto, a los efectos de determinar si éste es mayor o menor de edad se aceptará la establecida como límite inferior del citado intervalo.

A tenor de lo recogido en el apartado segundo del precepto comentado, la Instrucción afirma que si el indocumentado es menor de edad o existe la más mínima duda de que pueda serlo será puesto, sin dilación, a disposición de los servicios competentes de protección de menores, porque las medidas de protección y asistencia que la normativa estatal prevé se aplicarán *“a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”* como dispone el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁵ (en adelante Ley Orgánica 1/1.996). Cabe concluir, por tanto, que el conjunto de la legislación protectora del menor aprobada en el ordenamiento jurídico se extenderá a todos los menores de edad que se encuentren en situación de desprotección sean españoles o extranjeros.

3. Circular 3/2.001, de 21 de diciembre, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

En el citado documento se aborda la problemática derivada de la decisión sobre la expulsión o permanencia del menor en España¹⁶. En primer lugar, se destaca que la competencia en la toma de decisiones referentes al retorno del menor a su país de origen o de residencia de sus familiares o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado -art. 35 Ley de Extranjería (en adelante L.E.)-, por ser la única compe-

¹⁴ Textualmente afirma la Instrucción que en caso contrario, “...el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar a posteriori que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años...”, p. 2. En el mismo sentido, se pronuncia la Circular 3/2.001, de 21 de diciembre.

¹⁵ B.O.E. 17 de enero de 1.996, nº 15.

¹⁶ Sobre esta cuestión, vid., RUÍZ LEGAZPI, A.: “Los problemas jurídicos de la repatriación y la expulsión de los menores extranjeros”, en *Actas del 4º Congreso de la Inmigración extranjera en España*, Gerona, 2.004, pp. 36-80.

tente en materia de inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2ª Constitución Española.). Advierte la Circular que la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero por la autoridad correspondiente, supondrá también la salida de los que estén sometidos a su potestad sin que deba entenderse como un *reproche sancionatorio* hacia su conducta¹⁷.

En segundo término, se afirma que la Administración ha de intentar la repatriación, con fines de reagrupación familiar, del menor que ha sido puesto a disposición de la entidad pública competente. Sin embargo, no puede ser éste un objetivo absoluto que deba perseguirse en cualquier situación. Porque, como se recoge en el texto, “pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país”¹⁸. En estos supuestos, los organismos competentes de cada Comunidad Autónoma quedarán obligados a su protección, utilizando los mecanismos dispuestos legalmente sin que existan diferencias en su aplicación en función del origen de los sujetos¹⁹. Se procederá, por tanto, a la declaración de desamparo del menor²⁰ que supondrá la asunción, por parte de la entidad pública, de su tutela automática y la formalización de un acogimiento familiar o residencial, dependiendo de las circunstancias, sin olvidar que se considera regular la residencia de los menores tutelados por una Administración pública²¹.

4. Instrucción 3/2.003, 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 desamparo²².

¹⁷ Como se estipula en el texto (p.5) y resalta GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “Protección de menores extranjeros no acompañados: garantías legales de su repatriación”, *Revista Poder Judicial*, nº 86, 2.007, p. 91.

¹⁸ Circular 3/2.001..., p. 5.

¹⁹ FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España”, A.C. nº 19, 1.998, p. 434. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B.: *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, ed. Aranzadi, Navarra, 2.007, pp. 167-178; GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “Protección de menores extranjeros no acompañados: garantías legales de su repatriación”, ob. cit., p. 93.

²⁰ GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “Protección de menores extranjeros no acompañados: garantías legales de su repatriación”, ob. cit., p. 93; RODRÍGUEZ HOYOS, P.: “Menores extranjeros no acompañados”, en *Aspectos Jurídicos de la protección del menor*, coordinado por SÁEZ HIDALGO, I., Junta de Castilla y León, 2.001, pp. 279-285.

²¹ *Id.*, art. 35 punto 4º, de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero.

²² Dicha Instrucción fue duramente criticada por distintos organismos, incluida Amnistía Internacional; esencialmente, por no respetar los derechos fundamentales de los menores e incumplir la aplicación del principio del interés superior del menor. *Id.*, FÁBREGA RUIZ, C.: “Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho”, *La Ley* nº 1, 2.004, p. 1.692.

Esta Instrucción se manifiesta en un sentido frontalmente opuesto a las resoluciones emitidas con anterioridad por la Fiscalía General del Estado.

En el citado documento se pone de manifiesto que el tratamiento jurídico y asistencial que hasta la fecha se estaba otorgando a los menores de edad, que sin familia ni medios llegaban de forma ilegal a España, consistía en la asunción de la tutela pública sobre los citados menores por la propia Administración²³, adquiriendo, en consecuencia, la futura residencia legal en España (art. 35.4 L.E.). Esta situación estaba provocando el desbordamiento del sistema español de protección de menores, por el cada vez mayor número de menores extranjeros no acompañados que accedían a nuestro país. Entendía, por tanto, la Fiscalía General del Estado que no se podía permitir que "...la minoría de edad se convierta en la coartada legal que legitime la violación sistemática de las normas jurídicas del Estado, asegurando por sí sola, a través de una mecánica declaración de desamparo, la residencia en España de todos los extranjeros menores de edad que acceden ilegalmente a nuestro país..."²⁴.

Para superar esta realidad, en la Instrucción se propone una línea de actuación que se construye en base a dos principios: en primer lugar, se afirma que "la minoría de edad, sin el referente de una persona mayor de edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo"²⁵. Suponía esta premisa actuar en contra de lo dispuesto por la Resolución del Consejo de Europa, de 26 de junio de 1.997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países²⁶, cuando declaraba que los menores extranjeros se hallarían en esta situación cuando "lleguen a territorio nacional 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"²⁷, precepto que, a pesar de no encontrarse reproducido en la legislación vigente, se aplicaba de manera habitual en la realidad jurídica española.

No obstante, al entender de los ponentes de la Instrucción, únicamente son dos los requisitos exigidos para ingresar en el sistema de protección instaurado legalmente: ser menor de edad y encontrarse en situación de desprotección. Es esta la razón, se expone en

²³ Como afirma AGUILERA CABELLO, E.: "...los menores extranjeros no acompañados suelen venir solos, no asumiendo ningún familiar la protección de ese menor, quedando por tanto el menor en situación de desamparo al estar privado de la necesaria asistencia material y moral", "La atención psicoeducativa a menores inmigrante no acompañados. La acogida inmediata", en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, dirigido por GARCÍA GARNICA, M.C., coordinado por MORILLAS FERNÁNDEZ, M. y QUESADA PÁEZ, A., ed. Aranzadi, Navarra, 2.008, p. 214.

²⁴ Instrucción 3/2.003..., p. 3.

²⁵ Instrucción 3/2.003..., p. 3.

²⁶ D.O. de 19 de julio de 1.997, nº 221.

²⁷ Resolución del Consejo de Europa, de 26 de junio de 1.997..., p. 1.

el documento, por la que diversas normas de rango autonómico excluyen a los menores emancipados del ámbito de aplicación de sus leyes protectoras de menores de edad. En la misma línea, el propio Código civil en su art. 319, considera emancipados a los menores que viven de forma independiente, y como se afirma en la Circular, respecto a "...aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta²⁸".

En relación a la declaración de desamparo, se considera que nunca se puede producir de forma automática sino que debe fundamentarse sobre situaciones de hecho que son de difícil concreción legal, por lo que no cabe reducir su apreciación a los supuestos en que el menor de edad extranjero se encuentre en España sin el referente de una persona adulta. "De lo expuesto podemos colegir que la Administración española no está obligada a asumir la tutela automática de todo extranjero menor de 18 años de edad. Los mecanismos de protección de menores sólo habrán de ponerse en marcha una vez que se haya comprobado la presencia de una efectiva situación de desamparo, pues no resulta razonable que aquellos que son tratados como adultos en su propio país de origen, regresen a la infancia nada más traspasar los límites físicos de nuestras fronteras"²⁹.

Por otra parte, se recuerda que la legislación española de extranjería no prohíbe el retorno o devolución de los menores, (art. 60 L.E.), por lo que esta figura ha de ser aplicada "a los extranjeros menores de edad que accedan ilegalmente a nuestro país".

Entre las conclusiones más significativas del citado documento cabe mencionar:

- "Salvo prueba en contrario (art. 281.2 L.E.C.), los extranjeros mayores de dieciséis años que viven independientes de sus padres y con el consentimiento de éstos (art. 319 C.C.), tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad (art. 323 C.C.).

- En tales casos, no será procedente entender que concurre la situación jurídica de desamparo, con las consecuencias legales que ello conlleva en el régimen jurídico de la repatriación del extranjero.

- La detención de los extranjeros menores de edad que pretendan entrar en España será notificada inmediatamente, y en todo caso dentro de las veinticuatro horas, a los Fiscales de Menores (art. 17.1 L.O. 5/2.000). Los Sres. Fiscales, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que aprecien una palmaria situación de desamparo, dictaminarán a favor del retorno del menor a su punto de origen a la mayor brevedad posible (art. 60.1 LE)³⁰.

²⁸ Instrucción 3/2.003..., pp. 7-8.

²⁹ Instrucción 3/2.003..., p. 8.

³⁰ Instrucción 3/2.003..., p. 13.

Como se anotó³¹, los postulados de esta Instrucción recibieron fuertes críticas desde diversos estamentos, por lo que se consideró oportuno elaborar otro instrumento que invalidara su contenido.

5. Instrucción 6/2.004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

En el contexto descrito, se aprueba la Instrucción 6/2.004, de 26 de noviembre, que dejó sin efecto la referida Instrucción 3/2.003, en la que se determina que, en materia de extranjería, los Fiscales han de seguir las directrices contenidas en las Circulares 3/2.001, de 1 de diciembre e Instrucción 2/2.001, de 28 de junio. En este sentido, el citado texto recoge las siguientes:

- Se establecerá con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

- En tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su Ley Personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos.

- El art. 35 de la L.O. 4/2.000, de 11 de enero -en la redacción dada por la L.O. 8/2.000, de 22 de diciembre- se aplicará en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen, por motivos diversos de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad.

- Cuando determinada la edad el sujeto resulte menor, se deberá poner sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

- Se intentará la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar, no siendo éste un objetivo absoluto; se deberá compatibilizar con otros intereses, tales como la vida o la integridad física.

6. Circular 2/2.006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

Resalta este documento la importancia de que los distintos organismos intervinientes en el tratamiento del menor inmigrante no acompañado, actúen de forma coordinada. Por otro lado, dado los términos generales del Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados³², se considera aconsejable la “elaboración de Protocolos de desarrollo a nivel pro-

³¹ *Vid.*, en nota 22.

³² Redactado según acuerdo del Grupo de MNA (Menores No Acompañados) de 14 de noviembre de 2.005,

vincial, con intervención de Ministerio Fiscal, Entidades Públicas de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e Instituciones sanitarias...”³³.

Incide esta Circular sobre dos cuestiones de gran relevancia. Primeramente, la relativa a la determinación de la edad del extranjero indocumentado no acompañado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. En estos supuestos, la Fiscalía debe realizar las pruebas médicas pertinentes para su determinación. No obstante, con anterioridad a este trámite, la Circular aboga porque el Fiscal competente consulte los antecedentes que sobre ese menor pudieran existir en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados para prescindir, en su caso, de la práctica solicitada, conforme a lo dispuesto por el art. 111 del Reglamento de Extranjería (en adelante R.E.).

Igualmente, será procedente la aplicación de las pruebas de determinación de la edad si, a pesar de exhibir la documentación, ésta presenta indicios de falsedad.

Realizados los trámites anteriormente descritos, se deberá emitir resolución en forma de Decreto –cuyos efectos son provisionalísimos, hasta la determinación definitiva de su edad–, dónde se determine si esa persona es o no menor de edad y en caso afirmativo, proceder a su entrega a la entidad pública competente en la protección de menores.

En segundo lugar, y en relación al proceso de repatriación, la Circular remarca que los Fiscales deberán verificar que durante la tramitación administrativa del mismo, y según lo recogido en los arts. 35 L.E. y 92 R.E., se respeta y aplica el derecho del menor a ser oído así como la preceptiva evacuación del informe por parte del órgano competente en la protección de menores. Asimismo, se deberá comprobar que aquélla se realiza en las condiciones exigidas en el ordenamiento jurídico, es decir, que previo al proceso se han efectuado las actuaciones pertinentes para la localización de la familia del menor y si la gestión ha resultado negativa, que se ha procedido a la notificación de esta circunstancia a los servicios de protección de menores del país de origen. Por último, se exige la verificación de la inexistencia de riesgo o peligro para la integridad del menor o de sus familiares.

IV. Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados

Las distintas resoluciones emitidas por la Fiscalía General del Estado no soluciona-

del Observatorio de la Infancia dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. “El presente Protocolo desarrolla las acciones del artículo 92 del Real Decreto 2.393/2.004, de 30 de diciembre (*B.O.E.* 7 de enero de 2.005, nº 6), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. También contempla la puesta en funcionamiento del Registro de menores extranjeros no acompañados por parte de la Dirección General de la Policía (creado por la Ley Orgánica 4/2.000, y desarrollado en el Reglamento de Ejecución de la citada Ley)”.

³³ Circular 2/2.006..., p. 81.

ron los problemas que la aplicación práctica de la legislación vigente en esta materia provocaba, como tampoco fue suficiente la aprobación del anteriormente citado Protocolo³⁴. Esta circunstancia motivó que desde la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se aprobase, en el año 2.007, un nuevo Protocolo³⁵ que sustituye al del año 2.005, donde se estipula el procedimiento a seguir por los distintos organismos desde el momento en que un enor extranjero no acompañado es localizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Cuando ello ocurra dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal tal hecho. Si el extranjero se encuentra indocumentado, o la documentación que exhibe presenta indicios de falsedad y simultáneamente se duda de que el extranjero haya cumplido dieciocho años, el Cuerpo Nacional de Policía iniciará el procedimiento de determinación de la edad, que exige la comprobación de si se encuentra o no registrado en el Registro de Menores Extranjeros no acompañados así como su traslado al centro médico correspondiente para la realización de las pruebas médicas.

Si el Fiscal lo acuerda previamente, se procederá a su ingreso en el Instituto de Medicina Legal correspondiente para la valoración médico forense. De forma simultánea, se incluirá en el Registro de Menores Extranjeros no acompañados cuando no haya constancia de la inscripción de ese menor, tras la recogida de datos de identificación, impresión de cadactilar, fotografía.

Las pruebas médicas y la valoración correspondiente serán entregadas a los agentes de la Policía, quienes las trasladarán a la Fiscalía de Menores y al centro de acogida cuando se vaya a ingresar al menor. Asimismo, el Cuerpo de Seguridad que haya realizado la localización del menor y los trámites posteriores, deberá comunicar a la Fiscalía las actuaciones realizadas y entregar una copia del informe médico que determina su edad ósea.

Practicada la comunicación de este hecho a la entidad pública, queda obligada a prestar asistencia inmediata al menor, incluyendo su acogida provisional, si las circunstan-

³⁴ *Vid.*, en nota 32.

³⁵ “El presente Protocolo desarrolla las acciones del artículo 92 del Real Decreto 2.393/2.004, de 30 de diciembre (*B.O.E.* 7 de enero de 2.005, nº 6), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. También contempla la puesta en funcionamiento del Registro de menores extranjeros no acompañados por parte de la Dirección General de la Policía (creado por la Ley Orgánica 4/2.000, y desarrollado en el Reglamento de Ejecución de la citada Ley). Recoge asimismo las aportaciones y acuerdos adoptados por las entidades con responsabilidad en esta materia en el Territorio Histórico de Gipuzkoa, según lo tratado en la reunión celebrada el 12/03/2007. Este Protocolo sustituye al anteriormente existente del año 2005 e incluye los criterios establecidos en la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros (menores extranjeros no acompañados)”.

cias lo requieren. Si es necesario esperar un periodo de tiempo prolongado hasta obtener o completar el resultado de las pruebas médicas, se trasladará al extranjero a un centro de acogida hasta obtener las pruebas médicas definitivas.

Determinada la minoría de edad, el Fiscal, mediante resolución en forma de Decreto motivado, dispondrá que la persona afectada debe ser considerada menor de edad y acordará su puesta a disposición de los Servicios de Protección. El órgano público competente abrirá expediente de protección y medida de atención inmediata, dictándose declaración de desamparo y asunción automática de la tutela del menor por la entidad pública así como el centro dónde se ingresará a ese menor.

En este momento se inician los correspondientes trámites, bien para su repatriación a su país de origen o bien para la obtención de la autorización de residencia en España.

El organismo de protección deberá recabar los datos de identificación del menor, de su familia y de su país, solicitando a la Subdelegación del Gobierno que inicie los trámites para la repatriación o el reagrupamiento familiar del menor. Estos mismos datos serán comunicados a la Unidad de Extranjería de la Policía Nacional para completar su inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

A efectos de la repatriación, se iniciarán las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares del menor o, en su defecto, de los servicios de protección del país de origen responsable de menores. Si el menor ha podido ser identificado y su familia localizada, o existe un órgano encargado de la protección de menores en su país, se comunicará este hecho a la Administración General del Estado, autoridad competente en materia de extranjería, quien tras oír al menor y previo informe de la entidad pública protectora de menores correspondiente acordará, si es procedente, la repatriación del menor. De proceder, será ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía³⁶.

Por el contrario, si se acredita que el menor no ha podido ser identificado, ni localizada su familia, o en su país de origen no existe un organismo de tutela de menores, o existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares, habrá de acordarse su permanencia en España. El organismo que ostente su tutela deberá solicitar –transcurridos siete meses desde su ingreso en el servicio de protección– a la au-

³⁶ ARMENTEROS LEÓN, M.: hace constar que la utilización de la figura de la repatriación es escasamente efectiva en la actualidad. A título ilustrativo menciona la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2.006, en la que consta que “la Fiscalía del TSJ de Cantabria hace notar la absoluta ineficacia en la repatriación, señalando que ninguno de los expedientes que allí se han incoado para conseguir la vuelta del menor a su país han finalizado con éxito”, “Consideraciones sobre la situación jurídica en España de los menores extranjeros no acompañados”, *La Ley* nº 1, 2.007, p. 1.624.

toridad competente la autorización de residencia conforme al art. 35.4 de la L.O. 8/2.000 y con efectos retroactivos al momento en que fue puesto a disposición, comunicándose estas gestiones al Registro de Menores No Acompañados.

Transcurridos nueve meses desde que el menor fue puesto a disposición del servicio social competente, se le concederá la autorización de residencia según lo estipula para este supuesto el art. 35.4 de la L.O. 4/2.000 reformado por la L.O. 8/2.000. En los casos en que los menores tutelados alcancen la mayoría de edad antes de obtener el permiso de residencia y siempre que hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad para favorecer su integración social, este órgano podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

V. Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2.008

Respecto a lo anterior, parece de interés exponer alguno de los datos más relevantes elaborados por la Fiscalía de Extranjería y de Inmigración de menores relativos al año 2.008 y que aparecen recogidos en la sección correspondiente de la Memoria de la Fiscalía General.

Se hace referencia, en primer lugar, a la competencia atribuida a la citada Fiscalía de Extranjería sobre la determinación de la edad de los presuntos menores que llegan a territorio nacional sin la compañía de una persona adulta. El porcentaje de personas declaradas menores de edad mediante Decreto fue del 67,33% según se refleja en dicha Memoria, siendo notables las variaciones entre las distintas CC.AA.³⁷ españolas.

En este sentido, y para evitar posibles irregularidades, se señala en ella la trascendental importancia que adquiere el correcto funcionamiento del Registro de Menores No Acompañados, del que es responsable la Dirección General de la Policía (art. 111 R.E.), al que deben ser incorporados todos los datos establecidos reglamentariamente y que va a exigir, para su plena eficacia, una actualización continua.

Por otra parte, se recoge el incremento experimentado, respecto a años anteriores, en la localización de presuntos menores en cuya documentación constaba una edad claramente inferior a la aparentada por el sujeto. Las soluciones aplicadas han sido, o la entrega a los servicios de protección de menores o el inicio de diligencias para determinar la veracidad de esa documentación.

³⁷ Así, en las Fiscalías de Baleares y Canarias se han declarado un mayor número de mayores de edad, y en las del País Vasco o Madrid ha sido más numeroso el número de declarados menores de edad.

En relación al procedimiento de repatriación, se expone en la Memoria lo siguiente: la Fiscalía de Extranjería, de acuerdo con las disposiciones internas de la Fiscalía General del Estado, debe intervenir en los expedientes de repatriación de menores extranjeros no acompañados (MENAs) incoados por el órgano competente de la Administración del Estado pues su función específica es "...el control de la legalidad del expediente administrativo y la defensa del interés superior del menor como fundamento base de la decisión que se adopte por la autoridad gubernativa"³⁸.

En el documento se resalta que las repatriaciones han sufrido una importante paralización (111 en 2.006, 26 en 2.007 y 10 en 2.008), mencionándose como causas principales de esta reducción, en primer lugar, la nulidad de numerosos expedientes administrativos tramitados (fundamentalmente por omisión del preceptivo trámite de audiencia del menor) y, por otro lado, la inexistencia de garantías en el proceso de reagrupación familiar o de recepción del menor en el sistema de protección del país de origen. No obstante, el mayor obstáculo que imposibilita de manera cierta este proceso se debe a la ausencia de colaboración de las autoridades consulares respectivas en la comunicación de datos suficientes para intentar el reagrupamiento familiar, así como la falta de garantías del Estado correspondiente para la adecuada recepción del menor y su debida protección.

Este contexto, en el que la mayoría de las repatriaciones no se pueden llevar a cabo, ha obligado a que la Fiscalía de la Sala de Menores, en un oficio de 24 de abril de 2.008, abogue porque en estos casos se vele por la concesión de la documentación y la autorización de residencia al menor en el plazo más breve posible³⁹. La competencia para iniciar los trámites para su otorgamiento se atribuye a la entidad pública que asuma su tutela⁴⁰ y, aunque el plazo regulado en el art. 92.5 R.E. es de nueve meses, la Fiscalía reclama que únicamente opere como límite máximo, argumentando que el art. 35.4 L.E. sólo requiere para su solicitud que el órgano público competente tenga a su cargo al menor, sin que sea necesaria la constitución formal de la tutela.

Se pretende garantizar la permanencia legal de ese menor en caso de no ser posible el reagrupamiento familiar y evitar que cumpla los dieciocho años sin haber regularizado su situación en nuestro país, debido a que a partir de ese momento, y por razones obvias, no concurrirán en él los presupuestos exigidos para su concesión.

³⁸ Memoria ..., p. 736.

³⁹ Como señala ARCE JIMÉNEZ, E.: normalmente esta cuestión genera un problema de difícil solución, "Los menores extranjeros en situación de desamparo", *R.D.F.* nº 5, octubre 1.999, p. 76.

⁴⁰ El ap. 4º del art. 10 de la Ley Orgánica 1/1.996, estipula que la entidad pública que ostente la guarda o tutela sobre el menor debe promover el procedimiento para la obtención de la documentación pertinente ante la Administración Central, única competente para la concesión de los citados documentos.

VI. Derechos reconocidos a los menores extranjeros en el ámbito territorial español

Un aspecto que ha sido objeto de especial atención por el legislador, es a su vez, el referido a los derechos reconocidos a los menores extranjeros. La Ley Orgánica 1/1996, dedica, básicamente, el ap. 3º y en menor medida el 4º de su art. 10º a regular su tipología. Previamente, el art. 3º de la citada normativa reconoce a los menores -sin discriminaciones por razón de nacionalidad -los derechos recogidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente, los estipulados en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

El contenido del ap. 3º del art. 10 ha sido criticado por un sector de la doctrina al entender que en su redacción se observa cierta incoherencia⁴¹. En el citado precepto se dispone que los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. A continuación, se enuncia que la asistencia sanitaria y demás servicios públicos articulados por el ordenamiento jurídico sólo serán accesibles para los menores no nacionales cuando se hallen bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente. De la literalidad del precepto parece deducirse que únicamente serán beneficiarios de estas prestaciones los menores extranjeros tutelados o bajo guarda y custodia de la entidad pública correspondiente. La admisión de este argumento jurídico provocaría una colisión frontal con numerosos preceptos, especialmente con el art. 24 de la citada Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y con el propio art. 3 de la Ley Orgánica. 1/1.996, así como la vulneración del principio de igualdad recogido en la C.E.

La promulgación de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su reforma por la Ley Orgánica 8/2.000, de 22 de diciembre, ha modificado, de forma significativa, la redacción del artículo salvando la aparente contradicción mencionada con anterioridad.

Son diversos los derechos que esta norma reconoce a los menores extranjeros, pero interesa destacar, en este momento, los siguientes:

1. Derecho a la educación de los menores extranjeros.

Todos los extranjeros menores de 18 años, tienen el derecho y el deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas (art. 9 de la Ley Orgánica

⁴¹ Entre otros, LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, ed. Montecorvo, Madrid, 2.001, p. 50.

4/2.000, de 11 de enero, modificado por la Ley Orgánica 8/2.000, de 22 de diciembre)⁴². Como destaca cierto sector doctrinal, la creciente presencia de alumnado extranjero obliga a que en el sistema educativo español se deba realizar “un replanteamiento de la educación en clave de interculturalidad”⁴³.

2. Derecho a la asistencia sanitaria de los menores extranjeros.

Por otra parte, el art.12.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, ha resuelto la incoherencia legal comentada con anterioridad al disponer⁴⁴: “*Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*”⁴⁵.

Por último, y a modo de conclusión, sólo cabe señalar la especial protección que los distintos órganos competentes han querido deparar a los menores inmigrantes que, sin el referente de una persona adulta, llegan a nuestro territorio. Para ello se han orquestado las medidas protectoras oportunas para la consecución de este fin, aunque en su aplicación práctica no se haya podido evitar la aparición de significativos problemas de orden jurídico y social.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA CABELLO, E.: “La atención psicoeducativa a menores inmigrante no acompañados. La acogida inmediata”, en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, dirigido por GARCÍA GARNICA, M.C., coordinado por MORILLAS FERNÁNDEZ, M. y QUESADA PÁEZ, A., ed. Aranzadi, Navarra, 2.008.

⁴² El artículo 9.1º de la Ley Orgánica 4/2.000, modificado por la Ley Orgánica 8/2.000, reconoce el derecho y el deber a la educación a todos los extranjeros menores de 18 años, en las mismas condiciones que los españoles, disponiendo en su párrafos 2º y 3º lo siguiente:

2. “*En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones Públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.*”

3. *Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanzas no previstos en el apartado anteriores y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas”.*

⁴³ AHOER BIOSCA, S.: “Menores extranjeros en España. Marco jurídico general y nuevos desafíos”, en *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*. IV Jornadas sobre Derecho de los Menores coordinado por LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y CULEBRAS LLANA, I., Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2.006, p. 28.

⁴⁴ Como recoge GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “Protección de menores extranjeros no acompañados: garantías legales de su repatriación”, ob. cit., p. 94.

⁴⁵ Sobre esta cuestión, *vid.*, GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “Protección de menores extranjeros no acompañados: garantías legales de su repatriación”, ob. cit., p. 94.

AHOER BIOSCA, S.: “Menores extranjeros en España. Marco jurídico general y nuevos desafíos”, en *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*. IV Jornadas sobre Derecho de los Menores coordinado por LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.y CULEBRAS LLANA, I., Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2.006.

ARCE JIMÉNEZ, E.: “Los menores extranjeros en situación de desamparo”, *R.D.F.* nº 5, octubre 1.999.

ARMENTEROS LEÓN, M.: “Consideraciones sobre la situación jurídica en España de los menores extranjeros no acompañados”, *La Ley* nº 1, 2.007.

ESPLUGES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: *Comentarios a la Ley de Extranjería: (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

FÁBREGA RUIZ, C.: “Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho”, *La Ley* nº 1, 2.004.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B.: *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, ed. Aranzadi, Navarra, 2.007.

FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España”, *A.C.* nº 19, 1.998.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “Protección de menores extranjeros no acompañados: garantías legales de su repatriación”, *Revista Poder Judicial*, nº 86, 2.007.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, ed. Montecorvo, Madrid, 2.001.

RODRÍGUEZ HOYOS, P.: “Menores extranjeros no acompañados”, en **Aspectos Jurídicos de la protección del menor**, coordinado por SÁEZ HIDALGO, I., Junta de Castilla y León, 2.001.

RUIZ LEGAZPI, A.: “Los problemas jurídicos de la repatriación y la expulsión de los menores extranjeros”, en *Actas del 4º Congreso de la Inmigración extranjera en España*, Gerona, 2.004.