

## ESTUDIOS

### **Análisis del tratamiento jurídico previsto para los menores extranjeros en situación irregular**

MIGUEL ARMENTEROS LEÓN

*Fiscal de la Audiencia Provincial de Pontevedra*

*Adscripción Permanente de Vigo*

#### RESUMEN

Si la materia de extranjería ha adquirido una gran relevancia en los últimos tiempos, ante el aumento imparable de la inmigración en nuestro país; cuando estamos ante menores de edad, la situación se vuelve aún más compleja.

Los principios generales en materia de protección del menor, tales como el *favor minoris* y el reagrupamiento familiar, deben compatibilizarse con las normas previstas para el tratamiento jurídico de los extranjeros, tratando de aplicar un principio de tutela de la infancia de carácter universal.

Partiendo de esto, no hay duda de que las previsiones normativas relativas a los menores extranjeros que se encuentran en situación irregular, plantean diversas cuestiones controvertidas que trataremos de analizar en este estudio.

*SUMARIO: 1. Introducción.–2. Derechos de los menores extranjeros.–3. Menores extranjeros en situación de desamparo: A) Consideraciones previas: B) La repatriación del menor: C) Otorgamiento del permiso de residencia: D) Determinación de la edad de menores indocumentados: E) Menores solicitantes de asilo.–4. Menores extranjeros en quienes no concurre la situación de desamparo.–5. Menores extranjeros incurso en responsabilidad penal.–6. Algunas conclusiones.–7. Bibliografía.*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

---

Es indudable que el fenómeno de la inmigración ha alcanzado una gran trascendencia en nuestro país en los últimos tiempos. Esto ha provocado no pocos problemas en la práctica cuando se trata de extranjeros que acceden de forma ilegal al territorio español. En estos momentos, la situación es realmente complicada y las instituciones implicadas se ven desbordadas por la gran cantidad de extranjeros que acceden y las imposibilidades materiales y personales de atenderles.

Si la situación, en todo caso, exige respuestas y soluciones concretas, más complicada y delicada resulta cuando los extranjeros son menores de edad.

Para abordar el estudio de este tema, habrá que determinar, en primer lugar, cuándo un extranjero es menor de edad.

El artículo 9.1 del Código Civil establece que la capacidad de las personas físicas estará regida por la ley personal; señalando que la misma se corresponde con la que determine la nacionalidad del sujeto; además, se añade, que el cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida conforme a la ley personal anterior.

El artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor<sup>1</sup> (en adelante LPJM), establece su ámbito de aplicación, señalando que se extiende a los menores de 18 años que se encuentran en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado antes la mayoría de edad.

Es por ello que, en principio, toda persona que no haya cumplido los 18 años y se encuentre en territorio español, es menor de edad, sea cual sea su nacionalidad; ello salvo que se pueda probar que la ley personal que le es aplicable propicia que alcance con anterioridad la capacidad plena que representa la situación de mayoría de edad.

En todo caso, la minoría de edad se presume en el menor de 18 años; se trata de una presunción *iuris tantum* que se puede destruir en el momento en el que se demuestre que la ley personal del sujeto, esto es, la que viene determinada por su nacionalidad, le atribuye antes la mayoría de edad.

Por lo tanto, de acuerdo con lo dicho hasta ahora, queda claro que la legislación en materia de protección de menores, se aplicará a toda persona menor de edad que esté en territorio español.

El tratamiento jurídico de los extranjeros menores de edad es, lógicamente, muy distinto según se trate de sujetos que se encuentran en situación de desamparo o que no lo estén; al igual que hay diferencias en el caso de que se trate de menores que hayan cometido o no una infracción penal.

En lo que se refiere el concepto de extranjero; tradicionalmente se ha venido definiendo al mismo de forma negativa, por oposición al concepto de nacional español.

Según esta postura, sería extranjera toda persona que no posea la nacionalidad española.

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, «BOE» núm. 15, de 17 de enero.

De esta definición parte el apartado 1.º, del artículo 1.º, de la Ley Orgánica 4/2000, relativa a los derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>2</sup> (en adelante LOE), que establece que «se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.»

Sin embargo, a continuación, los apartados 2.º y 3.º de este mismo artículo añaden:

«Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.

Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.»<sup>3</sup>

La creación de la llamada ciudadanía de la Unión Europea, que tuvo lugar con el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, replantea el concepto tradicional de extranjero y obliga a distinguir entre nacionales españoles o de otros países comunitarios y los pertenecientes a terceros países que no forman parte de la esfera de la Unión Europea.

Gloria Esteban de la Rosa<sup>4</sup>, señala la conveniencia de distinguir entre el concepto de niño inmigrante y joven inmigrante, según la edad del menor, entendiéndose que se requieren modalidades y recursos de acción por parte de las autoridades competentes diferentes para unos y otros.

---

## 2. DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS

---

Como ya hemos visto, la LPJM no distingue, en cuanto a su ámbito de aplicación, entre menores nacionales y extranjeros; es por ello que, con carácter general, los derechos de los menores son los mismos para todos, sin depender de su nacionalidad.

Los derechos fundamentales de los menores vienen consagrados en los Tratados Internacionales ratificados por España, fundamentalmente en la Convención de la ONU de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (en adelante CDN)<sup>5</sup>, y, en el ámbito interno, en la LPJM.

---

<sup>2</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («BOE» de 12 de enero), rectificada por Corrección de errores («BOE» de 24 de enero).

Las referencias realizadas por la Ley al término «permiso», han sido sustituidas por el de «autorización», conforme establece la disposición adicional única de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal («BOE» de 21 de noviembre).

<sup>3</sup> Ver el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo («BOE» de 22 de febrero).

<sup>4</sup> «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas.» *Diario La Ley*, de 7 de febrero de 2003.

<sup>5</sup> Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño; adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

Podemos clasificar estos derechos en dos grupos: los generales de todo menor y los particulares de los extranjeros.

a) Derechos propios de todo menor.

Se trata de un auténtico catálogo de derechos que tiene todo menor, y por lo tanto, también los que tienen la consideración de extranjeros.

Éstos son fundamentalmente los siguientes:

Derecho a la vida (art. 6 de la CDN).

Derecho a un nombre y a una nacionalidad (arts. 7 y 8 de la CDN).

Derecho a no separarse de sus padres, salvo las excepciones legalmente previstas (art. 9 CDN).

Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4 de la LPJM y 16 de la CDN).

Derecho a recibir una información adecuada y veraz (art. 5 de la LPJM y 17 de la CDN).

Derecho a la libertad de ideología, creencias y religión (art. 6 de la LPJM y 14 de la CDN).

Derecho de participación, asociación y reunión (art. 7 de la LPJM y 15 de la CDN).

Derecho a la libertad de expresión (art. 8 de la LPJM y 13 de la CDN).

Derecho a ser oído para adoptar aquellas decisiones que le puedan afectar (art. 9 de al LPJM y 12 de la CDN).

b) Derechos de los menores extranjeros:

En el caso de los extranjeros, se exige un esfuerzo mayor por las instituciones y administraciones competentes para hacer efectivos los derechos antes mencionados ya que, como señala Gloria Esteban de la Rosa<sup>6</sup>, la extranjería del menor puede hacer que no sea suficiente el reconocimiento de los derechos, sino que sea preciso articular mecanismos que garanticen su efectividad; sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de integración de los mismos.

Esto supone que todo menor extranjero que se encuentre en España tiene derecho a que se le reconozca por su nombre, edad, nacionalidad, origen y cultura.

En el caso de los menores que llegan a nuestro país sin ningún tipo de documentación, los poderes públicos españoles deberán identificarlos y documentarlos, realizando para ello las investigaciones y gestiones que sean necesarias.

A largo de la LOE se establecen concretos derechos que se reconocen a estos menores. Así tenemos:

Artículo 9.1: «Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.»

---

<sup>6</sup> «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas». *Diario La Ley*, de 7 de febrero de 2003.

Obviamente, este derecho sólo es aplicable a los extranjeros que estén en situación regular, pero hay que tener en cuenta, como veremos más adelante, que los menores tutelados por las entidades públicas competentes en materia de protección de menores, están en España en situación regular.

Artículo 12.3: «Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.»

Lógicamente, todo menor, esté o no en situación regular, debe recibir los cuidados sanitarios y médicos de carácter urgente que precise.

En lo que se refiere al empleo, el artículo 39 se refiere al contingente de trabajadores extranjeros, haciendo referencia a que se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo; sin embargo, en la letra *j*) del artículo 40, se establece que «no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a: los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen».

Además de ello, el artículo 41 contiene excepciones a la necesidad de autorización de trabajo, estableciendo en su letra *k*) a «los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social».

El artículo 57 se refiere a la expulsión de los extranjeros y señala, en su n.º 6, que «tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.»

Estas situaciones, a las que se refiere este precepto, son:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los que tengan reconocida la residencia permanente.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

El artículo 62, referente al ingreso en centros de internamiento de extranjeros, establece: «los menores en los que concurren los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también

lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar».

En congruencia con ello, el artículo 62 bis.i), establece, dentro de los derechos de los extranjeros internados, el de tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

---

### 3. MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

#### A) CONSIDERACIONES PREVIAS

---

De forma paralela al fenómeno del aumento de la inmigración irregular de adultos, aumenta también el relativo a los menores de edad que llegan a España desde otros países buscando mejorar sus expectativas de vida ante la situación de enorme pobreza y de conflictos en sus lugares de origen, tratando de encontrar en nuestro país sustento y recursos económicos, para sí y para su familia.

Muchos de estos menores llegan a España totalmente solos, sin estar acompañados por ningún adulto; es por ello que es claro que concurren en los mismos los requisitos para que se les pueda considerar en situación de desamparo.

A nivel estatal, la definición legal de desamparo la encontramos en el artículo 172.1, párrafo 2.º del Código Civil, que establece: «Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.»

Esta definición legal, como señala la Instrucción 3/2003<sup>7</sup> de la Fiscalía General del Estado, hace depender el desamparo de la presencia de dos presupuestos encadenados: uno de carácter subjetivo, representado por la falta de asistencia moral o material que sufre el menor de edad, y otro objetivo, el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, que provoca el estado carencial afectivo o material en el menor de edad.

En la legislación autonómica se recogen algunas definiciones descriptivas o enumerativas de lo que debe entenderse por desamparo; por ejemplo, en Galicia, el Decreto 42/2000, de 7 de enero, que refunde la normativa gallega sobre protección de menores<sup>8</sup>, establece en su artículo 33.2 una enumeración de situaciones que se consideran como de desamparo. Éstas son:

- a) El abandono del menor.

---

<sup>7</sup> Instrucción 3/2003, de 23 de octubre de 2003. Se puede consultar en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es) y en la Memoria de la FGE del año 2003.

<sup>8</sup> Este Decreto refunde básicamente las siguientes normas: Ley 3/1997, de 9 junio, de la familia, la infancia y la adolescencia; Decreto 202/1997, sobre el Observatorio Gallego de Familia; Decreto 279/1997, sobre los gabinetes de orientación familiar; Decreto 172/1998, sobre régimen sancionador y Decreto 169/1999, sobre protección de menores y adopción.

b) La existencia de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales por las personas encargadas de la guarda del menor.

c) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución.

d) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o tolerancia de los encargados de su guarda.

e) El trastorno mental grave de sus guardadores que les impida ejercer correctamente el cuidado del menor.

f) La convivencia en un medio sociofamiliar que perjudique gravemente el desarrollo del menor.

g) La falta de personas que ejerzan la guarda sobre el menor o la imposibilidad en su ejercicio.

h) Cualquier otra situación de desprotección que provoque que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material.

Vemos que resulta imposible establecer una lista cerrada de situaciones que van a suponer el desamparo del menor; el sistema será siempre de *numerus apertus*, y lo fundamental será que la situación le prive al menor de la necesaria asistencia material y moral.

Como el artículo 1 de la LPJM, como hemos visto antes, establece que la misma va a ser de aplicación a todo menor de edad que se encuentre en territorio español, entonces no se plantea duda de que estos menores extranjeros en situación de desamparo, deben ser protegidos inmediatamente por las instituciones competentes.

La materia de protección de menores es competencia, en lo que se refiere a la aplicación de las instituciones concretas de protección (tutela, guarda y acogimiento), de las Comunidades Autónomas; por ello, en estos casos, la entidad autonómica competente deberá otorgar al menor la atención inmediata que éste requiera.

Ello no quiere decir que, necesariamente y automáticamente, deba declararse el desamparo, sino que deberán llevarse a cabo las gestiones pertinentes en torno a la averiguación y comprobación de la situación del menor: su edad exacta, su origen, si tiene más familia en España, ubicación de la misma....

Una vez realizadas estas averiguaciones, si es pertinente, se procederá a incoar el oportuno procedimiento administrativo para la declaración de desamparo, que se regirá según las normas propias de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Ahora bien, hay que decir, de todos modos, que no siempre es fácil determinar la situación de desamparo de un menor de edad extranjero; prueba de ello ha sido la existencia de dos Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, en apenas un año, sobre esta materia: la 3/2003, «acerca de 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» y la 6/2004 «sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.»

Esta última, ha dejado sin efecto expresamente la anterior.

La Instrucción 3/2003<sup>9</sup> planteaba el problema en términos de desbordamiento de los servicios de protección de menores españoles ante el fenómeno descontrolado de la inmigración ilegal, señalando que éstos podrían perder la finalidad asistencial que les es propia en caso de seguir con la tendencia de aumento vertiginoso en los casos de llegada a nuestro país de menores extranjeros.

Ante esta situación, esta Instrucción plantea la necesidad de replantearse los supuestos de desamparo de estos menores exigiéndose una comprobación mayor y partiendo de dos ideas esenciales:

a) La minoría de edad, sin el referente de una persona mayor de edad, no debe asegurarse por sí sola una declaración de desamparo.

b) La figura del retorno o devolución puede ser aplicada a los extranjeros menores de edad que acceden ilegalmente a nuestro país.

Partiendo de esto, se concluye que los extranjeros emancipados, por vivir independientemente con el consentimiento de sus padres, no están en situación de desamparo con las consecuencias legales que ello conlleva.

Asimismo, se establece que, salvo en supuestos excepcionales de palmaria situación de desamparo, el fiscal dictaminará a favor del retorno del menor al punto de origen, en casos en que se pretenda entrar ilegalmente en España, solicitándose autorización al Juez de Menores para el internamiento en un centro de menores, en caso de que el retorno no se pueda efectuar en un plazo de 48 horas.

Esta Instrucción generó críticas desde diversos sectores, entendiéndose que atendía demasiado a fenómenos de política de inmigración sin tener en cuenta, como idea rectora, el interés superior del menor<sup>10</sup>.

La Instrucción 6/2004 señala que la anterior, la 3/2003, ha generado vacilaciones y dudas y, en ocasiones, interpretaciones que no se cohonestan con el principio general de prevalencia del interés superior del menor. Además, se establece que dicha Instrucción es contradictoria, en su contenido, con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia, provocando disfunciones y problemas en cuanto a la definición del tratamiento jurídico aplicable a estos menores.

Por ello, se deja expresamente sin efecto la anterior Instrucción.

Las conclusiones que se establecen ahora, parten de la presunción *iuris tantum* de minoría de edad en todo extranjero menor de 18 años y que, salvo que se pueda acreditar fehacientemente la emancipación conforme a su ley personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos.

El propio ACNUR ha manifestado su satisfacción respecto de la derogación de la Instrucción 3/2003 de la FGE<sup>11</sup>.

En definitiva, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el menor extranjero que se encuentre en situación de desamparo, será tutelado por el organismo compe-

---

<sup>9</sup> Instrucción de 26 de noviembre. Se puede consultar en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es) y en la *Memoria de la FGE* del año 2004.

<sup>10</sup> Por ejemplo, el sindicato UGT criticó abiertamente el contenido de la Instrucción 3/2003, entendiéndolo que emplea argumentos jurídicos forzados para dar solución a la masificación de la llegada de menores extranjeros. Ver: [www.ugt.es/inmigración/fiscaliamenores.pdf](http://www.ugt.es/inmigración/fiscaliamenores.pdf)

<sup>11</sup> Conferencia regional sobre *Las Migraciones de los menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor*. Torremolinos. 27-28 de octubre de 2005.



tente de la Comunidad Autónoma y, a partir de ese momento, su estancia y situación pasa a ser regular a todos los efectos. Así lo establece el artículo 35.4<sup>12</sup> de la LOE.

Tenemos pues, ya una situación en la que el menor está regularizado, encontrándose tutelado por la Administración; pero esto no significa que el menor haya de permanecer necesariamente en España. A un menor extranjero que se encuentre en situación de desamparo en ningún caso se le puede expulsar, pero lo que sí se puede es repatriarlo.

Gloria Esteban de la Rosa<sup>13</sup>, entiende criticable la utilización de la tutela administrativa como medida de aplicación para suplir la falta de otra, a través de la que pueda darse una solución más adecuada a la situación de estos menores.

---

## B) LA REPATRIACIÓN DEL MENOR

---

La repatriación del menor ya no es competencia de la Comunidad Autónoma, sino que es la Administración Central la que tiene que adoptar la decisión.

En principio, debería intentarse siempre la repatriación. El menor debe estar con su familia y lo lógico es que, habiendo entrado en España de forma ilegal, y no teniendo ningún tipo de arraigo ni vínculo en nuestro país, el mismo deba criarse en su país de origen.

Ahora bien, la repatriación no es el objetivo único que debe buscarse; a lo que debe tenderse siempre es a proteger al menor y, por ello, habrá que valorar cada caso concreto teniendo en cuenta el principio, tantas veces repetido en esta materia, del interés superior del menor (art. 3 de la CDN, punto 8.14 de la Carta Europea de los derechos del niño-Resolución A3-0172/1992-, art 11.2.a) de la LPJM, SSTC 142/2002, 221/2002 o del TS: 415/2000 o 548/1998).

Para que se decida la repatriación del menor, habrá que haberse asegurado antes de que el mismo va a ser debidamente atendido en su país de origen, ya sea por su familia o por los servicios de protección de menores que allí existan.

La valoración de si debe o no repatriarse al menor no debe ser reducida a comparar la calidad de vida en nuestro país con la que tendría en aquél del que proviene, ya que no es requisito, para no proceder a la repatriación, que el menor esté en peor situación con su familia y en su país que en España, ya que de lo que se trata es de garantizar unos mínimos, siendo lógico que el menor, si proviene de un ambiente humilde, se forme y se críe en el mismo, siempre que, insisto, se cumplan los mínimos de adecuado cuidado y manutención del menor.

La Fiscalía General del Estado, en su Instrucción 6/2004, señala que la repatriación no es un objetivo absoluto que deba perseguirse a toda costa, sino que deben tenerse en cuenta también otros intereses como la vida, la integridad física y psíquica

---

<sup>12</sup> Dice el artículo 35.4 de la LOE: «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 haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.»

<sup>13</sup> «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas». *Diario La Ley*, de 7 de febrero de 2003.

o 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 la permanencia del mismo en nuestro país.

Las decisiones que se acuerden sobre la repatriación del menor se pueden recurrir por los trámites pertinentes del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La mencionada Instrucción 6/2004 de la FGE, señala que no debe dudarse de la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones con apoyo en los artículos 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 8.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>14</sup>.

La tramitación del procedimiento de repatriación la podemos sistematizar de la siguiente manera:

1) Comunicación por parte de los servicios de protección de menores a la Delegación o Subdelegación del Gobierno, en la Comunidad Autónoma o provincia correspondiente, de la existencia de un menor extranjero que se encuentra en situación de desamparo.

2) Incoación del expediente de repatriación.

La misma se realizará por la Administración Central, a través de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, ya sea de oficio o bien a instancia de los servicios de protección de menores.

3) Audiencia del menor.

La normativa no especifica la edad a partir de la cual el menor debe ser oído imperativamente en el procedimiento, pero una interpretación sistemática de las normas aplicables en materia de menores, supone concluir que todo menor que haya cumplido los doce años, debe ser necesariamente oído, al igual que si, no habiendo cumplido dicha edad, tenga madurez suficiente para pronunciarse.

4) Investigación de la situación del menor.

Se trata de determinar cuál era y cuál podría ser en el futuro la situación del menor en su país de origen. Para ello, habrá que valorar todas las circunstancias socio-familiares que se puedan averiguar. Para esta labor de indagación, los servicios de protección de menores deberán facilitar a la Administración Central todos los datos que tengan del menor, y ésta encomendará a la Comisaría General de Extranjería y

---

<sup>14</sup> El artículo 3.7 del Estatuto del M. F establece:

Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal...

7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación

El artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 establece:

1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél.

En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.

Documentación la realización de cuantas gestiones sean pertinentes para la averiguación de datos sobre el menor, lo cual se verificará ante las embajadas y consulados correspondientes.

En caso de que no existiera representación diplomática en España del país de origen del menor, las gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

5) Informe de los servicios de protección de menores.

La decisión acerca de la repatriación o no del menor es de la Administración Central, pero es necesario que informe sobre ello la entidad pública competente en materia de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Respecto al valor de este informe, es claro que el mismo es preceptivo, pero no vinculante.

6) Decisión sobre la procedencia o no de la repatriación.

Esta decisión debe ser adoptada por la Administración Central, a través de la Delegación o Subdelegación del Gobierno; pudiendo ser en sentido positivo: ordenar la repatriación, o en sentido negativo: denegarla.

En todo caso, los requisitos indispensables para que se acuerde la repatriación son, que se garantice que el menor va a ser puesto a disposición de su familia o bien de los servicios de protección de menores de su país de origen y que, en todo caso, esta medida no va a suponer poner en peligro la integridad física o psíquica del menor.

La repatriación será ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía correspondientes (en la práctica serán los adscritos al correspondiente grupo de extranjería), entregando al menor a las autoridades fronterizas del país correspondiente.

Esta previsión de entrega a las autoridades fronterizas ha sido criticada desde diversos sectores por entender que no es la más adecuada para garantizar que la repatriación se lleve a cabo de una manera realmente adecuada, entregando al menor a su familia o a la entidad de protección competente.

Todo este procedimiento se llevará a cabo a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país de origen o bien, si ello no fuera posible, será nuestro Estado el que sufrague los costes de repatriación.

Ya hemos dicho antes que la decisión que se adopte en este procedimiento es recurrible en vía administrativa y contencioso-administrativa, teniendo legitimación el Ministerio Fiscal para interponer el correspondiente recurso. A este último es imperativo que se le notifiquen todas las decisiones que se adopten a lo largo de este procedimiento y, por supuesto, la última, acerca de la repatriación o permanencia del menor en nuestro país.

Además del fiscal, también están legitimados para recurrir la decisión que se adopte, el propio menor, la entidad pública que le tutela ejerciendo la representación de sus intereses y las asociaciones de inmigrantes o de protección de los menores.

Hoy en día, algunos autores tienden a distinguir entre el concepto de repatriación y el de reagrupamiento, entendiéndose que el primero se refiere a los casos en los que el menor es devuelto a su país sin haber localizado a sus familiares (poniéndolo por lo tanto a disposición de los servicios de protección de menores competentes), mientras que el reagrupamiento, se producirá en aquellos casos en que efectivamente el menor es devuelto a su país una vez localizada su familia, para que vuelva con la misma.

Este procedimiento debe cumplirse de forma escrupulosa, conjugando los dos principios esenciales que lo inspiran: el del interés superior del menor y el de reagrupación familiar. No debe caerse en el error de valorar otros elementos externos para tomar una decisión, como puede ser el aumento del fenómeno de la inmigración y la sobreocupación de los centros de menores.

Es muy importante aquí la labor del Ministerio Fiscal que, como defensor de los derechos de los menores, deberá oponerse y ejercitar las acciones pertinentes cuando considere que no se están cumpliendo todas las garantías exigidas.

Desde diversas asociaciones y entidades se han presentado quejas y denuncias ante el Defensor del Pueblo, respecto a presuntos incumplimientos en este procedimiento, alegándose, entre otras consideraciones, el prescindir del trámite de audiencia al menor que viene impuesto por la normativa específica en la materia (art. 92.4 del Reglamento de Extranjería, de 30 de diciembre de 2004 –en adelante RE) y por la genérica en materia de protección de menores. (art. 9 de la LPJM).

En relación directa con el problema planteado, la Fiscalía de Sevilla, en el año 2001, detectó una patología en el procedimiento legalmente establecido ya que, en la práctica, mediante la simple solicitud de la Delegación Provincial de Asuntos Sociales, el Subdelegado del Gobierno acordaba la repatriación del menor extranjero, sin más comprobación que la aportación de un certificado expedido por el Consulado de Marruecos en Algeciras, donde, tras una simple entrevista con el menor, adverbaba sus datos personales y familiares sin mayor comprobación de veracidad y si realmente se cumplían las garantías establecidas en nuestra normativa para acordar la repatriación.

Esta situación, una vez constatada, fue solucionada por las advertencias e intervención expresa de la mencionada Fiscalía<sup>15</sup>.

---

### C) OTORGAMIENTO DEL PERMISO DE RESIDENCIA

---

El artículo 35 de la LOE establece, en su apartado 4.º, que desde el mismo momento en que quede acreditada la imposibilidad de que el menor sea repatriado deberá otorgársele un permiso de residencia. La obtención del mismo debe ser promovida por el órgano encargado de la tutela del menor y sus efectos se retrotraerán al momento en que el mismo haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

El problema que se plantea con esta norma es que no fija un límite de permanencia del menor en territorio español a partir del cual deba otorgársele necesariamente el permiso de residencia; de modo que podría prolongarse indefinidamente la situación del menor careciendo del mismo, hasta que la Administración Central decida que ya es imposible proceder a su repatriación.

Esto ha sido solucionado por el R.E, que fija un plazo límite, al cumplir el cual, es imperativo el otorgamiento del permiso de residencia al menor extranjero. Este plazo está fijado en 9 meses por el artículo 92.5 del mencionado Reglamento.

---

<sup>15</sup> Ver Memoria elevada al Gobierno de S.M, presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN. Madrid. 2004. Edita: Ministerio de Justicia; Secretaría General Técnica.

Respecto de esta previsión, nos podemos preguntar a partir de qué momento debe computarse ese plazo.

Se podrían defender diversas posturas: que debe partirse de la declaración de desamparo, de la entrada en España del menor, del momento en que el mismo es puesto a disposición de los servicios de protección de menores...

En nuestra opinión, lo más adecuado es tomar como referencia el momento en que el menor es puesto a disposición de los servicios de protección de menores, el cual normalmente va a ser un momento previo al de la declaración formal del desamparo, y ello por dos razones:

a) El propio artículo 35 de la LOE dice que los efectos de la obtención del permiso de residencia se van a retrotraer al momento en que el menor es puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

b) Éste es el criterio más beneficioso para el menor, y por lo tanto el más acorde con el principio del *favor minoris* que debe inspirar toda actuación e interpretación en esta materia.

Siendo inoperante utilizar el criterio de su llegada a España, por ignorarse el momento exacto, salvo que sea encontrado en la misma frontera; lo lógico es no retrasar el cómputo del plazo hasta la declaración formal de desamparo, ya que, en realidad, el desamparo ya existe, se trata de una situación de hecho que recibe un reconocimiento formal con su declaración administrativa, pero evidentemente ya existía con anterioridad.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 172 del Código Civil habla de que el ente público asumirá la tutela de los menores automáticamente desde el mismo momento en que se constata su situación de desamparo, sin exigirse aquí una declaración formal del mismo.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el permiso de residencia no se obtiene de forma inmediata, sino que los trámites administrativos que hay que realizar llevan su tiempo (en torno a 2 o 3 meses), por ello hay que anticiparse, y así se viene haciendo en la práctica, y solicitar el permiso de residencia cuando el menor lleve ya, a disposición de los servicios de menores, 6 o 7 meses para que así, al cumplirse los 9, pueda obtenerlo inmediatamente.

Desde luego, el otorgamiento del permiso de residencia a un menor tutelado por la Administración, una vez transcurrido el plazo establecido en el Reglamento, es totalmente imperativo para la Administración Central.

Así lo podemos ver, por ejemplo, en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (La Ley JURIS 1392232/2003), de 28 de febrero de 2003<sup>16</sup>, en un caso en el que la Subdelegación del Gobierno de Bizkaia denegó la concesión del permiso de residencia a un menor tutelado, alegando la presunta participación del mismo en actividades delictivas. El mencionado tribunal señala que, en caso de darse los requisitos previstos en el artículo 35 de la LOE y 92 del RE, la concesión del permiso de residencia al menor es imperativa.

---

<sup>16</sup> Sentencia dictada por la Sección 3ª, en el recurso 1499/2002; núm. de Sentencia 224/2003, Ponente: Margarita DÍAZ PEREZ.

Un problema que se plantea en muchas Comunidades Autónomas, se produce en ese intervalo de tiempo que va desde que el menor es puesto a disposición de los servicios de menores hasta que transcurre el mencionado plazo de 9 meses.

Durante ese tiempo, es cierto que la situación del menor será regular si es tutelado por la Administración, pero al carecer de permiso de residencia, se plantean múltiples problemas administrativos y burocráticos para poder inscribir a estos menores en actividades de tipo formativo, educativo, cultural, de aprendizaje profesional...

El artículo 92.5 del RE dispone, al final de su primer párrafo, que el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio.

Esta previsión normativa, sin embargo, requiere de un esfuerzo para su desarrollo y aplicación efectiva por la Administración competente.

En la práctica se viene trabajando en buscar soluciones a cada caso concreto dentro de las posibilidades de cada servicio de menores y de cada centro de protección.

Para solucionar estos problemas, desde un punto de vista normativo, no parece que habría inconveniente en prever la entrega inmediata del permiso de residencia al menor desde que es tutelado, teniendo en cuenta que, a partir de ese momento, su estancia y situación en España será regular.

Esta solución no significaría la imposibilidad de repatriación del menor aún con permiso de residencia, pues el hecho de que el menor posea el permiso no es obstáculo para su repatriación, incluso ya transcurridos los 9 meses establecidos, siempre obviamente que ello sea conveniente para los intereses del menor (artículo 92.5 del RE).

En este punto destacar, que anteriormente se venía entendiendo que el plazo de 9 meses operaba como límite máximo para decidir sobre la repatriación del menor. Así lo concluía la Circular 3/2001 de la FGE, relativa a la actuación en materia de extranjería, que señalaba que el fiscal debe velar en todo caso porque no se sobrepase el plazo máximo de 9 meses en el que se debe resolver y decidir la repatriación.

Esto contradice, a nuestro juicio, la dicción literal del vigente artículo 92.5 del RE, que establece que «el hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo.»

Es por ello que entendemos que actualmente debe interpretarse lo previsto en la mencionada Circular en el sentido de exigir al Ministerio Público una especial diligencia en tratar de agilizar el procedimiento de repatriación, teniendo en cuenta el interés superior del menor, pero sin exigirse necesariamente su resolución en un plazo máximo de 9 meses.

Por otra parte, Gloria Esteban de la Rosa<sup>17</sup>, señala que las previsiones del artículo 92 del RE no significan que necesariamente una vez transcurridos los 9 meses citados, la Administración ha de asumir necesariamente la tutela legal del menor sino sólo que al mismo se le concede un permiso de residencia. Parte esta autora, por lo

---

<sup>17</sup> «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas». *Diario La Ley*, de 7 de febrero de 2003.

tanto, de la no necesidad de haberse declarado el desamparo para el otorgamiento de un permiso de residencia; sin embargo, teniendo en cuenta que la tutela del menor por el ente público es presupuesto para que se considere su estancia regular (art. 35.4 LOE), parece difícil que se le pueda otorgar el permiso a un menor no tutelado.

Destacar finalmente, que puede ocurrir que por la proximidad del menor a la mayoría de edad y/o por la prolongación del procedimiento de obtención del permiso de residencia, el extranjero cumpla 18 años antes del otorgamiento del mismo.

Para estos casos, el artículo 92.5, párrafo 3.º del RE, establece que si los menores que se encuentren en tal situación han participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad competente para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j) de la LOE.

Este último precepto es el que establece que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigida a menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

---

#### D) DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE MENORES INDOCUMENTADOS

---

Existen muchos casos en los cuales aparecen en nuestro país extranjeros que carecen totalmente de documentación o bien que poseyéndola, la misma presenta indicios de haber sido falsificada.

En algunos de estos casos, por las manifestaciones del sujeto y/o por su apariencia física pueden surgir dudas acerca de si el mismo es o no mayor de edad.

Para estas situaciones, establece el artículo 35 de la LOE que «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. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores...»

«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.»

Por ello, la protección que debe darse a los menores extranjeros no es distinta de la que está prevista para los nacionales; algo lógico e impuesto ya desde el artículo 1.º

de la LPJM. Esto supone que el menor extranjero en situación de desamparo debe obtener de forma inmediata todos los cuidados de diverso tipo que precise (alimentación, higiene, tratamiento médico...) debiendo ingresar, si es necesario, en un centro de protección de menores.

No parece que sea muy útil en estos casos constituir un acogimiento familiar, siendo más adecuado, en contra de la regla general, un acogimiento residencial transitorio, ya que estos menores normalmente llegan sin conocer el idioma español y precisan de una formación y atención inmediata, estando además a la espera de que se decida sobre si procede el retorno a su país.

En los mencionados casos en que se dude de la minoría de edad del extranjero, antes de proceder a su ingreso en el centro, pero siempre después de haberle otorgado los cuidados y atención urgente que precise, se procederá a la determinación de su edad para establecer con certeza si se le debe otorgar el tratamiento jurídico previsto para un menor o bien para un mayor de edad.

Es el Ministerio Fiscal el competente para disponer la práctica de la prueba correspondiente, para lo que en cada provincia deberán existir los protocolos pertinentes de coordinación entre la Fiscalía y las instituciones sanitarias.

Esta competencia del Ministerio Fiscal plantea algunas cuestiones, entre ellas, podemos destacar dos:

1. ¿Es realmente esta institución la adecuada para esta función?
2. ¿Qué ocurre si el presunto menor se niega a practicar la prueba?

Respecto a la primera cuestión planteada, se ha cuestionado por algunos autores la atribución de la competencia para autorizar las pruebas de determinación de la edad al Ministerio Fiscal que realizan los artículos 35 de la LOE y 92 del RE.

La LOE, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, atribuía esta competencia al Juez de Menores.

Lo que se plantea es si la diligencia de determinación de la edad de un extranjero puede considerarse una intromisión en la integridad física de entidad suficiente para exigir autorización judicial.

El argumento que se ha utilizado en contra de la atribución de esta potestad al fiscal es que la medida en cuestión es limitativa de derechos<sup>18</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, estos argumentos se olvidan, por un lado, de que la medida no limita derechos, sino que al contrario, trata de garantizar que cada persona va a ser tratada según corresponda a su edad y por ello, no limita derechos, sino que tiende a garantizar su reconocimiento.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal es una autoridad independiente de los servicios administrativos para la protección de menores, siendo el superior vigilante de las instituciones de protección (art. 174.1 del CC), es por ello que resulta congruente con ello, la atribución de competencia cuestionada.

Como veremos a continuación, la forma más frecuente de practicarse la diligencia de determinación de la edad, es a través de una radiografía de la muñeca; por ello

---

<sup>18</sup> Así lo manifiesta, por ejemplo, Ana RUÍZ LEGAZPI en su ponencia titulada *La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados*, expuesta en el 4.º Congreso sobre la inmigración española celebrado en Gerona del 10 al 13 de noviembre de 2004.



es fundamental tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que la realización de radiografías no supone una intervención que afecte al pudor, honor o intimidad de una persona ni tampoco a su integridad física, por lo que basta el consentimiento del sujeto pasivo. (SSTC 18 de enero de 1993 o de 11 de marzo de 1996).

Aún dentro de las posturas contrarias a la competencia del fiscal en esta materia, los defensores de la necesidad de autorización judicial plantean soluciones distintas que son o bien que el competente debe ser el Juez de Instrucción de guardia, o bien el de Menores o el de Primera Instancia<sup>19</sup>

No nos vamos a detener aquí en las posturas a favor o en contra de la atribución de la competencia a uno u otro tipo de juez, ya que no dejan de ser discusiones sobre una solución legal hipotética; lo cierto es que la normativa vigente atribuye al fiscal esta función en congruencia con su posición de máxima autoridad en la vigilancia de la protección de menores.

A partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se decidió atribuir esta posición al Ministerio Fiscal. Anteriormente, era el juez el que asumía éstas funciones y de hecho, en el Proyecto de la Ley mencionada, se mantenía dicha vigilancia judicial; sin embargo tras una redacción transaccional, se decidió finalmente que era congruente con las funciones constitucional y estatutariamente encomendadas al Ministerio Público, el atribuir a éste la supervisión última de las instituciones de protección de los menores.

Por ello, con anterioridad a esta Ley, sí sería congruente atribuir a la autoridad judicial la competencia en materia de determinación de la edad, pero en la actualidad, no hay inconveniente alguno en que sea ésta una función encomendada al Ministerio Público.

En lo que se refiere a la segunda cuestión que nos hemos planteado, esto es, la relativa a la negativa del presunto menor a que se le practique la prueba de determinación de la edad; se pueden plantear también diversas soluciones.

Una de ellas, podría ser sin más el entender que la negativa del sujeto, puede utilizarse como una *ficta confessio* y atribuirle automáticamente la mayoría de edad.

Esta solución se podría defender para aquellos casos en los que los indicios apunten abrumadoramente a la mayoría de edad, por ejemplo en supuestos en los que la apariencia física del individuo denota su mayoría de edad, pero presenta documentación, en la que aparece como menor, y la misma presente indicios claros de haber sido falsificada.

Sin embargo, esta opción debe utilizarse con cautela, ya que sin duda generaría situaciones de inseguridad, pudiendo desembocar en que auténticos menores de edad no reciban la protección específica que merecerían simplemente porque se niegan a practicar una prueba que, por otro lado, no conocen suficientemente ni su mecanismo, ni sus consecuencias.

Nos planteamos por ello quién debe autorizar la práctica de esta diligencia cuando el presunto menor no presta su consentimiento.

---

<sup>19</sup> Esta última es la solución propuesta por la mencionada Ana RUIZ LEGAZPI, en la ponencia expuesta en el punto anterior.

Aquí, sí parece claro que tal autorización de intervención física sobre una persona (por muy leve que sea) contra su voluntad, exige de autorización judicial, no pudiendo el Ministerio Público ordenar su práctica.

Al igual que en el supuesto planteado anteriormente, aunque ahora sí de forma directamente aplicable en la práctica, nos planteamos qué juez debe autorizar la práctica de la prueba contra la voluntad del sujeto pasivo de la misma: ¿el Juez de Menores?, ¿el de Instrucción de Guardia?, ¿el de Primera Instancia?.

La postura a favor de la atribución al Juez de Menores es minoritaria hoy en día.

Ninguna norma ampararía tal atribución, este juez es sólo competente en casos de menores que hayan cometido infracciones penales y no en materia de protección de los mismos.

Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz<sup>20</sup>, entiende que es aplicable a esta materia la doctrina del Tribunal Supremo sobre pruebas biológicas de paternidad, de modo que en caso de que el presunto menor, debidamente informado, muestre su negativa a la práctica de la prueba, puede arriesgarse a una declaración de mayoría de edad o bien, si el juez lo considera necesario, atendiendo a las circunstancias del caso, sobre todo valorando la madurez que el sujeto aparente poseer, podrá determinar la imposición imperativa de la práctica de la prueba, siendo el Juez de Primera Instancia el competente, con fundamento en el artículo 172.6 del Código Civil, que establece el recurso ante la jurisdicción civil de las resoluciones administrativas que declaran el desamparo o la tutela automática, así como el contenido del artículo 158 del mismo Código, en cuanto permite al Juez civil adoptar medidas cautelares para evitar perjuicios a los menores.

En casos de urgencia, si no existe un Juzgado de Primera Instancia en horas de audiencia, ya sean ordinarias o de guardia, sí será necesario acudir al Juzgado de Instrucción de Guardia, para que éste pueda ordenar la práctica de esta diligencia.

No falta algún autor<sup>21</sup> que defiende la atribución de esta competencia, en todo caso, al Juez de Instrucción de Guardia.

La solución a favor de la atribución de la competencia a los Juzgados de Primera Instancia, la cual compartimos, es también defendida por otros autores como Ana Ruiz Legazpi<sup>22</sup>, que la fundamenta en la cláusula de competencia residual a favor de los Juzgados de Primera Instancia, del artículo 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Mercé Saura Sucar<sup>23</sup>, entiende que para dar respuesta a la cuestión de la negativa del presunto menor a someterse a la prueba, hay que tener en cuenta la legislación española en materia sanitaria y en concreto la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986.

El artículo 10 de esta Ley establece el derecho de todo paciente a ser informado previamente de cualquier intervención y la obligatoriedad de recabar su consentimiento

---

<sup>20</sup> «El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores» *Diario La Ley*, de 7 de septiembre de 2005.

<sup>21</sup> Vicente José Martínez Pardo con cita de García Panasco Morales: «La detención de extranjeros menores de edad». *Diario La Ley*, de 26 de abril de 2006.

<sup>22</sup> *La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados*, expuesta en el 4.º Congreso sobre la inmigración española celebrado en Gerona del 10 al 13 de noviembre de 2004.

<sup>23</sup> *La prestación sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros*. Scripta Nova, de 1 de agosto de 2001.

to por escrito. Si bien a nivel estatal no hay un desarrollo específico, cita este autor la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información de los pacientes, donde se aborda el tema del consentimiento de los menores de edad, concluyendo [art. 7.2.d)], que es imprescindible el consentimiento de todo mayor de 16 años y de los menores de dicha edad que tengan suficiente comprensión. Además de ello, los mayores de 12 años deberán ser oídos en todo caso.

Según lo anterior, concluye el autor que en ningún caso a un mayor de 16 años se le puede imponer imperativamente la práctica de la prueba.

Esta solución, bien fundamentada y razonada desde un punto de vista teórico, entendemos que resulta inoperante en la práctica, ya que precisamente estamos intentando averiguar cuál es la edad del menor y por ello, no podemos saber si tiene, o no, más de 16 años, para exigir su consentimiento.

Visto quién resulta competente para determinar la práctica de esta prueba (el fiscal si hay consentimiento del menor y el Juez de Primera Instancia en casos de ausencia del mismo), vamos a examinar, aunque sea brevemente, el procedimiento de la práctica de esta prueba.

En primer lugar, decir que la práctica de la misma no resulta necesaria en todos aquellos casos en los que un extranjero indocumentado manifieste que es menor de edad. El propio artículo 35 de la LOE habla de que la minoría de edad «no se pueda establecer con seguridad»; por ello si de la apariencia física del extranjero indocumentado y/o de otros datos del mismo, resulta evidente su mayoría de edad, no tiene sentido practicarse esta diligencia.

La Fiscalía de Pontevedra propuso, en su informe elaborado para la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2004<sup>24</sup>, que en aquellos casos en los que la apariencia física del extranjero sea claramente la de adulto, aunque el sujeto manifieste que es menor, bastaría un mero estudio físico por el médico forense o por otro facultativo, de modo que si se concluye la mayoría de edad, se proceda por los funcionarios competentes de las unidades de extranjería al retorno de los mismos sin necesidad de intervención del Juzgado de Guardia ni del Fiscal de protección de menores. En la fiscalía mencionada se planteó el problema, especialmente, con los extranjeros que llegaban a Vigo, como polizones en barcos, que manifestaban su minoría de edad para forzar su estancia en España.

Otra cuestión que se puede plantear respecto a esta materia es la relativa a cuál es la situación legal en la que se encuentra el menor en el periodo de tiempo en el que es localizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, le es practicada la prueba de determinación de la edad y es puesto, en su caso, a disposición de los servicios de protección de menores.

La Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado<sup>25</sup>, señala que la situación en la que se encuentra el presunto menor, en estos casos, debe ser considerada como de privación de libertad, análoga a la contemplada en el artículo 20.2 de la Ley Or-

---

<sup>24</sup> Memoria elevada al Gobierno de S. M, presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN. Madrid. 2004. Edita: Ministerio de Justicia; Secretaría General Técnica.

<sup>25</sup> Instrucción de 28 de julio acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000.

gánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana; siendo aplicables por ello a esta situación las garantías establecidas en el artículo 17 de la Constitución.

Esto supone que el procedimiento para identificar al extranjero indocumentado y determinar su edad debe realizarse en el periodo mínimo indispensable y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas. En caso de que no se pueda llevar a cabo en este plazo máximo será necesario, o bien poner al sujeto a disposición de los servicios de protección de menores hasta que se pueda llevar a cabo la diligencia, o bien adoptar otra medida autorizada por el Juez de Primera Instancia, al amparo de lo previsto en el artículo 158 del Código Civil.

Ana Ruiz Legazpi<sup>26</sup>, entiende aquí aplicable el plazo de 24 horas que fija como máximo de la detención de los menores el artículo 17 de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LOPJM); sin embargo, hay que tener en cuenta que esta norma está prevista para sujetos de los cuales no hay duda de su minoría de edad y que han cometido una infracción penal, presupuestos que no se dan en el supuesto que estamos aquí examinando. Esta misma autora entiende que mientras el menor se encuentra a disposición de los funcionarios policiales cabría el planteamiento de un *habeas corpus*, pero no ya cuando el menor se encuentra en las dependencias sanitarias y existe autorización judicial (parte la autora en todo caso de la necesidad de autorización judicial para practicar esta diligencia).

El hecho de que sean aplicables aquí las garantías del artículo 17 de nuestra Carta Magna exige adoptar las medidas oportunas para que el procedimiento se lleve a cabo de la forma más rápida posible. En principio, una vez suscritos los oportunos protocolos de actuación entre fuerzas policiales, fiscalía e instituciones sanitarias no habría problema en que la diligencia se practicase en un breve intervalo de tiempo, dado que lo lógico será que las pruebas se determinen por una cooperación directa entre el médico forense de guardia y una institución sanitaria con servicio de urgencias que permita la práctica de radiografías en cualquier momento.

La mencionada Instrucción 2/2001 de la FGE, ofrece pautas para agilizar el proceso señalando que no es preciso que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de la fiscalía. Tampoco será preciso que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho. Comunicado al fiscal el supuesto de hecho que contempla la norma, no le cabe otra opción que la de disponer que se proceda a la determinación de la edad. Ello aconseja que, en la medida de lo posible, se procure recabar la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día.

En lo que se refiere a los sistemas para la determinación de la edad, son fundamentalmente dos las técnicas que se pueden utilizar:

1. Análisis de las piezas dentarias:

Esta técnica se lleva a cabo a través de la ortopantomografía, mediante el análisis de la maduración, calcificación y erupción de las piezas dentarias.

Esta técnica resulta muy exacta y fiable en edades infantiles, el problema es que a partir de la adolescencia no resulta de la misma exactitud en sus resultados.

---

<sup>26</sup> Vid. citas anteriores.

Resulta por ello poco útil para la determinación de la edad de los extranjeros indocumentados, ya que, lógicamente, los casos de duda se plantean en estadios límite entre la mayoría y la minoría de edad y no en etapas infantiles donde la minoría se presenta evidente y resulta innecesaria la práctica de la prueba.

## 2. Análisis de los huesos.

Esta técnica consiste en una radiografía de los huesos de una determinada parte del cuerpo, que puede ser la muñeca, el codo la cadera, el pie..

En la práctica, lo más habitual es realizar una radiografía de la muñeca debido a que la misma es una zona que tiene una fácil accesibilidad, concentra gran cantidad de huesos en poco espacio y supone una escasa radiación para el sujeto pasivo.

Una vez obtenida la radiografía, la misma debe compararse con una serie de atlas o modelos preestablecidos. Los más conocidos son los siguientes:

1. Greulich-Pyle: se basa en un conjunto de fotografías de la mano y muñeca para las distintas edades y sexo. Se basó en un conjunto de menores estadounidenses.

2. Tanner- Whitehouse: Cada hueso se viene clasificando asignándole una determinada puntuación. Este atlas está basado en el desarrollo óseo común de un ciudadano británico en la década de los años 50.

3. Tanner- Whitehouse modificado: Supone una actualización del anterior añadiendo una mayor precisión, ya que permite utilizar el sistema de modo individualizado según se trate de un varón o de una hembra, logrando así una mayor exactitud en los resultados.

4. Hernández: La aplicación del mismo es similar a los anteriores, individualizando también según el sexo del sujeto; está adaptado a la población española.

Begoña Sobradillo<sup>27</sup> nos ofrece la siguiente tabla:

Algunos métodos de evaluación de la maduración ósea

Zona anatómica	Autor (año)	Técnica	Método	Edad útil
Mano	Greulich-Pyle (1959)	Rx	Atlas	0-18 años (poco 0-1 a.)
	Tanner-Whitehouse (1962,1975,1983)	Rx	Numérico	1-18 años (poco 0-2 a.)
	Roche y cols (Método Fels) (1988)	Rx	Numérico	0-18 años (poco 0-1 a.)

<sup>27</sup> «Estudio de la maduración ósea y predicción de la talla adulta». [www.comft.es/pediatria/Congreso\\_AEP\\_2000/Ponencias\\_htm/Bego%C3%B1a\\_Sobradillo.htm](http://www.comft.es/pediatria/Congreso_AEP_2000/Ponencias_htm/Bego%C3%B1a_Sobradillo.htm)

Zona anatómica	Autor (año)	Técnica	Método	Edad útil
	Tanner-Gibbons Método CASAS (1994)	Rx	Numérico+ Pc-video-cámara	0-18 años (poco 0-2 a.)
	Sinclair y cols (1960)	Rx	Índice Metacarpiano	2-11 años
Codo	Sauvegrain y cols (1962)	Rx	Atlas	Adolescencia
Rodilla	Pyle-Hoerr (1955)	Rx	Atlas	0-18 años
	R-W-T (1975)	Rx	Numérico + PC	0-5 años
	Shunk y cols (1987)	Ecografía	Planimétrico	Recién nacido
Tobillo y Pie	Hoerr-Pyle (1962)	Rx	Atlas	0-5 años
	Erasmie-Ringertz (1980)	Rx	Numérico + planimétrico	0-1 años
	SHS (1988)	Rx	Numérico	0-2 años
	Argemi-Badia (1997)	Rx	Planimétrico+ PC	Recién nacido

Los resultados de estas pruebas no son absolutamente exactos, sino que en realidad ofrecen aproximaciones a la edad real del sujeto.

El desarrollo de las piezas dentarias y de los huesos puede depender de multitud de factores ambientales, genéticos, biológicos, nutricionales...

Sería conveniente avanzar en la elaboración de atlas de las poblaciones que con más frecuencia tienen presencia en nuestro país en cuanto a la llegada de menores desamparados (Marruecos, Ghana, Nigeria...)

Es por ello, que la prueba médica de determinación de la edad, normalmente va a concluir de una de estas dos maneras: que puede determinarse que el sujeto es mayor o menor de edad o bien que puede determinarse una horquilla en torno a la cual se entiende que puede estar la edad del mismo. En estos casos, si el mínimo de

la horquilla es inferior a los 18 años, el sujeto debe ser considerado como menor, es decir se aplica el principio *in dubio, favor minoris*. Ésta es la solución que establece la Instrucción 2/2001 de la FGE

La Comunidad Autónoma de Madrid, en sentido contrario al de la FGE, emitió el 29 de diciembre de 2004, una Circular con instrucciones relativas a que la edad que debe tomarse, en los casos de que la prueba correspondiente ofrezca un resultado en forma de horquilla, es la del término medio. De todos modos, esta Circular ha sido dejada sin efecto recientemente por entenderse contraria al principio del *favor minoris* y a los criterios de la FGE.

Desde diversos sectores se han criticado, por poco fiables y exactos, los mencionados métodos de determinación de la edad. El ACNUR<sup>28</sup> ha señalado que las diligencias de determinación de la edad que se vienen utilizando en la práctica no resultan adecuadas y no son lo suficientemente fiables. En concreto, para España, el ACNUR ha señalado que al estar atribuidas las competencias en materia de protección de menores a las Comunidades Autónomas, ello puede provocar problemas de falta de uniformidad en la práctica de estas pruebas.

Cristóbal Fábrega Ruíz<sup>29</sup>, señala como críticas al sistema que, en muchos casos, en los informes que concluyen la edad, no se recogen los márgenes de error y además, añade que sería preciso hacer un examen más completo del presunto menor, con ayuda de un pediatra independiente con experiencia y familiarizado con la etnia del sujeto, completándose la prueba radiológica de la muñeca con un examen físico y psicológico que permita reducir el margen de error.

Destacar, para terminar con este apartado, que a efectos identificativos existe un registro de menores extranjeros no acompañados al que se refiere el capítulo V del RE.

Dice el artículo 111 de este Reglamento:

1. En la Dirección General de la Policía existirá un Registro de menores extranjeros no acompañados a los solos efectos de identificación, que contendrá:

- a) Nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia.
- b) Su impresión dactilar.
- c) Fotografía.
- d) Centro de acogida donde resida.
- e) Organismo público bajo cuya protección se halle.
- f) Resultado de la prueba médica de determinación de la edad, según informe de la clínica médico forense.
- g) Cualesquiera otros datos de relevancia a los citados efectos de identificación, incluidos los que puedan facilitar la escolarización del menor.

---

<sup>28</sup> Directrices del ACNUR para solicitantes de asilo menores no acompañados, de 1997; Declaración de Buenas Prácticas del Programa Conjunto ACNUR-Save the children de 2004 o Resolución del Consejo de Europa, sobre Menores no acompañados, de 1997.

<sup>29</sup> «El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores» *Diario La Ley*, de 7 de septiembre de 2005.

2. Los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía, a través de sus órganos periféricos, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el apartado anterior.

---

## E) MENORES SOLICITANTES DE ASILO

---

El artículo 22 de la CDN recoge el compromiso de todos los Estados firmantes de la Convención respecto de la protección y atención adecuada a los menores de edad que tengan o traten de obtener el estatuto de refugiados, debiéndose llevar a cabo las actuaciones pertinentes para localizar a su familia y, si es posible y procedente, para llevar a cabo el reagrupamiento familiar.

Los menores de edad solicitantes de asilo, pueden ser niños o niñas que en su país de origen tengan el riesgo de ser sometidos a persecuciones en casos de conflicto armado, violaciones de derechos humanos, prostitución, trabajos forzados, esclavitud...

Según datos del ACNUR, los primeros casos que se conocen en España de menores no acompañados solicitantes de asilo datan de 1986, con motivo de la guerra entre Irán e Irak (1980-1988). Para atender a los mismos se creó en Madrid, en 1987, una residencia de acogida dirigida por los Padres Mercedarios, a instancia de la Cruz Roja y del INSERSO.

El artículo 92.6 del RE establece que, en el caso de menores solicitantes de asilo, se estará a lo dispuesto en el artículo 15.4 del Reglamento de 10 de febrero de 1995, de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

Acudiendo al Reglamento relativo a la regulación del derecho de asilo, vemos como el citado artículo 15.4 establece que los menores de 18 años que se encuentren en situación de desamparo y que soliciten el asilo, serán puestos a disposición de los servicios de protección de menores con comunicación al Ministerio Fiscal. El tutor legal del menor le representará durante la tramitación del expediente, el cual se tramitará conforme a los criterios establecidos en los convenios y recomendaciones sobre la materia.

En este ámbito, además de la legislación interna (Ley 5/1984 y Reglamento 203/1995), hay que tener en cuenta lo establecido en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados.

Los problemas derivados de la masificación en el fenómeno de la inmigración y la existencia de numerosos conflictos en terceros países han tratado de ser resueltos en nuestro país por el Reglamento 1325/2003, de 24 de octubre, sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> «BOE» de 25 de octubre de 2003.



A nivel internacional, es conveniente tener en cuenta lo establecido en el Reglamento 343/2003 CE del Consejo<sup>31</sup>, que establece los mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de tercer país, así como su Reglamento de aplicación de 2 de septiembre de 2003 (343/03).

También tenemos el Instrumento Ratificación (Convenio determinación Estado responsable de examen de solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros), hecho en Dublín de 15 de junio de 1990<sup>32</sup>.

Asimismo, hay que destacar el Protocolo Facultativo 1 de la CDN, relativo a la participación de niños en conflictos armados, del año 2000; el Convenio número 182 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación; las Directrices del ACNUR de 1994, sobre protección y cuidado a los niños refugiados y la Declaración de Buenas Prácticas del Programa conjunto ACNUR-Save the Children, para niños no acompañados en Europa.

Los principios fundamentales que rigen esta Declaración de Buenas Prácticas son:

1. Best Interests<sup>33</sup>
2. Non-discrimination<sup>34</sup>
3. Right to participe<sup>35</sup>
4. Confidentiality<sup>36</sup>
5. Information<sup>37</sup>

La referencia que se contiene en el artículo 15 del Reglamento regulador del derecho de asilo, en cuanto al tutor que legalmente represente al menor, debe entenderse realizada a la entidad pública competente en materia de protección de menores; esto es, la que en cada Comunidad Autónoma tenga atribuida esta competencia. Dicha entidad debe velar por garantizar los intereses del menor en la tramitación del correspondiente procedimiento.

---

<sup>31</sup> «Diario Oficial de la UE», de 25 de febrero de 2003.

<sup>32</sup> «Diario Oficial de la UE», de 28 de febrero de 2006.

<sup>33</sup> Este principio viene a ser la formulación inglesa del *favor minoris*, esto es, del principio del interés superior del menor. Toda actuación que se lleve a cabo en relación con los menores solicitantes del derecho de asilo debe estar guiada siempre por este principio.

<sup>34</sup> El trato, oportunidades y derechos que se concedan a los niños solicitantes de asilo, debe ser el mismo, sin importar su raza, etnia, nación, ideología, creencias... ni ningún otro tipo de factor cultural o social.

<sup>35</sup> El menor debe ser parte activa en todo procedimiento que le afecte. Debe terminarse de una vez por todas con la idea del menor como persona incapaz de adoptar decisiones y sin juicio suficiente para saber qué es lo mejor para sus propios intereses. Todo menor, que tenga suficiente madurez, debe ser oído en el procedimiento relativo a la solicitud de asilo.

<sup>36</sup> Los procesos en los que estén implicados menores deben ser confidenciales y reservados, los datos del menor deben utilizarse única y exclusivamente a los fines legales que sean indispensables.

<sup>37</sup> Otro derecho básico del menor, que conecta directamente con el «Right to participe», es el de que el menor deba ser informado de todo cuanto se vaya actuando y resolviendo en cuanto a su solicitud de asilo.

Los efectos fundamentales de la concesión al menor de la condición de refugiado, de acuerdo con lo establecido en la Sección 3.<sup>a</sup> del Reglamento que regula esta materia, son:

1. Reconocimiento pleno de la condición de refugiado.
2. Otorgamiento de documento de identidad que le habilita para residir en nuestro país.
3. Acceso a las prestaciones sociales, económicas y laborales que presten las Administraciones Públicas.

El artículo 15.3 de este Reglamento hace referencia a que en la prestación de las ayudas y medidas de tipo social, cultural, laboral... para los refugiados se tendrá en cuenta especialmente la condición de menor de edad que, en su caso, tenga el refugiado.

Un problema que se puede plantear respecto a las solicitudes de asilo de los menores de edad es que, tal y como está regulada en nuestro país la concesión del asilo y las situaciones en general de extranjería, puede resultar en la práctica más beneficioso para el menor el no solicitar el asilo que el hacerlo, ya que, todo menor en situación de desamparo recibe un permiso de residencia una vez lleve tutelado 9 meses en España, sin embargo, no se prevé que los documentos que se conceden al solicitante de asilo supongan el otorgamiento de tal permiso, lo que puede provocar que si el solicitante está cerca de la mayoría de edad y posteriormente se le deniega el asilo, se vea con 18 años cumplidos y sin permiso de residencia.

El ACNUR<sup>38</sup>, pone el ejemplo de un menor natural de Angola que llegó a España en julio de 2002, formulando solicitud de asilo en diciembre del mismo año. Un año más tarde se le deniega el otorgamiento de la condición de refugiado, pero el sujeto ya ha cumplido 18 años careciendo de permiso de residencia.

La posibilidad actual de formalizar en la Oficina de Asilo y Refugio la solicitud de asilo de forma independiente de la tutela efectiva de los servicios de protección de menores es, sin duda, un avance importante en esta materia.

En definitiva, los menores extranjeros que adquieran la condición de refugiados, tendrán derecho a residir en España y a acceder a las medidas previstas para su integración y bienestar en nuestro país, lo que se traducirá básicamente en que continuarán bajo la atención de los servicios de protección de menores, que ostentarán su tutela, hasta que alcancen la mayoría de edad donde se promoverá su integración laboral.

El ACNUR, dentro del Programa sobre menores separados en Europa, iniciado en colaboración con la alianza Save the Children, inició una serie de entrevistas con instituciones y ONGS, incluyendo el Defensor del Pueblo, la Subdirección General de Familia e Infancia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la Oficina de Asilo y Refugio y el Departamento de Migración y Multiculturalidad de la Universidad Autónoma de Madrid, que finalizaron en el año 2000, estableciendo entre otras, conclusiones relativas a la necesidad de solucionar el desbordamiento del fenómeno de la llegada de menores a nuestro país, entre las cuales, se incluiría el nombramiento de

---

<sup>38</sup> Conferencia Regional sobre *Las Migraciones de los menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor*. Torremolinos, Málaga-España. 27-28 de octubre 2005. ACNUR

personas específicas en cada una de las instituciones implicadas, creando una red de cooperación entre Comunidades Autónomas.

---

#### 4. MENORES EXTRANJEROS EN QUIENES NO CONCORRE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

---

En el caso de estos menores que se encuentran en situación irregular, su tratamiento jurídico es muy similar al de los adultos en quienes concurren las mismas circunstancias.

El hecho de que un menor esté en situación irregular no tiene por qué significar necesariamente que el mismo se encuentre en situación de desamparo. Puede ocurrir que el menor esté acompañado de sus padres o de otros familiares o allegados con medios para atender al mismo o bien que el propio menor se encuentre emancipado y cuente con sus propios medios de subsistencia.

El tema de si los menores extranjeros pueden ser objeto de expulsión, retorno o devolución, ha sido objeto de discusión por bastantes autores, pero hoy en día se viene entendiendo mayoritariamente que los menores en quienes no concorra la situación de desamparo pueden ser objeto de dichas medidas administrativas como cualquier extranjero adulto.

Alberto Manuel López López<sup>39</sup>, destaca como argumentos jurídicos a favor de esta posición los siguientes:

1. El procedimiento de repatriación es sólo aplicable para menores desamparados.
2. No existe ningún precepto en nuestro ordenamiento que prohíba la expulsión, retorno o devolución de estos menores.
3. Cuando la LOE (art. 57) enumera las causas que permiten la expulsión del territorio español, también lo hace con sus excepciones y, entre ellas, no se encuentra la minoría de edad del extranjero.
4. La LOE (art.62) permite el ingreso de los menores en centros de internamiento cuando lo autorice el Juez de Menores y concurren los demás requisitos establecidos.

La Fiscalía General del Estado señala, en su Circular 3/2001 en materia de extranjería, que si la autoridad competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello conlleva también la salida del territorio nacional del menor sometido a su potestad, sin que haya de ver en ello el menor reproche sancionatorio hacia la conducta del menor.

Alberto M. López López, afirma asimismo que el interés superior del niño no se puede identificar necesariamente con la permanencia en nuestro país a toda costa, sino con su retorno inmediato a la vida familiar, social y cultural que le es propia.

---

<sup>39</sup> «Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad». *Diario La Ley*, de 5 de noviembre de 2004.

Añade este autor, que los menores tienen derecho a sus propios padres, ambiente y cultura y no tiene que entenderse necesariamente que sea superior el interés de que se críen en países más avanzados con el desarraigo familiar y cultural que ello origina.

Un ejemplo de la importancia que se le da en nuestro ordenamiento jurídico al derecho que el menor tiene a criarse con su propia familia, lo encontramos en la prohibición de expulsión de un extranjero, progenitor de un menor de edad español, ya que esto supondría indirectamente la expulsión del menor español, lo que no está permitido en nuestra normativa de extranjería. En estos casos, priman los derechos del menor y no cabe la expulsión, aún cuando en el progenitor concurren todos los requisitos legalmente establecidos (Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 2005<sup>40</sup>).

Admitido que el menor extranjero en quien no concorra la situación de desamparo puede ser objeto de devolución, retorno o expulsión, cuando se den los presupuestos establecidos en la normativa sobre extranjería, sí hay que hacer notar que se presentan algunas particularidades en su régimen jurídico; entre ellas, hay que destacar la prevista en el artículo 62 de la LOE que, en referencia al ingreso en centros de internamiento, establece, en su apartado 3.º:

«Los menores en los que concurren los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar.»

De acuerdo con lo previsto en el apartado 1.º de este mismo artículo, las causas en virtud de las cuales se puede acordar el internamiento son las previstas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, siempre que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español.

Estas causas son las siguientes:

1. Encontrarse en territorio nacional de forma irregular por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización siempre que no se hubiere solicitado la autorización en el plazo previsto reglamentariamente.

2. El incumplimiento de medidas impuestas por razón de seguridad pública, la presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de extranjería

3. La participación en actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

4). Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

---

<sup>40</sup> Sentencia dictada por la Sección 5.ª, Recurso 1164/01. Ponente: Mariano de ORO-PULIDO LÓPEZ.

5. Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

En cuanto al procedimiento para el internamiento del menor, podemos sistematizarlo de la siguiente manera:

a) Concurrencia del menor en alguna de las causas mencionadas (las del art. 62.1 de la LOE).

b) Audiencia del menor por el Juez de Menores competente para el internamiento.

c) Comprobación de que concurren circunstancias que aconsejen el internamiento; especialmente se valorará la ausencia de domicilio o documentación, así como la existencia de procedimientos administrativos o penales previos.

d) Comprobación de que los padres o tutores del menor se encuentran en el centro de internamiento, solicitan que el menor esté con ellos y que existen en el mismo módulos que garanticen la intimidad familiar.

e) Informe del Ministerio Fiscal, el cual no es sólo preceptivo sino también vinculante.

El internamiento durará el tiempo mínimo imprescindible, y en todo caso no podrá exceder de 40 días.

Alberto M. López López, entiende que los centros de reforma previstos para el internamiento de menores que hayan cometido una infracción penal, podrían ser adecuados también para los extranjeros que deban ser ingresados en un centro para su expulsión, señalando que estos centros cumplen todos los requisitos exigidos por la normativa de extranjería ya que los mismos carecen de naturaleza penitenciaria. Se plantea el autor, de todos modos, problemas de competencia al depender los centros de internamiento de extranjeros, no de las CC.AA, sino del Ministerio del Interior.

Se ha discutido acerca de la posibilidad de aplicar medidas cautelares personales para asegurar la salida forzosa de extranjeros menores en situación irregular que no estén en situación de desamparo.

Los autores que defienden esta posibilidad argumentan, fundamentalmente, que si se admite la posibilidad de expulsión, retorno y devolución de menores extranjeros que no se encuentren en desamparo, resulta lógico admitir la adopción de medidas cautelares<sup>41</sup>.

De todos modos, respecto del internamiento, la dicción del artículo 62 de la LOE es clara, en el sentido de que si procede el internamiento de un menor, debe ponerse a disposición de los servicios de protección de menores, no distinguiendo entre menores que estén o no en situación de desamparo.

Al preverse en este precepto, entre otros requisitos, para el ingreso del menor en un centro de internamiento, que los guardadores lo soliciten, si éstos no lo hacen, no existe cobertura legal para que una autoridad administrativa o judicial ordene tal ingreso.

---

<sup>41</sup> Esta postura la defiende, por ejemplo, Vicente José MARTÍNEZ PARDO: «La detención de extranjeros menores de edad». *Diario La Ley*, de 26 de abril de 2006.

En lo que se refiere a la detención cautelar del menor, sí parece posible la misma cuando ya esté adoptada la decisión de expulsión y sólo quede pendiente su ejecución siempre que la misma se pueda llevar a cabo en un breve plazo.

En estos casos, señala Vicente J. Martínez Pardo<sup>42</sup>, que serán de plena aplicación los requisitos establecidos en el artículo 17 de la L.O.R.P.M y en el artículo 3 del Reglamento de desarrollo de la misma (RD 1774/2004, de 30 de julio).

---

## 5. MENORES EXTRANJEROS INCURSOS EN RESPONSABILIDAD PENAL

---

La LORPM viene inspirada por una serie de principios que parten de lo establecido en el artículo 40 de la CDN<sup>43</sup>.

En el apartado 2.b vi) de este precepto, se establece el derecho que tiene todo menor incurso en un proceso penal a ser asistido por un intérprete cuando no conozca la lengua del país en el que se encuentra.

Nuestra Ley no establece nada concreto al respecto, pero es evidente la aplicación de este derecho, al amparo de la CDN y también por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [arts 520.2.e) y 762.8.º]<sup>44</sup> para todo aquello que no esté expresamente previsto en el procedimiento de menores, como establece la disposición final primera de aquella norma<sup>45</sup>.

El artículo 1.º de la LOPJM, establece su ámbito de aplicación señalando:

«1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de

---

<sup>42</sup> «La detención de extranjeros menores de edad». *Diario La Ley*, de 26 de abril de 2006.

<sup>43</sup> El artículo 40 de la CDN, establece el compromiso de los Estados Parte de garantizar a los menores incurso en responsabilidad penal los siguientes derechos: que van a ser tratados con dignidad y con fomento de su respeto a los derechos fundamentales de terceros, valorándose siempre la edad del niño y promoviéndose su reintegración.

En particular se garantizará: el principio de legalidad y de irretroactividad de las normas penales desfavorables, el derecho a la presunción de inocencia, a ser informado de los hechos que se le imputan, a la asistencia jurídica, a un juez imparcial, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la igualdad de partes, a un intérprete y al respeto a su vida privada.

<sup>44</sup> El artículo 520.2.e) de la Lecrim. establece:

«Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:...

e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprende o no hable el castellano.»

El artículo 762.8.º de la LECrm establece:

«Los Jueces y Tribunales observarán en la tramitación de las causas a que se refiere este Título las siguientes reglas: ...

Cuando los imputados o testigos no hablaben o no entienden el idioma español, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398, 440 y 441, sin que sea preciso que el intérprete designado tenga título oficial»

<sup>45</sup> La disposición final primera de la LORPM establece: «Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el título III del Libro IV de la misma.»

hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

2. También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma <sup>46</sup>.

3. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.»

Vemos, por lo tanto, que la ley no distingue, a los efectos de su aplicación, entre menores nacionales y extranjeros y además, se establece la declaración expresa de que todo menor sometido a procedimiento penal gozará de todos los derechos establecidos en las normas sobre protección de menores; las cuales, recordemos, señalan expresamente su aplicación a todo menor que se encuentre en territorio español con independencia de cuál sea su nacionalidad.

En todo el contenido de esta ley, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, encontramos una única referencia a los supuestos en los cuales el infractor es extranjero. Ésta es la prevista en el artículo 17, referente a la detención de los menores, que, en el último inciso de su apartado 1.º establece:

«Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.»

Está claro, pues, que si un menor extranjero comete una infracción penal, estará sujeto a la misma responsabilidad que un nacional y que si además, ese menor se encuentra en situación de desamparo o de riesgo, se le habrá de otorgar la asistencia inmediata que precise.

De todos modos, existen algunas particularidades, aparte de la prevista sobre la detención, en caso de que el menor infractor sea extranjero.

Así, en lo que se refiere a la determinación de la edad de los menores indocumentados, es claro que la competencia ya no corresponde al Ministerio Fiscal, sino que es el Juez de Instrucción el que debe proceder a disponer la práctica de la prueba y ello tanto si el presunto menor presta su consentimiento como si no.

En este caso, las consecuencias del resultado de la prueba no van a suponer únicamente, como en los casos anteriores, la atribución o no de la protección específica prevista en nuestro ordenamiento para los menores de edad sino que, aparte de ello, supondrá, si se determina la mayoría de edad, el sometimiento del sujeto a una

---

<sup>46</sup> Téngase en cuenta que la disposición transitoria única de la Ley Orgánica. 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores («BOE» de 11 de diciembre), suspende la aplicación de la presente, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007.

responsabilidad penal plena, exigible ante los juzgados ordinarios de la jurisdicción penal, con aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La no competencia del Ministerio Fiscal, en estos casos, para autorizar la práctica de la prueba de determinación de la edad no se extrae de forma evidente del artículo 35 de la LOE, que no precisa nada al respecto. Ello provocó que la Fiscalía General del Estado promulgase la Instrucción 2/2001, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000; señalando que este precepto no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito. En este caso lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el único competente para ordenar la práctica de diligencias encaminadas a la determinación de la edad.

Corresponde pues, al Juez de Instrucción y no al fiscal acreditar la edad de aquellos a quienes se impute un delito cuando existan dudas sobre la misma.

En otro orden de cosas, el artículo 92.4 del RE, en referencia a la repatriación de los menores extranjeros, establece que en el caso de que el sujeto se encuentre incurso en proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial, debiendo ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal.

La referencia que contiene este precepto al procedimiento judicial debe entenderse realizada al que se regula en la LORPM y en cuanto a qué Juez debe autorizar la expulsión, es evidente que será el de Menores que esté conociendo del procedimiento.

Aunque el precepto sólo habla de que habrá de constar la comunicación al Ministerio Fiscal, parece lógico que éste informe sobre si, a su juicio, procede o no autorizar la repatriación del menor incurso en un procedimiento penal; sobre todo teniendo en cuenta la gran relevancia de la intervención del Ministerio Público en el procedimiento de menores donde, a diferencia de lo que ocurre en el de adultos, actúa como instructor.

Se trata por tanto de un supuesto análogo al previsto en el artículo 57.7.a) de la LOE para el caso de expulsión de extranjeros mayores de edad inculcados en un procedimiento penal.

En la LORPM no existe ninguna previsión acerca de la sustitución de las medidas privativas de libertad, impuestas a los menores extranjeros en situación irregular, por su expulsión, como sí se hace en el artículo 89 del Código Penal, en el ámbito de la jurisdicción de mayores, para penas inferiores a 6 años de prisión.

Alberto Manuel López López<sup>47</sup>, entiende que esta posibilidad de expulsión debería entenderse aplicable también a la jurisdicción de menores por aplicación de la regla de supletoriedad de la disposición final primera de la LORPM.

Según este autor, aunque la regla general, en virtud del interés superior de menor, debe ser su permanencia en España, en determinados casos excepcionales sí podría ser adecuada su expulsión (menores multirreincidentes, que rechazan toda intervención educativa y que están próximos a la mayoría de edad).

---

<sup>47</sup> «Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad». *Diario La Ley*, de 5 de noviembre de 2004.



---

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

---

Puede ser tentador, en ocasiones, para los diversos agentes que intervienen en relación con el tratamiento de los menores extranjeros, el dejar apartado a un lado el principio, tantas veces repetido en esta materia, del *favor minoris*, y buscar soluciones acordes con el gran problema que plantea, hoy día, el fenómeno de la inmigración, que tiene a todas las instituciones desbordadas.

Sin embargo, entendemos que ésta no debe ser la opción, y que en un estado de derecho, social y democrático como el nuestro, debe otorgarse una protección decidida a los menores de edad, sin importar su origen, etnia, raza o nación y por ello, debe hacerse un esfuerzo por todas las Administraciones e Instituciones implicadas para tratar de buscar soluciones al problema, sin que ello suponga una merma en los derechos de los menores de edad.

Un primer paso, para avanzar en esta materia, supondría realizar progresos en la investigación y perfeccionamiento de las técnicas de determinación de la edad, para tratar de lograr reducir las oscilaciones de las orquillas y evitar que un mayor de edad sea tratado como un menor y a la inversa.

Si la mayoría de los menores extranjeros que llegan a España provienen, hoy día, de países africanos, lo lógico será contar con estudios, modelos y atlas, acerca del desarrollo dental, óseo y físico, en general, de los habitantes de estos países, siendo limitada la utilidad de los tradicionalmente utilizados (Greulich Pyle, Tanner Whitehouse...), que están basados en el desarrollo de población europea o norteamericana.

Otra vía para avanzar en este tema, debe ser el promover acuerdos y convenios más específicos de cooperación internacional, de modo que puedan llevarse a cabo mayor número de repatriaciones cumpliéndose, en todas ellas, las garantías de protección de la infancia establecidas en nuestra normativa y en las declaraciones internacionales (fundamentalmente en la CDN).

El hecho de que el menor esté pendiente de decisión sobre su repatriación o no, no debe significar el mantener al mismo en una situación de desatención. Deben adoptarse medidas para fomentar su bienestar e integración en nuestro país, ya que en la infancia y en la adolescencia, los tiempos muertos en la adopción de decisiones, pueden ser muy perjudiciales para el desarrollo del menor.

Convendría asimismo profundizar en la regulación y aplicación práctica del derecho de asilo y de la concesión del estatuto de refugiado a los menores extranjeros, de modo que exista una información clara al mismo sobre el procedimiento, los derechos que le asisten y, desde luego, que la solicitud, aún siendo denegada, no le suponga perjuicios al menor que no se le hubieren causado de no mediar la misma.

Ojalá en un futuro no tengamos que hablar del derecho de asilo y de la condición de refugiado, pero desgraciadamente aún estamos en un contexto internacional de abundantes conflictos armados (Sudán, Haití, Irak, Angola, Colombia, Afganistán...); y, en estos casos, los países más desarrollados deben prestar un apoyo decidido a los habitantes de estos otros lugares en conflicto, y de forma todavía más clara cuando se trata de personas en etapas de infancia y adolescencia.

En lo que se refiere a la aplicación de la normativa de extranjería a los menores de edad que no estén en situación de desamparo, entendemos que no debe dudarse

de la posibilidad de retorno de aquellos que traten de entrar ilegalmente en nuestro país y que sean sorprendidos en la frontera, de la devolución de los que traten de entrar en España por vías distintas de las ordinariamente previstas o bien que, ya encontrándose en nuestro territorio, hayan accedido quebrantando una prohibición para acceder al mismo, así como de la expulsión de los que incurran en alguna de las causas específicamente previstas para ello en nuestra normativa de extranjería.

Conviene recordar finalmente que la emancipación del menor extranjero no puede presumirse, sería necesario prueba fehaciente de la misma para poder tratar jurídicamente al mismo como mayor.

En este sentido es muy importante tener en cuenta que el artículo 172 del Código Civil, cuando habla de la tutela automática *ex lege* de menores desamparados, no distingue entre emancipados o no; al igual que el artículo 1 de la LPJM, al establecer su ámbito de aplicación, tampoco hace matización alguna al respecto.

---

## BIBLIOGRAFÍA

---

### **Principales obras y artículos doctrinales consultados:**

- CASTRO BOBADILLA, Dennis A. y DICKERMAN KRAUNICK, Arema: «Edad por diagnóstico radiológico y odontológico». [www. arrakis.es/j a coello/edad](http://www.arrakis.es/j_a_coello/edad).
- Conferencia Regional sobre *Las Migraciones de los menores no acompañados: actuar de acuerdo con el interés superior del menor*. Torremolinos, Málaga-España. 27-28 de octubre 2005. ACNUR
- ESTEBEN DE LA ROSA, Gloria: «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas». *Diario La Ley*, de 7 de febrero de 2003.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores». *Diario La Ley*, de 7 de septiembre de 2005.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «La Situación Jurídica del Menor en el marco de las Leyes de las CC.AA». Dykinson 1998.
- *Guía Jurídica para a protección á infancia e á adolescencia*. Colectivo Galego do Menor. A Coruña. 2002.
- IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio: «Guarda, asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores». Cedecs Editorial. Barcelona, 1996.
- *Informe sobre la situación de los menores no acompañados en España*. Save the Children. 2003.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto: «Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad». *Diario La Ley*, de 5 de noviembre de 2004.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel: «Recopilación extractada de las Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado. (1998— 2003).» *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al n.º 1967, de 15 de junio de 2004.
- MARTÍNEZ PARDO, Vicente José : «La detención de extranjeros menores de edad». *Diario La Ley*, de 26 de abril de 2006.
- *Memorias de la Fiscalía General del Estado de los años 2003, 2004 y 2005*. Madrid. Ministerio de justicia. Secretaría General Técnica.

- MÉNDEZ PÉREZ, José: *El Acogimiento de menores*. Bosch. Barcelona. 1991
- MONERO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE (coordinadores). *Comentarios a la Ley y el Reglamento de Extranjería*; por Editorial Comares.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «Aspectos jurídicos de la protección del menor inmigrante». *Diario La Ley*, de 5 de septiembre de 2002.
- *Normas sobre menores*. Thomson Civitas. Madrid 2004.
- PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de Protección de Menores*. Lex Nova. Valladolid. 1998.
- PRIETO CARRERO J. L.: «Métodos para valorar la edad en el adolescente» *Revista española de Medicina Legal*. 1998. XXII.
- «Protección de menores en el Código Penal». *Cuadernos de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1998.
- RUIZ LEGAZPI, Ana: «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados». Ponencia emitida en la Mesa 4, «Ciudadanía: marco jurídico y políticas en materia de inmigración.» Congreso sobre la inmigración en España, Gerona del 10 al 13 de noviembre de 2004.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: *Comentarios a la ley de extranjería*, coordinador: Valladolid. 2002
- SAURA SÚCAR, Mercé: *La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros*. Scripta Nova, de 1 de agosto de 2001.
- SOBRADILLO, Begoña: *Estudio de la maduración ósea y predicción de la talla adulta*. [www.comft.es/pediatria/Congreso\\_AEP\\_2000/Ponencias\\_hm/Bego%C3%B1a\\_Sobradillo.htm](http://www.comft.es/pediatria/Congreso_AEP_2000/Ponencias_hm/Bego%C3%B1a_Sobradillo.htm)
- SUÁREZ RICO, Amelia: «Determinación médico-forense de la edad. Protección de menores en desamparo. La Ley de responsabilidad penal del menor». *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 11 de 2003.
- VEGA, María Jesús: *Niños refugiados y menores no acompañados en España*. [www.acnur.org/revistas/110/pg13art10.htm](http://www.acnur.org/revistas/110/pg13art10.htm)