

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Julio

**LA ACTUAL SITUACIÓN DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO
EN ESPAÑA. PROCEDIMIENTOS A LOS QUE SON SOMETIDOS Y LA
DIFICULTAD DE ACCEDER AL PROCESO JUDICIAL**

The current situation of unaccompanied foreign minors in Spain. Procedures to which they are submitted and the difficulty of having access to the judicial process

Realizado por el alumno/a Don Iván David Hernández de León

Tutorizado por el Profesor/a D^a Alicia González Navarro

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Procesal

ABSTRACT

This paper addresses the current situation concerning the legal status of unaccompanied foreign minors in Spain. The procedures to which they are subjected from the moment they arrive on our shores will be dealt with, as well as the difficulties they will have in being able to protect their rights and interests on equal terms with other Spanish nationals. Therefore, it can be said that this paper will be carried out based on two branches: an administrative one and a judicial one.

The exhaustive analysis of the first procedures to which they are subjected will be taken into account first, specifically the age determination procedure, which due to its current legal configuration violates multiple rights of the minor, including fundamental ones.

And once we have studied the first branch, the one we qualify as administrative, we will see the problems that these individuals have to satisfy the right to effective judicial protection that is their own, since they will have difficulties in being able to access the jurisdictional bodies in defense of their interests, remaining defenseless against the same administration that exercises their guardianship, and that in turn ignores their interests, causing, therefore, a conflict.

Key Words: administration, age determination procedure, best interests of the minor, effective judicial protection

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Este trabajo aborda la actual situación existente entorno al estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en España. Se tratará aquí, las actuaciones a las que son sometidos desde que llegan a nuestras costas, así como las dificultades que tendrán para poder tutelar su derecho e intereses en condiciones de igualdad con los demás nacionales españoles. Por tanto, se puede hablar de que este trabajo se realizará sobre la base de dos ramas: una administrativa y otra judicial.

Se partirá entonces del análisis exhaustivo de los primeros procedimientos a los que son sometidos, en concreto, el procedimiento de determinación de la edad, que debido a su configuración legal actual vulnera múltiples derechos del menor, incluso fundamentales.

Y una vez estudiado la primera rama que calificamos de administrativa, veremos los problemas que tienen estos sujetos para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva que les es propio, pues tendrán dificultades para



poder acceder a los órganos jurisdiccional en defensa de sus intereses, quedando indefensos frente a la misma administración que ejerce su tutela y a su vez, ignora los intereses del menor, originándose un conflicto.

Palabras clave: administración, procedimiento de determinación de la edad, interés superior del menor, tutela judicial efectiva

ÍNDICE

1. Introducción	pág. 4
2. Contexto Histórico de la inmigración	págs. 4-5
3. Marco normativo de los menores extranjeros no acompañados en España	págs. 5-10
4. Régimen Competencial en materia de inmigración. Funciones de las Comunidades Autónomas	págs. 10-14
5. La llegada marítima de inmigrantes a Canarias y las actuaciones de la Policía	pág. 15
5.1 La primera detención, examen de legalidad.....	págs. 15-17
5.2 Identificación de un posible menor de edad.....	págs. 17-19
5.3 Pasaporte, equivalentes y su valor probatorio.....	págs. 19-27
6. Procedimiento de determinación de la edad y asistencia letrada	págs. 27-32
7. Menores extranjeros no acompañados y el acceso al proceso judicial	pág. 32
7.1 Derecho a la tutela judicial efectiva	págs. 32-35
7.2 Derecho a la asistencia jurídica gratuita	págs. 35-37
7.3 Dificultades de acceso al proceso judicial	pág. 37
7.3.1 La representación de los intereses del menor en el proceso.....	págs. 37-41
7.3.2 La inexistencia de un recurso efectivo contra el decreto de mayoría de edad.....	págs. 41-45
8. Conclusiones	págs. 45-48
9. Bibliografía	pág. 49

1. Introducción

El presente trabajo se ha realizado en el marco de un proyecto de innovación educativa *Estrategia educativa basada en aprendizaje-servicio aplicada a Trabajos de Fin de Grado y Trabajos de Fin de Máster*, que consiste en la formación de los participantes con el objetivo de involucrarse en necesidades reales del entorno con la finalidad de mejorarlo. Soy consciente de que el contenido del trabajo no es estrictamente procesal, pues el tema en cuestión obliga a tener en cuenta muchos otros aspectos, ya sea de derecho internacional o de derecho administrativo, pero no podía dejar pasar la oportunidad de que mi tutora, Alicia González Navarro, me invitara a llevar a cabo este proyecto de carácter multidisciplinar. Si a ello se suma la circunstancia de que se trata, además, de un tema de alta implicación social, se comprenderá por qué decidí aceptar. Espero con ilusión que, de alguna forma, el presente sea útil para contribuir y mejorar en alguna medida las condiciones de llegada y acogida de los menores que llegan a nuestras costas.

Por todo lo anterior, este trabajo de iniciación a la investigación tiene como objetivo plasmar desde una perspectiva predominantemente jurídica, las dificultades que tienen los menores extranjeros no acompañados en el momento de llegada a nuestro país. A lo largo del trabajo se estudiará de principio a fin, el desenvolvimiento del menor desde que llega irregularmente a nuestro país, centrándonos en los procedimientos administrativos y judiciales a los que será sometido y cómo los mismos, derivan en múltiples conflictos que, en la actualidad, siguen sin tener una solución satisfactoria. Estudiaremos si las prácticas a las cuales son sometidos respetan sus derechos más fundamentales y analizaremos si nuestro ordenamiento jurídico necesita o no un enfoque de infancia para la protección de estos sujetos en situación de total desamparo. Y lo más importante; veremos cómo en ciertos casos, estos menores tienen dificultades a la hora de acceder al proceso judicial, vulnerándose de forma frecuente su derecho a la tutela judicial efectiva, o como una vez en el proceso, no se respeta el interés superior del mismo, su derecho a ser oído, y tampoco su derecho a la asistencia letrada, siendo estas vulneraciones susceptibles de amparo constitucional por estar estos derechos íntimamente ligados con el recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución.

2. Contexto histórico de la migración

La posición geográfica de Europa y en especial la de España, fronteriza con África, marca de forma muy significativa su relación con el fenómeno migratorio proveniente de esa zona del mundo, sobre todo de su parte magrebí y subsahariana occidental¹.

La posición geográfica de Europa y en especial la de España, fronteriza con África, marca de forma muy significativa su relación con el fenómeno migratorio proveniente de esa zona del mundo, sobre todo de su parte magrebí y subsahariana occidental².

Hace décadas que España que viene recibiendo un flujo migratorio constante, de mayor o menor intensidad, proveniente desde esas partes del mundo, y así se constata con diversos fenómenos como la crisis de los cayucos de 2006, la situación que en 2018 se planteó en el arco mediterráneo o el del archipiélago canario del año 2020.

Serán varias las causas que determinan este desplazamiento migratorio desde África. Entre las de origen histórico, destaca el colonialismo de los siglos XVII y XIX y, sobre todo, la descolonización practicada en las primeras cinco décadas del siglo XX, que concluyeron con la independencia de toda una serie de países y la aparición de sus gobiernos autóctonos. Los nuevos estados intentaron organizar sus fuerzas de producción para poder sacar a África de su precariedad, pero el resultado desembocó en fracaso y como consecuencias de ello gran parte del continente padece desde hace años un limitado desarrollo económico y social que sus dirigentes no han querido o no han sabido solucionar.

Dicho contexto de pobreza origina lo que llamamos el proceso migratorio, donde miles de personas intentan buscar una nueva vida fuera de su hogar natal.

3. Marco normativo de los menores extranjeros no acompañados en España

Para centrar el ámbito de estudio de este trabajo, conviene analizar las normas que son aplicables a los menores extranjeros no acompañados en España.

El marco normativo al que están sujetos estos menores tiene un régimen de multinivel, es decir, su régimen jurídico estará condicionado por normas de carácter internacional, europeo, nacional y autonómicas. Por ello, en ese mismo orden, realizaré un análisis

¹ Informe del Defensor del Pueblo de Canarias: “La migración en Canarias”

² Ibidem

descendente hasta llegar al nivel autonómico, en nuestro caso, centraremos especial atención en Canarias.

En primer lugar, a nivel universal, hemos de destacar la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Estamos aquí ante un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho. Es el más ampliamente ratificado por los países del mundo. Hemos de destacar su artículo 2, referente a la no discriminación, que expone que todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación. También destacamos su artículo 3, relativo al interés superior del niño, que establece que todas las medidas deben estar basadas en la consideración del interés superior del menor y así corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tengan capacidad para hacerlo. También es relevante el artículo 6, relativo a su supervivencia y desarrollo, que establece que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y desarrollo. Por último, destacaremos respecto de este tratado, el artículo 12, referente a la opinión del niño, pues el mismo tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

En este mismo terreno, contamos con la “Observación General N°6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6”. También contamos en este extremo con la “Observación general conjunta núm.4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno”. Estas observaciones generales son pronunciamientos que realizan los Comités de Naciones Unidas encargados de velar, vigilar y controlar el cumplimiento de los tratados internacionales. Cada uno de los tratados tiene su comité, y en este caso, el Comité de los Derechos del Niño ha hecho estas dos observaciones, que son documentos explicativos del tratado madre, con gran utilidad pues nos explican qué interpretación se les debe dar a los artículos recogidos en los tratados. Estas observaciones no son sentencias ni tratados, es decir, no son directamente ejecutables ni

vinculantes, pero nuestro país se ha comprometido a dar aplicación al tratado en los términos en los que el Comité establece.

Por otra parte, nos encontramos en este nivel universal con, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y Protocolo de 1967, que si bien no se refiere al ámbito de los menores, tenemos que leerlo a la luz de la Convención de los Derechos del Niño. Como resultado de dicha lectura, surgen las “Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 197 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/09/08”, que tal y como se expone en el primer párrafo de la introducción: *“Estas directrices ofrecen orientación sustantiva y procedimental para llevar a cabo la determinación de la condición de refugiado de forma sensible a los niños. Subrayan los derechos y las necesidades específicas de protección de los niños en los procedimientos de asilo”*.

Descendiendo un nivel, pasamos al ámbito europeo, donde encontramos lo que podríamos denominar como dos ramas, por un lado, el Consejo de Europa cuya institución principal en la materia es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que controlará la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por otro lado, la rama de la Unión Europea, con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tendrá como órgano de vigilancia, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el ámbito del Consejo de Europa, si bien no se trata aquí de forma específica el campo de los menores, el TEDH acude a ciertos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos para defender los derechos de estos sujetos. Por ello, debemos tener en cuenta sobre todo el artículo 3 relativo a la prohibición de la tortura, el artículo 8 relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, el artículo 13 relativo al derecho a un recurso efectivo ante la instancia nacional y por último el artículo 14 relativo a la prohibición de discriminación³.

También en el ámbito del Consejo de Europa, hemos de destacar un convenio en especial, que es el “Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños”, donde se reconocen los derechos procesales de los menores de edad, es decir, los relativos al artículo 24 de la Constitución Española.

³ En este sentido, “STEDH H.A. y otros c. Grecia, de 28 de mayo de 2019” y, “STEDH KHAN c. Francia, de 28 de mayo de 2019”

Por lo que se refiere al ámbito de la segunda rama mencionada, tenemos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la cual debemos tomar en especial consideración el artículo 7 relativo al derecho al respeto de su vida privada y familiar, el artículo 18 relativo al derecho de asilo, el artículo 19 sobre la protección en caso de devolución, expulsión y extradición, el artículo 24 relativo a los derechos del menor y el artículo 47 en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

A continuación, en lo relacionado con las directivas, debemos tomar en cuenta las siguientes: la “Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 , por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida”, la “Directiva 2013/32/UE, sobre Procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional”, siendo esta de aplicación directa por falta de transposición, la “Directiva 2013/33/UE, sobre condiciones de acogida de solicitantes de protección internacional, siendo también de aplicación directa por la misma causa, la “Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, y por último la “Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 , relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular”.

De nuevo, descendemos otro nivel y pasamos al ámbito nacional. Como es de esperar, la primera norma que defenderá los derechos de los niños será la Constitución Española de 1978, cuando en su artículo 39.4 expone lo siguiente: *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

Más allá de la Constitución, nos encontramos con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que dedica su título I a los derechos de los menores, apuntando en su artículo 1 que dicha ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, no distinguiendo entonces entre menores españoles y menores extranjeros acompañados o no acompañados. Asimismo en su artículo 3, se establece que *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás*

derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social". Por lo que se refiere a menores extranjeros, el artículo 10.3 preceptúa: *"Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley"*. Esta aclaración es superflua pues los artículos 1 y 3 no dejan ningún tipo de duda al respecto⁴.

Por último y más importante, resaltar el artículo 12.4, que fue introducido en esta Ley después de que el Tribunal Supremo estableciera doctrina sobre el valor probatorio de los pasaportes y equivalentes y así, expone lo siguiente: *"Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un **juicio de proporcionalidad** que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas"*.

En este mismo nivel, también contaremos con la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración social así como el Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo. De igual forma, debe tenerse en cuenta la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y el Código Civil, en concreto su artículo 172 sobre

⁴ Cabedo Mallol, V. (2011), «Marco normativo de los menores extranjeros no acompañados en España», en Cabedo Mallol (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 33

la declaración de desamparo. Y por último, citaré una resolución que no tiene carácter normativo, es decir, no estamos ante una norma, sino ante un protocolo que fue adoptado a través de la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados, que está dirigido a armonizar las actuaciones de las administraciones públicas en relación con el tratamientos que se le da a los menores extranjeros.

Para finalizar con este epígrafe, hemos de descender al último nivel, el autonómico. En éste nos centraremos en el caso de Canarias. La primera norma que citaré, como no puede ser de otra forma, será el Estatuto de Autonomía de Canarias, que a lo largo de su articulado pone de manifiesto que la Comunidad Autónoma ha asumido competencias en materia de acogida e integración de menores extranjeros no acompañados. También tenemos en el ámbito canario, la Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias, que en su artículo 9 hace expresa mención al derecho de acceso de los menores extranjeros a los servicios sociales y también, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores. Por último, debe citarse también el Decreto-ley 23/2020, de 23 de diciembre, por el que se modifica la normativa de atención a la infancia para adaptar los centros de atención inmediata como dispositivos de emergencia para el acogimiento de menores extranjeros no acompañados.

4. Régimen competencial en materia de inmigración. Funciones de las Comunidades Autónomas

Los artículos 148 y 149 de la Constitución Española realizan una distribución de competencias a favor de las Comunidades Autónomas y del Estado respectivamente. Dicho reparto competencial ha generado numerosos conflictos que han sido planteados ante el Tribunal Constitucional, pues la dificultad de interpretación de estas competencias ha provocado una difusa y borrosa línea que no delimita de forma clara y precisa qué competencias corresponden a cada ámbito. De esta forma, conviene estudiar las distintas interpretaciones que se han realizado en relación con otros títulos competenciales para así poder llegar a comprender el título concreto que nos ocupa, es decir, el relativo a la materia de inmigración.

En primer lugar, es necesario saber cómo ha afectado el hecho de que España sea parte de la Unión Europea en la materia objeto de estudio. El Tratado Constitutivo de la

Comunidad Europea, en su título IV, rotulado “*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*”, ha adoptado numerosas competencias en materia de fronteras, visados, asilo, etc.... Esta circunstancia ha provocado que se dicten numerosas fuentes normativas europeas que han sido bien directamente aplicables en España como es el caso de los Reglamentos o bien, han requerido la transposición del derecho de la Unión Europea a España a razón de la aprobación de Directivas⁵.

En un primer momento, conforme al artículo 149.1.3 CE que expone lo siguiente: *1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 3.ª Relaciones internacionales*”, se entendió por parte del Tribunal Constitucional en su STC 1/1982 que el Estado era el único competente para trasponer las Directivas que la Unión Europea dictara, realizando entonces una interpretación desbordante del precepto. Posteriormente, el Tribunal Constitucional cambia de parecer y realiza una interpretación más restrictiva de este precepto, aclarando que la competencia exclusiva atribuida aquí al Estado español no puede alcanzar cualquier actuación exterior provocando así la desaparición de trabas a la hora de que las Comunidades Autónomas tengan capacidad de participación en los asuntos de la UE. Incluso, con posterioridad a esta interpretación, surge otra de carácter aún más restrictivo como consecuencia de la STC 165/1994. Dicha sentencia delimita el alcance que tiene la reserva en favor del Estado y expone que “*para delimitar el alcance de esa reserva, es necesario tener en cuenta que no cabe identificar la materia "relaciones internacionales" con todo tipo de actividad con alcance o proyección exterior. Ello resulta tanto de la misma literalidad de la Constitución (que ha considerado necesario reservar específicamente al Estado áreas de actuación externa que se consideran distintas de las "relaciones internacionales": así, "comercio exterior" -art 149.1.10- o "Sanidad exterior" -art. 149.1.16) como de la interpretación ya efectuada por la jurisprudencia de este Tribunal, que ha manifestado que no acepta que "cualquier relación , por lejana que sea, con temas en que estén involucrados otros países o ciudadanos extranjeros, implique por sí sola o necesariamente que la competencia resulte atribuida a la regla "relaciones internacionales."*”.

⁵ Blázquez Rodríguez, Irene: “*Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en Inmigración: Un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea*”. Disponible en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/07IreneBlazquezRodriguez.htm#05> (fecha de última consulta: 11 de mayo de 2021)

Interpreta así el Tribunal Constitucional que el término “*relaciones internacionales*” no se identifica con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior, ni tampoco, obvio es, con la “*política exterior*” en cuanto acción política del Gobierno. Así, culmina la interpretación de este precepto y se admite que las Comunidades Autónomas también tienen competencias en las relaciones internacionales, es decir, en el proceso de transposición y adaptación del derecho de la UE en el ámbito de sus competencias.

Ahora bien, de la misma manera en que se menciona el artículo 149.1. 3º, el artículo 149.1. 2º preceptúa lo siguiente: “1. *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 2.ª Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*”.

En este caso no ha tenido lugar la intervención delimitadora del Tribunal Constitucional, es decir, no existen “normas paraconstitucionales de creación jurisprudencial” en las que sustentar un hipotético reparto entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obstante, no toda actuación pública que tenga alguna vinculación con la inmigración será efectivamente competencia del Estado, pues existen títulos competenciales de carácter autonómico y de naturaleza sectorial que inciden en la inmigración y a los cuales no alcanza la competencia estatal⁶.

Para entender la razón de la falta de concreción de la delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en inmigración tenemos que observar la cuestión desde un punto de vista histórico. En un primer momento, con la aprobación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la inmigración carecía de relevancia en nuestro país, lo único relevante frente a este fenómeno para las Comunidades Autónomas era el control de la entrada de los extranjeros para lo cual era competente el Estado. Pero a finales de 2004, los extranjeros con permiso de residencia superaban los dos millones frente a los ciento noventa mil de 1981. Dicho incremento provoca que ya no solo las cuestiones de control de entrada y las situaciones jurídico-administrativas de los extranjeros eran relevantes, sino que, como ha venido ocurriendo, la inmigración incide en todos los ámbitos de la vida social, especialmente en el marco de los servicios

⁶ MONTILLA MARTOS, J.A.: “Las funciones y las competencias de las Comunidades Autónomas en inmigración”. (AJA, E., Dir.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág 23.

públicos de naturaleza social como lo son la educación, sanidad, cultura, asistencia social, vivienda, etc ⁷.

Para realizar este análisis de forma más objetiva y clara es conveniente observar cómo a partir de esta evolución, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas recogen competencias en materia de inmigración. Sin ir más lejos, en el Estatuto de Autonomía de Canarias en su artículo 144, se establece lo siguiente: *1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de inmigración sin perjuicio de las competencias constitucionalmente atribuidas al Estado sobre la materia: a) La competencia exclusiva en la atención sociosanitaria y de orientación de los inmigrantes no comunitarios. b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias. c) La adopción de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigrantes y para la garantía de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. d) El establecimiento, de acuerdo con la normativa estatal, de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigrantes, incluidos los menores extranjeros no acompañados.*

De dicho artículo extraemos que estamos ante competencias que tienen las Comunidades Autónomas atribuidas desde mucho antes de la aparición del problema y que se adaptan al fenómeno de la inmigración.

Una vez delimitadas las competencias que, por un lado, corresponden al Estado y, por otro, a las Comunidades Autónomas, centraremos la atención sobre los distintos regímenes de actuación que se dan en la práctica. Concretamente, hablamos del primer momento en que los inmigrantes y en concreto los menores, llegan a España por vía marítima y según el lugar al que arriben, las actuaciones por parte de la policía y la administración serán unas u otras.

Desde mi punto de vista, el principal problema radica en que no existe una norma jurídica vinculante nacional que regule cómo debe ser el procedimiento aplicable a un menor extranjero no acompañado desde su llegada a España. Es cierto que, si acudimos a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 35 sobre los menores no acompañados, se dan unas muy breves pautas sobre el procedimiento que se ha de seguir cuando se

⁷ MONTILLA MARTOS, J.A.: ‘Las funciones y las competencias de las Comunidades Autónomas en inmigración’. (AJA, E., Dir.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág 24-25

identifica a un menor no acompañado. También contamos aquí con el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, y más concretamente, en su artículo 190, de nuevo se vuelve a establecer de forma muy breve ese procedimiento que solo alcanza a la detección de un posible menor de edad. La especialidad aquí, es que en el artículo 190.2 del mencionado Real Decreto se establece lo siguiente: *“La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un **Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados** destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación”*.

En efecto, nos encontramos aquí con el presupuesto que dio origen al actual *“Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados”* que se aprobó en el año 2014. Dicho protocolo tiene como finalidad coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y documentación.

También cabe explicar que dicho protocolo tiene como ámbito subjetivo de aplicación a todo menor extranjero no acompañado que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea y que llegue a territorio español sin la compañía de un adulto que se haga responsable de él, por lo que, el protocolo se aplicará allí donde este menor se encuentre, no siendo relevante el lugar físico.

El problema jurídico que nos encontramos es que el protocolo no es norma jurídica y por tanto tampoco es fuente de derecho, lo que tiene como consecuencia que su contenido no sea vinculante. Es por ello, que las Comunidades Autónomas, no siguen un modelo de actuación homogéneo entre ellas, sino que, en función de sus necesidades, actuarán de una forma u otra, provocando que, en ocasiones, sus necesidades se superpongan sobre las de los menores extranjeros no acompañados.

Este problema se origina por la falta de compromiso de las Comunidades Autónomas, pues en el artículo 1.3 del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados establece lo siguiente: *Es concebido*

como Protocolo marco, entendido como tipo o patrón de buenas prácticas que, independientemente de su valor vinculante para las instituciones del Estado que lo suscriban, debería ser completado con la redacción de los correspondientes Protocolos territoriales para que –según sus respectivas normas estatutarias– pueda obligar a las administraciones e instituciones autonómicas respectivas.

En efecto, esta falta de armonización del procedimiento a seguir en el asunto a estudiar es lo que provoca que en función del lugar en el que estemos las actuaciones de las instituciones sean de una forma u otra.

5. La llegada marítima de inmigrantes a Canarias y las actuaciones de la Policía

Cuando los inmigrantes consiguen realizar la travesía por mar superando toda clase de obstáculos, finalmente llegan a nuestras costas, intentando acceder de forma irregular a territorio nacional. Una vez estas personas son atendidas bien por miembros sanitarios o bien son previamente rescatadas en alta mar, son puestos a disposición de la Policía Nacional, para la realización de los trámites previstos en la Ley Orgánica 4/2000 de los derechos y libertades de los Extranjeros en España y de su integración social.

5.1 La primera detención, examen de legalidad

Cuando los inmigrantes son atendidos en primer lugar por equipos de Cruz Roja española, pasan a disposición policial en calidad de detenidos, por un plazo máximo de 72 horas, mientras se tramita el procedimiento de devolución. Nuestra cuestión de análisis es verificar si esta detención cumple con los requisitos legales.

En primer lugar, lo analizaremos desde el punto de vista penal. La entrada irregular en territorio español no está comprendida como delito en nuestro actual código penal, por lo que, con base en esta afirmación, la Policía no podrá detener a los inmigrantes en razón del artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En segundo lugar, lo analizaremos desde el punto de vista administrativo. En principio, la Ley Orgánica 4/2000 contempla en el artículo 53.1.a) que será considerada infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español, ya sea por no haber obtenido la prórroga de estancia, por carecer de autorización de residencia o por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma reglamentariamente. Como toda infracción administrativa, la misma lleva aparejada una sanción que conforme al artículo 55.1.b)

LO 4/2000, que contempla las infracciones tipificadas como graves serán sancionadas con multa de 501 hasta 10.000 euros. Hasta ahora no observamos ninguna norma que respalde la legalidad de la detención, pero el artículo 57 menciona algo relevante. Dicho precepto normativo expone que *Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.*

Vemos aquí que existe entonces una sanción alternativa a las especificadas en el artículo 55.1.b) que trataría la expulsión del territorio en atención al principio de proporcionalidad, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada. Con base en esta sanción alternativa, esta ley orgánica permite que se apliquen una serie de medidas cautelares que están reguladas en el artículo 61.1 y que son: presentación periódica ante las autoridades competentes; residencia obligatoria en determinado lugar; retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida; **detención cautelar** por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento; internamiento preventivo, previa autorización judicial; cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

Sabemos entonces que esta primera detención que se realiza a los adultos está respaldada en la normativa y por tanto es legal. Pero, ¿puede llegarse a la misma conclusión en el caso de los menores? Este asunto también merece especial atención.

El artículo 35.3 de la LO 4/2000 establece lo siguiente: *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 con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

Sin embargo, lo que sucede en la práctica es que una vez los inmigrantes llegan a nuestras costas, es el Cuerpo Nacional de Policía, quien después de separar a los presuntos menores del resto, comunicará esta situación al fiscal y conducirán al interesado al centro sanitario para la realización de las pruebas de determinación de la edad⁸. Lo que nos ocupa ahora es cuál es la situación jurídica del menor durante ese traslado, a lo que la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social contesta: *Por otra parte, la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la L.O. 1/1992, de Protección de la seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del art. 17 de la Constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 341/93, de 18 de noviembre, y 86/96, de 21 de mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario».*

A priori, esta privación de libertad cumple con las garantías constitucionales del artículo 17 de la Constitución, en los términos expresados por las SSTC 341/93, de 18 de noviembre, y 86/96, de 21 de mayo. Sin embargo, merece adelantar ahora el último inciso del párrafo citado, que expone lo siguiente: *No es precisa, por el contrario, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el art. 520.2.c) LECr limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos.*

Sobre esta última cuestión se realizará un análisis más adelante, por lo que, respecto a este epígrafe, la conclusión debe ser provisional, derivando así en que a priori las actuaciones a las que son sometidos los menores extranjeros cuando llegan a nuestras costas son ajustadas a la jurisprudencia.

⁸ Informe del Defensor del Pueblo de España sobre el procedimiento de determinación de la edad, pág 124. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/menores-o-adultos-procedimientos-para-la-determinacion-de-la-edad-enero-2012/>

5.2 Identificación de un posible menor de edad

Para que un menor extranjero no acompañado pueda ser protegido una vez entra en territorio nacional, es presupuesto preceptivo su localización e identificación. Dichas tareas irán encomendadas a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en estos casos, a la Policía Nacional. Estos realizarán esta función en base al artículo 35.3 de la L.O. 4/2000 que preceptúa lo siguiente: “*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...*”.

De dicho precepto se extrae lo que hoy día es una gran problemática para los menores extranjeros no acompañados e indocumentados. Estamos aquí ante decisiones arbitrarias y subjetivas por parte de la policía, es decir, serán ellos los que deberán identificar al extranjero cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, basándose en criterios que son desconocidos. He de recordar que el Cuerpo Nacional de Policía no está especializado en dicho ámbito, pues no tienen la formación necesaria para identificar a un posible menor.

Esto en la práctica provoca que muchos menores se queden fuera del sistema de protección –el denominado *sistema humanitario*-- que les es propio. En ocasiones, lo que sucede es que, con la llegada marítima de inmigrantes, existen menores que no han sido identificados como tales. Una vez son considerados adultos y se les presta asistencia jurídica para los procedimientos de devolución, existe la posibilidad de que el abogado que les asista dude sobre la minoría de edad de un extranjero, siendo ya dicho dato dubitado. El problema es que seguirá siendo competente para dicha identificación el Cuerpo Nacional de Policía y lo más probable es que exista un conflicto de opiniones entre el abogado que detecta a ese posible menor y el policía que no tiene ninguna duda de que dicho extranjero es mayor de edad.

Esa negativa de la policía a reconocer que la minoría de edad es dubitada, nos interesa recogerla en el expediente administrativo para así a la hora de recurrir el procedimiento de devolución contar con un soporte documental de la certeza que manifestaba la policía de que dicho extranjero era adulto.

También nos interesa para solucionar la raíz del problema, apoyarnos en el trabajo que realizan otras entidades, como bien pueden ser Cruz Roja, que en ocasiones recaba datos de los posibles menores que ha identificado o también *Save The Children*, que

también en ocasiones está en primera línea en la llegada marítima y asimismo recaba información sobre los posibles menores detectados. Todo ello con el fin de disponer posteriormente de fuentes de prueba en nuestro poder y así facilitar las resoluciones que se quieran recurrir en el correspondiente el procedimiento de devolución.

Asimismo, en el supuesto que planteábamos anteriormente, en el que los miembros de la Policía Nacional se niegan a reconocer que existen dudas sobre la minoría de edad y por tanto, no se iniciará un procedimiento de determinación de la edad, es posible que podamos de alguna manera subsanar las actuaciones de la autoridad policial a través del mecanismo que nos ofrece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 13.1 que expone lo siguiente: *“Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”*.

La conclusión a la que llego es que el hecho de que la identificación de un posible menor se realice de forma discrecional por la Policía genera grandes problemas que deben ser solucionados. Primeramente, la identificación de este posible menor de edad debería realizarse desde un enfoque garantista, es decir, desde el momento en el que dicha persona manifiesta ser menor de edad se le debería aplicar la presunción de minoría de edad y por ende iniciar un procedimiento de determinación de la edad. A falta de esta solución propuesta, otra posible sería que en el proceso de identificación del menor de edad concurren profesionales que sí estén formados para esa posible actuación, como por ejemplo, pediatras, integradores sociales, psicólogos, etc, dando así un enfoque multidisciplinar a esa primera identificación, de manera que: *“para efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y en un idioma que el niño pueda entender”*⁹. En

⁹ Observación general conjunta No 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre

tercer lugar y como última solución que plantearé es la anteriormente expuesta, es decir, la que nos ofrece la L.O. 1/1996.

5.3 Pasaporte, equivalentes y su valor probatorio

Para analizar el contenido de este epígrafe es conveniente citar de nuevo el artículo 35.3 de la LO 4/2000 que preceptúa lo siguiente: *“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 con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, **que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias**”.*

Asimismo, el artículo 190.1 del RD 557/2011 establece lo siguiente: *“Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado **cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación** o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados”.*

De la literalidad de ambos preceptos extraemos que los procedimientos de determinación de la edad serán aplicables a aquellos extranjeros de dudosa minoría de edad que no posean consigo alguna clase de documento que permita verificar si efectivamente estamos ante un menor extranjero o ante un adulto¹⁰. Esta interpretación a priori parece correcta y garantista, pero en la práctica no es la única, pues no será la que aplique el Ministerio Fiscal, cuyas actuaciones, en un primer momento, venían condicionadas por la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre, la Circular 2/2006, de 27 de julio y la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, para posteriormente dictar el Protocolo de Menores Extranjeros no acompañados¹¹.

las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23), párr. 4.

¹⁰ Gómez Fernández, I: “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 2/2017, pág 13

¹¹ *Ibidem*

En cuanto a este último, hemos de acudir a lo establecido en su apartado sexto localizado en el Capítulo II que expone lo siguiente:

*“Si en el instante de su localización o en un momento posterior, **el menor presenta documentación oficial expedida por su país de origen** serán de aplicación los siguientes criterios:*

*1. Las certificaciones emitidas por las autoridades extranjeras relativas al estado civil de las personas, así como cualquier otro documento extranjero que recoja datos identificativos del menor, como el pasaporte o los documentos de identidad, **no constituyen prueba plena sobre la edad, filiación, matrimonio o emancipación del menor salvo que así venga reconocido expresamente por Convenio o Tratado internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).***

*2. No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras **a los efectos del artículo 25.1 LOEX serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad** y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados.

B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente.

C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos.

D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española.

E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado.

F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento.

G) Incorporen datos inverosímiles.

*3. **Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado.**”*

Por ello, la iniciación del procedimiento de determinación de la edad, queda sometida a la decisión de la Fiscalía, que será la que determine cuándo existen dudas sobre la edad del posible menor extranjero, y sobre todo, cuándo entiende que un extranjero que se manifiesta menor está indocumentado¹².

Respecto a esta interpretación del Ministerio Fiscal es necesario recordar la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia y que se inicia con la sentencia de la sala 1ª, de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1382/2013) que establece que: *“un pasaporte es válido cuando **ha sido expedido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y los funcionarios encargados de su recepción no pueden valorar dicha validez, y aunque el art. 35 LO 4/2000, 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros España, autoriza la realización de las pruebas médicas necesarias para la determinación de la edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, la Sala establece, y fija como doctrina, que una correcta interpretación de la norma permite mantener que “un inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido”**”*. Por tanto, procede realizar un **juicio de proporcionalidad** y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”.

A esta interpretación se suma el Defensor del Pueblo, quien de forma indirecta no recomienda la realización de pruebas complementarias cuando exista un documento que acredite que el joven es menor de edad¹³. Dicha interpretación la realiza en torno al artículo 392 del Código Penal, referido al delito de falsedad documental y así el Defensor del Pueblo manifiesta: *“la interceptación de una persona extranjera que porta*

¹² Gómez Fernández, I: “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 2/2017, pág 14

¹³ Gómez Fernández, I: “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 2/2017, pág 15

un pasaporte u otro documento de identidad en el que consta su minoría de edad de cuya autenticidad o titularidad se duda, no podrá en ningún caso ser objeto del procedimiento administrativo previsto en el artículo 35 de la Ley de Extranjería para los indocumentados, ya que existen indicios de la comisión de una infracción penal, siendo esta jurisdicción preferente. En estos casos será la autoridad judicial, en el marco del procedimiento penal, la que ordene la práctica de las pruebas necesarias para determinar si el presunto autor es mayor o menor de edad y, por tanto, si el delito de falsedad se ha cometido o no¹⁴”.

De dicha manifestación se extrae que el artículo 35.3 de la LO 4/2000 solo se aplicará en aquellos supuestos en los que estemos ante extranjeros indocumentados sobre los que no se pueda establecer su minoría de edad con seguridad. En el caso de extranjeros documentados, si existieran indicios de falsedad documental, habrá que remitir las actuaciones a los juzgados del orden jurisdiccional penal.¹⁵

También se suma a la interpretación jurisprudencial el Síndic de Greuges catalán y así transmite: *“el Síndic de Greuges considera que no se pueden concebir como indocumentados los menores que presentan pasaportes legalmente expedidos por sus países de origen o no declarados inválidos por ningún organismo competente, con validez para acreditar su identidad ante los organismos oficiales. De hecho, la experiencia de esta institución ha constatado la validez en numerosos casos en que la misma Administración no ha permitido a estos jóvenes, una vez expulsados de los sistemas de protección de menores, hacer uso de los servicios de la red de atención de adultos porque eran considerados menores de edad, de acuerdo con su documentación en regla. Además, ésta es la documentación que utilizan estos jóvenes a la hora de empadronarse o de solicitar plaza a la oferta formativa, por ejemplo”¹⁶.*

Y por último, sobre esta misma línea interpretativa también se asienta el Comité de los Derechos del Niño, y lo cual puede constatarse en el **Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la**

¹⁴ Informe del Defensor del Pueblo de España sobre el procedimiento para la determinación de la edad, pág 132. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/menores-o-adultos-procedimientos-para-la-determinacion-de-la-edad-enero-2012/>

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados de 20 de diciembre de 2010, págs 5-6 disponible en http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2996/RESOLUCI%C3%93%20SOBRE%20EL%20Proceso%20determinacion_revisada%20sinnombres_prensa_cast.pdf

Comunicación Núm. 16/2017, donde conforme a la Observación General Conjunta N°4 se establece que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en debida consideración las declaraciones de los niños.

Parece claro entonces que sobre esta línea interpretativa deberían respaldarse las actuaciones del Ministerio Fiscal pero, lamentablemente, ocurre todo lo contrario y es que la Fiscalía respalda sus actuaciones en el juicio de proporcionalidad que el Tribunal Supremo le permite realizar para valorar los supuestos en los que, a pesar de existir documentación válida, sea posible dudar de su veracidad y en consecuencia, realizar las pruebas médicas¹⁷. Más preocupante es aún, otro criterio que actualmente sigue la Fiscalía, y trata de considerar como prueba plena la negativa a realizarse las pruebas médicas por parte del menor.

Respecto a esto último resulta conveniente reproducir un caso que se encuentra inserto en el Informe del Defensor del Pueblo de España sobre el procedimiento para la determinación de la edad (2010): *“tomaremos como ejemplo el caso de O. S. B., menor documentado con pasaporte, que a requerimiento de la entidad de protección que ejerce su tutela, es citado por la Fiscalía de Menores de Barcelona para realizar pruebas radiológicas para determinar su edad, dado “que había dudas sobre la veracidad de la fecha de nacimiento a la vista de su aspecto físico“. Asimismo, en la citación se le informaba que en “caso de negarse a someterse a tales diligencias será considerado mayor de edad”. O. S. B. se negó en un principio a someterse a las pruebas radiológicas, insistiendo en que su documentación evidenciaba su minoría de edad. Una vez informado de que su negativa podría ser valorada como un importante indicio de su mayoría de edad, accedió a realizarlas, si bien, indica que desea ser acompañado por su abogado. La fiscalía no accede a dicha petición al considerar: “que es un absurdo que el abogado esté presente en la práctica de pruebas radiológicas, aunque solo fuera porque se estaría sometiendo a la recepción de radiaciones de forma innecesaria”. Asimismo, justificó el hecho de no tener en cuenta la documentación acreditativa del menor al no existir “Tratado o Convenio alguno con la República de Gambia que obligue a España a dar por válida la fecha de nacimiento que consta en el pasaporte”.*

¹⁷ Gómez Fernandez, I: “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 2/2017, pág 15

Siguiendo el hilo del caso, finalmente fue considerado mayor de edad, y en todos y cada uno de los casos que el Defensor del Pueblo analiza en su informe, en aquellos donde se dio la negativa del presunto menor, acabó siendo considerado mayor de edad mediante decreto del fiscal.

También vemos esta práctica en la más reciente actualidad y así en el **Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 10 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 22/2017**, respecto a un posible menor se observó lo siguiente: “*con base en la negativa del autor de someterse a tales pruebas por disponer de documentos de identidad oficiales y originales, la Fiscalía de menores emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad;*”.

Es importante antes de finalizar este epígrafe hacer también una comparación a los principios del proceso penal en España, entre ellos, el principio *in dubio pro reo* frente a la presunción de la minoría de edad.

En el proceso penal español, en cuanto a la carga de la prueba, tal y como expresa MONTERO AROCA¹⁸ podemos decir que existe un reparto de la carga probatoria cuando la defensa alega hechos impositivos o extintivos. Así, la prueba del hecho criminal imputado y de la participación en él del acusado es carga probatoria de los acusadores, y los hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos corresponden al encausado produciéndose el desplazamiento del onus probandi.

Asimismo, manifiesta MONTERO AROCA¹⁹, que la carga de la prueba obtiene una segunda manifestación, que consiste en determinar sobre quienes deben recaer las consecuencias negativas de la insuficiencia de la prueba. Así, partimos de los siguientes elementos: 1.º) Debe existir certeza de los hechos criminales imputados y de la responsabilidad del acusado en el mismo, para que se dicte una sentencia condenatoria. 2.º) La certeza solo puede alcanzarse mediante medios de prueba suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. 3.º) Probados los anteriores conceptos, para que pudiera dictarse una sentencia absolutoria, sería necesaria la prueba de los hechos impositivos o extintivos (por ejemplo, la concurrencia de legítima defensa, enajenación

¹⁸ Montero Aroca, J: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 394-395

¹⁹ *Ibidem*

mental, indulto, amnistía) por la defensa. 4.º) En todo caso, el problema fundamental que conlleva la necesidad de analizar la carga de la prueba es el de determinar la consecuencia de la «duda», que no supone, en ningún caso, el reparto de las consecuencias negativas entre las partes, sino que debe fijarse sobre quién recaerá la misma.

En casos de dudas donde no haya existido actividad probatoria suficiente, se aplicará el principio *in dubio pro reo*, es decir, en caso de duda se resolverá a favor del encausado. Ahora, volviendo al tema sobre el que versa este epígrafe, comparemos lo que sucede en el procedimiento administrativo frente al proceso penal. Como similitudes he de afirmar que en ambos casos el sujeto vulnerable que tiene probabilidades de salir perjudicado ve sus intereses en riesgo, en el procedimiento administrativo supondrá que el menor no pueda acogerse al sistema de protección y por tanto sea tratado como un adulto para aplicarle la Ley de Extranjería, y en el proceso penal el acusado que es susceptible de recibir una condena sea la pena que sea. En cuanto al elemento probatorio, en el procedimiento administrativo el menor que prueba su minoría de edad a través de un documento oficial expedido por un tercer país verá cómo no se le aplicará la presunción de minoría de edad y ni siquiera llegará a existir actividad probatoria de la administración o el Ministerio Fiscal que desvirtúe la validez del documento cuando existan dudas sobre la veracidad del mismo, mientras que en el proceso penal, el encausado que alegue hechos impeditivos o extintivos que no dejen certeza clara de su inocencia pero tampoco de su culpabilidad, verá sus intereses favorecidos a través del principio *in dubio pro reo*.

La conclusión de este brevísimo análisis comparativo es que parece ser que, en nuestro sistema administrativo, los intereses del menor no se tomarán en cuenta. Si bien la jurisprudencia, el Defensor del Pueblo, y el Comité de los Derechos del Niño, han dejado claro que no se tienen que realizar pruebas de determinación de la edad cuando exista un posible menor que tenga en su poder documentación que efectivamente indique que es menor de edad, el Ministerio Fiscal sigue haciendo caso omiso y escudándose en ese juicio de proporcionalidad que el Tribunal Supremo le permitió realizar en su día, catalogando cada documento como “falso o con indicios de falsedad”, lo que supone como es obvio, una total desproporcionalidad. Incluso existen casos, como es el de la STS 453/2014 donde frente al documento que el menor había aportado, no existían indicios de falsedad, pues tal documentación no había sido invalidada, ni

desacreditada, ni existían sospechas de manipulación, pero el Fiscal con base en la manifestación que había realizado el posible menor al llegar a la costa de que era mayor de edad (manifestación que suelen hacer pensando que así encontrarán trabajo), determinó que efectivamente no era menor de edad.

En mi opinión la solución a este problema puede nacer de dos fuentes, una puede ser a través de una corrección jurisprudencial eliminando la posibilidad de realizar juicios de proporcionalidad por parte del Ministerio Fiscal, declarando la necesidad de que se estudien los documentos y contacten con las administraciones correspondientes de los terceros estados para probar la veracidad o la falsedad de los elementos probatorios o bien una reforma de la Ley de Extranjería, que le reconozca valor de prueba plena a los pasaportes y equivalentes salvo prueba en contrario.

6. Procedimiento de determinación de la edad y asistencia letrada

Es procedente ahora, traer a este epígrafe aquella manifestación que realizaba la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que mencionábamos en el epígrafe 5.1, donde, se exponía: *“Por otra parte, la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la L.O. 1/1992, de Protección de la seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del art. 17 de la Constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 341/93, de 18 de noviembre, y 86/96, de 21 de mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario. No es precisa, por el contrario, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el art. 520.2.c) LECr limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos”*.

Podríamos decir, que el procedimiento de determinación de la edad comienza desde que se identifica a estos posibles menores y quedan sometidos a una situación de privación de libertad, siendo trasladados a los centros sanitarios y permaneciendo estos en los mismos. Durante esta fase, el menor no contará en ningún momento con un abogado defensor de sus intereses, quedando al arbitrio de la administración que ostenta su tutela y como tal debe protegerle a la vez que es esa misma la que procede a esta determinación de la edad con el fin de finalizar esta tutela lo antes posible.

Podríamos decir que la presencia del abogado en el expediente de determinación de la edad es una reclamación formulada desde muy diferentes ámbitos. Así, según NICUESA LAFONT²⁰, distinguimos dos posiciones.

La primera es la de la **tesis prejudicial o administrativa**. Acorde con esta interpretación, la existencia de un abogado defensor será imprescindible en todas y cada una de las fases del expediente administrativo y sobre esta idea, cabe distinguir dos criterios²¹:

a. El abogado deberá estar nombrado desde el primer momento: así se aclara en el XXIV Encuentro de Abogados de extranjería, Bilbao, 2014 cuando recomienda *“la inclusión en el Protocolo de Menores Extranjeros...de la asistencia letrada obligatoria para el menor extranjero no acompañado en cualquier procedimiento administrativo relativo a la determinación de edad, dadas las graves consecuencias que ello puede tener para su estatuto jurídico. Sería deseable en cualquier caso que, dada la previsible existencia de un conflicto de intereses con la Administración que lo debe tutelar (y que es la misma que trata de determinar que es mayor de edad para eludir sus responsabilidades) se nombre un letrado, en la figura del Defensor Judicial, para el menor desde el mismo momento de la detección de su caso sin esperar a la existencia de un procedimiento de determinación de edad o de repatriación (de forma similar a la asistencia letrada en procedimientos de expulsión o devolución donde el extranjero tiene garantizada dicha asistencia desde que se detecta su situación de irregularidad documental). No tiene justificación alguna que se garantice la asistencia letrada a extranjeros mayores de edad para cualquier procedimiento que pueda acarrear su expulsión del territorio nacional y no se garantice así para los menores de edad,*

²⁰ Nicuesa Lafont, Luis: *La Determinación de la Edad del Presunto Menor Extranjero. Pasaporte Contra Pruebas Médicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág 213

²¹ Ibidem

respecto a los cuales la propia Administración ostenta un deber especial de protección conforme a la legislación nacional e internacional vigente en nuestro sistema”.

En esta misma línea también se manifiesta el Defensor del Pueblo²² estableciendo que *“el interesado en un procedimiento de determinación de la edad debe contar con asistencia letrada desde el inicio de las diligencias. El conflicto de intereses en estos casos queda patente desde un inicio. Por tanto, la única respuesta que garantiza de manera suficiente los derechos del interesado es gozar desde el inicio del procedimiento con asistencia letrada independiente”* e incluso, también realiza una recomendación al Ministerio de Trabajo e Inmigración que consiste en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 con el fin de asegurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, durante el procedimiento de determinación de la edad²³.

b. El abogado deberá estar nombrado antes de que se adopte la decisión de autorizar las pruebas médicas: esta es la opción propuesta por los secretariados de Jueces Para la Democracia y de la Unión Progresista de Fiscales, al señalar que la persona en el expediente debe *“...estar debidamente asistida de letrado durante todo el procedimiento, para que este derecho de audiencia sea real y efectivo”*. Asimismo, la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía²⁴ fija un Protocolo de actuaciones sobre la actuación letrada de los abogados de los Turnos de Oficio en la materia de extranjería, y así: *“68.- Exigir, aunque no existe previsión legal expresa al respecto, cuando por cualquier medio llegue a su conocimiento que se pretende realizar o se está realizando una prueba de determinación de la edad de un presunto menor extranjero no acompañado, que el menor sea asistido jurídicamente”*.

Así, SÁNCHEZ JIMÉNEZ²⁵, aunque consideremos que la intervención del Fiscal garantiza la protección del menor entiende que para cumplir de forma total y definitiva con el objetivo que se persigue, será precisa la asistencia letrada al menor. Esta asistencia, subsanaría muchas de las vulneraciones que se dan en la práctica. Estas actuaciones que deben ser solucionadas irían desde las primeras a los que son sujetos

²² Informe del Defensor del Pueblo de España sobre el procedimiento para la determinación de la edad, pág 131. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/menores-o-adultos-procedimientos-para-la-determinacion-de-la-edad-enero-2012/>

²³ Ídem, pág 191

²⁴ Vademécum del Abogado de Extranjería, 2012.

²⁵ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles: «Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados», Revista jurídica de la Región de Murcia, nº 44, 2010, edición electrónica.

como la primera privación de libertad o el consentimiento necesario para las prácticas de las pruebas de determinación de la edad, así como el control de las actuaciones del Fiscal a la hora de valorar la prueba que refleje la minoría de edad.

Estas interpretaciones se han materializado en Cataluña, donde el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña expuso al Síndic de Greuges que dicho Departamento procedería a subvencionar la asistencia letrada al detenido o preso y a la defensa y representación gratuita, en concreto, en turnos específicos de menores y extranjería²⁶.

La segunda es la **tesis judicial**. Según la misma, se entiende que el letrado debe estar definido desde el momento en que el Fiscal dicte un Decreto a los efectos de poder interponer un recurso judicial²⁷. De la misma forma, URÍA PELAYO²⁸ recuerda que tenemos que tener presente la finalidad de la realización del procedimiento de determinación de la edad, que no es más que la puesta del menor a disposición de los servicios públicos de protección de menores de la Comunidad Autónoma que corresponde. De ahí, que sea oportuno decir que la asistencia letrada debe ser preceptiva para que el menor cuente con asistencia jurídica desde que se emita decreto de mayoría de edad y pueda recurrirlo y satisfacer su derecho a la tutela judicial efectiva.

Aun así, muchos autores están de acuerdo con lo establecido en la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, afirmando que efectivamente, la presencia del abogado no será preceptiva. Esto, actualmente, podríamos decir sin tapujos que está lejos de ser lo adecuado, estando entonces los menores extranjeros en una situación de total desamparo, sin ningún tipo de garantía. A parte del reclamo de la asistencia letrada preceptiva por parte de multitud de ámbitos, incluso el Parlamento Europeo se manifiesta sobre esta cuestión en la **Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE** cuando recomienda lo siguiente: *“Exige a los Estados miembros que, tan pronto como llegue un menor no acompañado a su territorio y hasta que se encuentre una solución duradera, velen por la designación de un guardián o una persona responsable de acompañar, asistir y representar al menor en todos los procedimientos para que el*

²⁶ Nicuesa Lafont, Luis: *La Determinación de la Edad del Presunto Menor Extranjero. Pasaporte Contra Pruebas Médicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág 216-217

²⁷ Ídem, pág 218

²⁸ URÍA PELAYO, Ana María: «Menores no acompañados en España. La Administración con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores», Educación Social. Revista de Intervención Socioeducativa, n° 45, 2010, p. 18.

*menor pueda beneficiarse de todos sus derechos en todos los procedimientos, y pide que se informe sin demora a los menores del nombramiento de la persona responsable de ellos; reclama asimismo que esta **persona tenga formación específica en los retos que afrontan los menores**, la protección del niño y sus derechos y la ley de asilo y migración y que actúe con total independencia”.*

Según esta recomendación desde mi punto de vista, solo cabe una interpretación y es que, cuando se hace referencia a un guardián o persona responsable de acompañar, asistir y representar al menor y que además dicho sujeto tenga formación específica en los retos que afrontan los menores, se está haciendo referencia a una sola persona, el abogado.

Y sobre esta premisa, también se manifiesta el Comité de los Derechos del Niño, en el **Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 16/2017**, que en relación a un menor extranjero no acompañado que no tuvo en ningún momento derecho a un abogado y representante, establece lo siguiente: *“El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses, en tanto que posible niño migrante no acompañado, antes y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité recuerda que los Estados parte deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad equivale a darles el beneficio de la duda y constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchado. No hacerlo conlleva una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la Convención. La falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial”.*

La conclusión a la que llego después de todo lo estudiado, es que la intervención del abogado en el procedimiento de determinación de la edad debe ser preceptiva, tomando así como modelo la tesis prejudicial, según la cual el abogado defensor deberá ser nombrado desde el inicio de un procedimiento de determinación de la edad dirigido

contra un presunto menor extranjero no acompañado. Para lograr esto, la única vía que creo que puede llegar a ser eficaz es a través de una reforma de, la LO 4/2000, en donde se introduzca el derecho de los menores extranjeros a ser asistidos por letrados en cualquier procedimiento en el que sus intereses estén en riesgo, o bien a través de una reforma de la LO 1/1996 según la cual se introduzca la obligación de las Administraciones Públicas de asignar un abogado defensor a título gratuito a cualquier menor en situación de desamparo que se vea inmerso en cualquier clase de procedimiento que atente contra sus intereses. No creo que, la modificación del actual Protocolo Marco llegue a ser una solución eficaz, pues, al fin y al cabo, no estamos ante una norma jurídica, sino ante unas pautas de actuaciones que ni siquiera son de obligado cumplimiento por las Comunidades Autónomas.

7. Menores extranjeros no acompañados y el acceso al proceso judicial

Como hemos visto a lo largo del estudio, los menores extranjeros no acompañados están constantemente expuestos a vulneraciones de derechos y en algunos casos, fundamentales, que necesitan de protección. La forma más garantista de reparar el daño que se les ha causado es la de acceder a un proceso judicial, y no debemos olvidar, que dicho acceso conforma un derecho fundamental que está recogido en el artículo 24 de la Constitución Española. A continuación, después de una puesta en contexto y dejando claro que efectivamente los menores extranjeros no acompañados tienen tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho a la asistencia jurídica gratuita, veremos cuáles son los factores que originan de nuevo una vulneración de un derecho fundamental, pues el acceso al proceso judicial está gravemente condicionado.

7.1 Derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce en nuestro país en el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Dicho precepto engloba en su ámbito subjetivo a cualquier persona física, tanto nacionales como extranjeros. Esta afirmación que supone que el acceso a los tribunales

para la defensa de los derechos sea alcanzable por todos, ha sido respaldada por parte del Tribunal Constitucional²⁹.

En concreto, la STC 95/2003, de 22 mayo, ha reconocido expresamente que *«con determinadas salvedades expresamente previstas en el texto constitucional, los extranjeros disfrutaban de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, si bien atemperando su contenido a lo establecido en los Tratados internacionales y en la Ley interna española. "Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues 'existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos' (STC 107/1984, de 23 noviembre , Sala Segunda, F. 4, 'Boletín Oficial del Estado' de 21 diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales 'que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano' o, dicho de otro modo, con 'aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español' (ibídem, F. 3). Pues bien, uno de estos derechos es el que 'todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales', según dice el art. 24.1 de nuestra Constitución; ello es así, no sólo por la dicción literal del citado artículo ('todas las personas...'), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 CE, de conformidad con el art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 noviembre 1950 y con el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 19 diciembre 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a 'toda persona' o a 'todas las personas', sin atención a su nacionalidad" (STC 99/1985, de 30 septiembre , F. 2)»*. Aun así, el legislador ha decidido al elaborar la LO 4/2000, establecer un reconocimiento expreso del derecho a la tutela judicial efectiva, más concretamente, en su artículo 20, con el fin de despejar cualquier duda que pudiera existir al respecto, dejando claro así que los extranjeros gozarán de todas las dimensiones de este derecho³⁰.

²⁹ Colomer Hernández, Ignacio: "Tutela jurisdiccional y extranjería", *Grandes Tratados. Tratado de Extranjería*, BIB 2012/2858, Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012, pág 3

³⁰ Colomer Hernández, Ignacio: "Tutela jurisdiccional y extranjería", *Grandes Tratados. Tratado de Extranjería*, BIB 2012/2858, Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012, pág 4

Asimismo, los extranjeros también gozarán del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, mediante la cual se consiga el máximo objetivo que los tribunales persiguen, que no es ni más ni menos que tutelar su derecho o interés legítimo. Por ello, no podrán los extranjeros recibir una resolución jurisdiccional arbitraria, irracional o irrazonable³¹.

Por otra parte, y dentro de este derecho a la tutela judicial efectiva, los extranjeros también deben poder disfrutar de utilizar los recursos que la ley prevea. No debe olvidarse que realmente no se tiene un derecho al recurso como tal, sino el derecho al recurso previsto legalmente. Así, el TC establece en la STC 105/2006 de 3 de abril, que es doctrina constitucional consolidada que el derecho a acceder a los recursos legalmente establecidos, no nace en la Constitución, sino que se incorpora al artículo 24.1 CE en función de lo que establezca el legislador en las Leyes procesales, pues a este le concierne la regulación de los recursos procedentes en cada caso, siendo excepción las resoluciones que vulneren el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que si serán susceptibles de amparo.

Por último, los extranjeros también gozarán del derecho a la ejecución forzosa de lo acordado. Sobre lo dicho, más en relación con los menores, ITZIAR GÓMEZ³² establece lo siguiente: *“El adecuado acceso al sistema judicial, entendido como servicio público, como poder del Estado y como artífice del derecho a la justicia en sentido amplio, condiciona sin lugar a duda el adecuado disfrute del resto de derechos – subjetivos o fundamentales– de que es titular una persona (Gómez, 2015). Consecutivamente, el desarrollo apropiado de dicho proceso debe coadyuvar a una mejor garantía de los derechos cuya defensa se erige en objeto del proceso, porque su inadecuación a las personas que en él intervienen puede suponer una vulneración autónoma o una vulneración conexas de los derechos del justiciable”*. Dicho en otros términos, el derecho a la tutela judicial efectiva supone tanto el respeto total a las normas procesales como también el respeto a los derechos subjetivos del sujeto que se encuentra inmerso en el proceso.

De esta manera, en el ámbito de las obligaciones positivas que son exigibles a los órganos judiciales en un procedimiento, es en el que debe moverse cualquier reflexión

³¹ Ídem

³² Gómez Fernandez, I: “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 2/2017, pág 7

relativa al derecho a la tutela judicial efectiva de los menores extranjeros no acompañados en conflicto con la Administración. Estos infantes, son sujetos especialmente vulnerables, tanto por su condición de minoridad, como por no ser nacionales y además estar sujetos a la tutela de la Administración Pública. Este contexto vulnerable les coloca en una situación especial en las relaciones con la Administración de justicia, pues el modo en que se desarrolle esa particular situación de dependencia puede reflejar y dinamizar esa desventaja comparativa que les identifica o puede, al contrario, compensar esa desventaja de modo que la verdadera efectividad de su derecho a la tutela judicial sea un elemento determinante para la consecución de la igualdad material en el sentido que contempla el artículo 9.2 de la Constitución Española³³.

La conclusión es clara, todas las personas que se encuentren en nuestro país tienen derecho a la tutela judicial efectiva, pero, los menores extranjeros, al ser sujetos vulnerables deberían estar sometidos a actuaciones mucho más cuidadosas y garantistas de sus derechos e intereses, pues de no ser así, el correcto cumplimiento de las normas y garantías procesales podría de una forma indirecta vulnerar algún derecho sustantivo del menor.

7.2 Derecho a la asistencia jurídica gratuita

Uno de los aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva que más problemas ha originado ha sido el de garantizar el acceso a los tribunales a todas las personas, incluidos los extranjeros, en condiciones de igualdad, sin que las posibles diferencias económicas puedan suponer un obstáculo inevitable para acceder a los tribunales³⁴.

Por tanto, en el presente epígrafe estudiaremos la problemática que ha supuesto el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros y en relación con su articulación, destacaremos el artículo 2.a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita que fue objeto de recurso de inconstitucionalidad 155/1996 que se resolvió por la STC 95/2003, de 22 de mayo.

En la sentencia citada, el Tribunal Constitucional establece que la relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar y el derecho a la tutela judicial efectiva es de carácter instrumental, pues la finalidad del primero es permitir el acceso a la jurisdicción para

³³ Ídem

³⁴ Ibidem, pág 8

interponer pretensiones u oponerse a ellas, sin que se origine una indefensión. También establece que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es absoluto, pues será el legislador el que decida con arreglo a ciertos cálculos, quien puede ser beneficiario de dicho derecho.

Por tanto, extraemos, que el derecho a la asistencia jurídica gratuita está estrechamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva, si bien la naturaleza del primero es instrumental, pues está enfocado a garantizar el acceso a los tribunales para quienes carezcan de recursos para litigar.

El recurso de inconstitucionalidad que se había planteado al artículo 2.a) de la Ley 1/1996 tenía como base que en dicho artículo se exigía que para que los extranjeros pudieran ser beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita, debían ser residentes en España, lo que provocaba que los extranjeros que no tuvieran residencia legal en España así como suficientes recursos económicos para litigar, no tuvieran opción de ser asistidos por letrados en los procedimientos relativos a su situación en España, vulnerando tanto el artículo 24 CE y el 53.1 CE por no respetar el contenido esencial del derecho fundamental.

Ante esta problemática, el Tribunal, como no podía ser de otra forma, responde que toda persona física, al ser titular del derecho a la tutela judicial efectiva, debe también gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si se constata que carece de recursos suficientes para litigar, todo ello en función de los baremos que haya establecido el legislador en la norma.

Por tanto, el precepto recurrido vulneraba los arts 24, 53.1 y 119 CE, pues como expone la sentencia posteriormente *“la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad”*.

Por otro lado, también se pronunció el Tribunal Constitucional a través de la STC 236/2007, de 7 de noviembre declarando la inconstitucionalidad de la expresión *“residentes”* localizada en el artículo 22.2 de la LO 4/2000.

En definitiva, el Tribunal Constitucional dio respuesta satisfactoria al problema aquí tratado, teniendo los extranjeros que carezcan de recursos suficientes para litigar derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La conclusión a la que llego en este epígrafe es un poco contraproducente, pues si bien ha quedado claro que los extranjeros tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita sin hacer distinción en la edad del extranjero en cuestión, al mismo tiempo, tal y como establecen los artículos 22.2 y 22.3 de la LO 4/2000, los únicos procedimientos administrativos en los cuales el sujeto tendrá derecho a asistencia letrada serán los procedimientos de denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio español. Por tanto, se produce una omisión en lo que respecta al procedimiento de determinación de la edad que ha sido complementada a través de otros mecanismos, que concluyen que dicha asistencia letrada en los procedimientos de determinación de la edad a los que se someten los menores extranjeros no acompañados no será preceptiva, que no significa que no sea posible, pero la realidad es que en la práctica supone una verdadera imposibilidad, pues los menores no tienen medio de comunicación alguno con el que establecer contacto con un abogado.

7.3 Dificultades de acceso al proceso judicial

Los menores extranjeros no acompañados en conflicto con la administración tienen aseguradas una serie de dificultades a la hora de acceder a la jurisdicción y disponer de su derecho al debido proceso, a causa de la edad que tienen, pero también por su condición de extranjeros³⁵. Si bien es cierto que hemos despejado cualquier duda acerca de que estos sean titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que en ocasiones el ejercicio efectivo de ese derecho se ve limitado, por lo que prevean las leyes procesales sobre quién cuenta con capacidad procesal en función de su edad y demás limitaciones acerca de la posible respuesta que pueden ofrecer los menores ante las actuaciones del poder público que vulneran sus derechos³⁶.

7.3.1 La representación de los intereses del menor en el proceso

Las dificultades a las que debe hacer frente el menor extranjero comenzarán desde el momento en que se le exigen ciertos requisitos para permitir la comparecencia en juicio

³⁵ Gómez Fernández, I: «El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros: ¿un (i)limitado derecho a la justicia?», en VVAA, *Los derechos de los inmigrantes en España*; Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 279-318.

³⁶ Gómez Fernández, I: “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 2/2017, págs 8-9

de un menor sin la intervención de una persona que supla o integre la falta de capacidad procesal. Lo común es que la falta de capacidad procesal de los menores no emancipados sea cubierta por la persona o entidad que ostente la tutela del menor, tal y como establece el artículo 7.2 LEC³⁷. De esta interpretación se extrae que, la entidad que cubrirá esa falta de capacidad procesal que involucra al menor extranjero será la propia Administración autonómica que esté a su cargo. El problema principal aquí es que en la mayoría de los casos el menor verá sus intereses contrapuestos con los de la Administración que sobre él ejerce la tutela.

La solución que ofrece la propia LEC para estas situaciones es el mecanismo previsto en el artículo 8 que establece lo siguiente: *“Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Letrado de la Administración de Justicia le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona”*.

Asimismo, el artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que: *“Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”*.

A priori el problema parece superado con la redacción de los preceptos expuestos pero la realidad, es que en el caso de los menores extranjeros no acompañados la cuestión necesitó de un especial pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional que se manifestó al respecto en las SSTC 183/2008, de 22 de diciembre, y 184/2008, de 22 de diciembre.

Ambas sentencias resuelven sendos conflictos que surgen entre dos menores marroquíes y la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid.

Respecto a la primera sentencia mencionada el problema comienza cuando la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid declara en situación de desamparo al menor y solicita a la Administración central la iniciación del procedimiento de repatriación para la reincorporación en su núcleo familiar. El recurrente y la asociación

³⁷ Ibidem, pág 9

Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes, actuando ambas bajo la misma representación letrada, interpusieron recurso contencioso-administrativo. En primera instancia, el Abogado del Estado entendería que el Letrado no era el representante legal del menor por ostentar la tutela la Comunidad de Madrid y que en caso de conflicto de intereses, la representación debe recaer sobre el Ministerio Fiscal. Aún así, el MF solicitó el nombramiento de un defensor judicial, en interés del menor, pues ante la clara contraposición de intereses es lo que procede conforme al artículo 8 LEC. Finalmente, se acuerda nombrar defensor judicial del menor al Letrado que había sido designado por el menor. La sentencia estima parcialmente el recurso, declarándose la nulidad de la resolución de repatriación impugnada. Ahora, tanto el Abogado del Estado, la Letrada de la Comunidad de Madrid, como el MF interponen recurso de apelación, del que conoció el TSJ de Madrid.

En la sentencia dictada y conforme lo solicitaba el MF, se estimó el recurso declarando así que: *“concurría la causa de inadmisión de falta de representación y capacidad procesal del recurrente en amparo, así como la falta de legitimación activa de la asociación co-demandante, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. A esos efectos, se argumentó, por un lado, que el Letrado no ostentaba mandato alguno del menor, quien, además, carecía de capacidad procesal, ya que, estando previsto en el art. 18 LJCA que tienen esa capacidad «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad tutela o curatela del menor de edad», en el presente caso «el menor no está emancipado, sino sometido a tutela de una Administración pública —la Comunidad de Madrid—, sin que nos encontremos en el supuesto previsto en el transcrito art. 18 LJCA» (FD tercero). Igualmente, se argumentó que el Juzgado de instancia carecía de competencia para suplir ese defecto de capacidad a través del nombramiento de un defensor judicial, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria, concluyendo que «sólo los padres del menor —representantes legales del mismo— o, en su caso, el Ministerio Fiscal tendrían capacidad procesal para impugnar la resolución recurrida» (FD tercero)”*.

Por otro lado, el recurrente expone en su demanda de amparo que la vulneración del derecho recogido en el artículo 24 CE originada por la inadmisión de la pretensión por

falta de representación y capacidad procesal fue del todo desproporcionada, ya que quien entonces ejercía su tutela tenía intereses contrarios a los del menor.

El TC expone en su fundamento jurídico tercero que si bien es verdad que nunca se han pronunciado específicamente sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal, en otros casos si se han estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal. Posteriormente en el fundamento jurídico cuarto, entiende el Tribunal que las actuaciones que el órgano judicial de apelación acordó en relación a la falta de capacidad procesal fueron del todo desproporcionadas al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que la persona directamente afectada por una decisión administrativa pudiera, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial: *“En efecto, la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio pro actione, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia... De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal.”*. Y así, en relación con el nombramiento del defensor judicial expone que tanto la negativa judicial a reconocer capacidad procesal al recurrente y, simultáneamente impedir que se subsane esa falta de capacidad, han impedido de manera directa que un menor acceda al proceso judicial para defender sus intereses, vulnerándose su derecho al acceso a la jurisdicción.

La solución a la que llega el TC para la segunda sentencia es la misma. Conforme a ello, extraemos la conclusión a la que llega ITZIAR GÓMEZ, y es que no permitir al menor defender de manera directa sus propios intereses ante un órgano judicial teniendo este menor además capacidad y madurez suficiente para hacerlo, vulnera el derecho a la

tutela judicial efectiva y también, que no nombrar defensor judicial sin importar ante qué órgano estemos, vulnera también el derecho recogido en el artículo 24.1 CE³⁸.

Asimismo, se puede afirmar que el derecho del interés superior del menor, así como el derecho a ser oído en un proceso judicial o administrativo se consagra como un derecho adyacente al derecho a la tutela judicial efectiva, proclamándose como derechos fundamentales.

7.3.2 La inexistencia de un recurso efectivo contra el decreto de mayoría de edad

Otro problema jurídico que se nos presenta en la materia es la inexistencia de un recurso efectivo contra el decreto de mayoría de edad. Estos decreto no son susceptibles de ser objeto de un recurso directo ante los órganos jurisdiccionales, lo que, al contrario de lo que se establece en el artículo 13 CEDH *“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”*, sólo permite recurrir los efectos ocasionados por el decreto de mayoría de edad que entre otros pueden ser el cese de la tutela por parte de una Comunidad Autónoma³⁹.

Sobre esta cuestión se manifiesta el Tribunal Constitucional en su Auto 172/2013 de 9 de septiembre de 2013. Este auto versa sobre un menor extranjero no acompañado que como todos los que llegan a territorio español, son sometidos a el procedimiento de determinación de la edad sin realizar distinción alguna sobre si son considerados como menores extranjeros documentados o indocumentados. En nuestro caso, el menor llegó indocumentado y tras pasar por el procedimiento se emitió decreto de determinación de la edad que estableció como fecha de nacimiento del sujeto el 16 de noviembre de 1994, siendo considerado entonces en aquel momento como menor de edad.

Una vez el menor lleva varios días de estancia en el piso de acogida, tramita la documentación acreditativa de su edad, así como el pasaporte, que arrojan la fecha del 12 de noviembre de 1995 como la correspondiente a la de su nacimiento. Esos documentos se remiten a Fiscalía para que cambie la fecha a la original pero no da resultado alguno. Como consecuencia de este y otros problemas que también sufrió el menor, el mismo y la fundación Raíces promueven recurso de amparo ante el Tribunal

³⁸ Ibidem, págs 11-12

³⁹ Ibidem, pág 16

Constitucional, alegando entre otras cosas, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la inexistencia de recurso directo contra el decreto de mayoría de edad dictado por el Fiscal. En concreto, en el recurso de amparo, el recurrente establece que la lesión del artículo 24.1 CE, en relación con el art 13 CEDH, se imputa por los recurrentes al hecho de que no exista recurso directo y efectivo contra el decreto de mayoría de edad, agravándose aún más la situación cuando estamos ante supuestos en los que menores próximos a alcanzar la mayoría de edad consiguen la documentación oficial expedida por su país, pero lamentablemente, aunque se intente recurrir la resolución del cese de tutela, por la dilación del proceso, el menor habrá cumplido ya la mayoría de edad.

Asimismo, también se afirmaba en la demanda que de forma tradicional los actos del Ministerio Fiscal no tenían carácter decisorio, motivo por el que no se había planteado hasta ese momento la cuestión de su recurribilidad, tendencia que ahora se está invirtiendo. El TC procede a contestar basando su argumentación en un recurso de amparo anteriormente resuelto de carácter idéntico, siendo la resolución en cuestión es el ATC 151/2013, de 8 de julio.

El auto al que hace referencia el TC resolvió la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa, afirmando que *“previamente a acudir ante este Tribunal solicitando la protección de los derechos fundamentales pretendidamente vulnerados, se hayan agotado las posibilidades que el Ordenamiento proporciona para lograr tal protección ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.”*.

El tribunal sostiene entonces que ni del artículo 35 de la LO 4/2000, ni de ningún otro contenido de este cuerpo legal puede deducirse la existencia de recurso directo contra el decreto de determinación de la edad, si bien ello no significa que no se pueda impugnar en vía jurisdiccional. Incluso el propio Ministerio Fiscal entiende que sus decretos son irrecurribles por vía directa y así se deduce de la Consulta 1/2009.

Razonan posteriormente los magistrados que la determinación de la edad de un menor se adopta por una resolución interlocutoria, que es de carácter cautelar y provisionalísima y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del MF y que las mismas son impugnables en vía judicial *“ya sea ante la jurisdicción civil, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del art. 780 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), ya sea ante la jurisdicción contencioso-*

administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero, ya sea mediante el ejercicio de otras acciones contempladas en el ordenamiento procesal en función del contenido de las medidas adoptadas”.

En base a lo expuesto, llegan a la conclusión de que dichas vías impugnatorias no producen indefensión o perjuicios de imposible reparación, puesto que el juez ostenta la potestad de adoptar las medidas cautelares oportunas para preservar el buen fin de la acción jurisdiccional y que *“los órganos judiciales tienen todavía ocasión de restablecer los derechos que se consideran vulnerados por los recurrentes en amparo, puesto que nada impide a un juez de lo civil, o de lo contencioso-administrativo, al hilo de un procedimiento incoado para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad que ha establecido una determinada fecha de nacimiento del extranjero, pronunciarse sobre dicho decreto, al estar este en el origen del acto que pueda ser objeto del procedimiento en cuestión”.*

Esta problemática no solo ha surgido en los tribunales nacionales, pues ha tenido impacto también a nivel internacional y así destacamos la STEDH de 13 de diciembre de 2012 o la STEDH de 12 de junio de 2012.

Dicho esto, lo fácil sería conformarnos con lo establecido por el Tribunal Constitucional, pero ¿podemos decir que se están protegiendo los derechos del menor? La respuesta es que no, y aunque se intenten proponer soluciones desde diferentes ámbitos, como por ejemplo, el XXIV Encuentro de Abogados de Extranjería y Asilo⁴⁰ que propone el recurso directo *“Habilitar mecanismos legales, bien en el Protocolo o por reformas legales, que permitan ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de recurso, frente a los decretos de determinación de la mayoría de edad, hoy por hoy irrecurribles”*, lo cierto es que aún hoy en día no se llega a una solución. Esta tarea se ve entorpecida por la idéntica interpretación que realizan los tribunales sobre el decreto de mayoría de edad, no generando así algún ápice de dudas que permita llevar la cuestión a un examen con enfoque garantista para el menor extranjero.

Así, podemos citar la STSJ de Andalucía nº1911/2015 de 3 de noviembre donde se deniega la pretensión de la demandante de que se plantee una cuestión de

⁴⁰ Citado por Nicuesa Lafont, Luis en: *La Determinación de la Edad del Presunto Menor Extranjero. Pasaporte Contra Pruebas Médicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág 196

inconstitucionalidad del art 35.3 LO 4/2000. Básicamente el núcleo del problema radica en la inexistencia de un recurso efectivo contra el decreto de mayoría de edad, entendiéndose que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. El tribunal una vez analiza dicho decreto y poniéndolo en contraste con toda la normativa existente sobre la materia, concluye que al no ser la resolución un acto administrativo definitivo sino uno de trámite y no contener los requisitos del artículo 25.1 LJCA, no será recurrible *“Siendo, por tanto un acto de trámite, sólo sería recurrible de forma directa si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.1 de la LJCA, y ello no ocurre a juicio de la Sala, ya que no decide ni directa ni indirectamente el fondo de la cuestión (sólo determina provisionalmente una edad); no impide continuar el procedimiento, pues debe culminar con una resolución administrativa dictada tomando en consideración dicho Decreto; y no produce indefensión ni perjuicios irreparables, dado que el interesado puede articular los medios de defensa previstos para la impugnación de la resolución administrativa que, tomando como referencia la edad predeterminada, establezca la consiguiente consecuencia jurídica de forma definitiva, pudiendo solicitar las medidas cautelares oportunas en pro de la suspensión de lo resuelto en vía administrativa”*.

En consecuencia, de ello entenderá la sala que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva pues los actos o resoluciones que se dicten teniendo en cuenta el decreto, podrán ser impugnados ante la jurisdicción ordinaria, y en ese procedimiento podrá discutirse lo determinado provisionalmente por el Ministerio Fiscal.

La conclusión a la que llego después de la realización de este epígrafe es que a priori, el menor extranjero no acompañado verá sus intereses gravemente afectados por una resolución interlocutoria de carácter provisional, sin que exista aquí un equilibrio y además en perjuicio del mismo, no podrá recurrir ese decreto de forma directa sino que, en la medida en que otras administraciones dicten resoluciones que vulneren sus derechos, el menor podrá interponer recursos ante la vía jurisdiccional ordinaria, sometiéndole a un *estrés* jurisdiccional excesivo, pudiendo evitar todas estas resoluciones con una simple norma que recoja ese recurso directo del que hablamos.

8. Conclusiones

Las conclusiones sobre este trabajo se realizarán de la misma forma que el mismo ha sido elaborado, de una forma sistemática y ordenada a la vez que intento dar una visión conjunta del mismo.

Primera. - Durante este proyecto hemos tratado diferentes ámbitos de la materia relativa a los menores extranjeros no acompañados, empezando así con un breve análisis del marco normativo del estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados. La conclusión sobre ese marco jurídico es que, si bien encontramos un sistema multinivel, encontramos una mayor cantidad de fuentes normativas europeas o internacionales. Estas normas van dirigidas en mayor medida a determinar los derechos de estos, pero lo que nos encontramos en la práctica, es que los menores verán sus derechos vulnerados por distintos sujetos, por lo tanto, surgen aquí varias preguntas ¿de que sirve el ordenamiento jurídico europeo o internacional? ¿tiene algún tipo de vinculación? Sin duda, los Estados estarán sujetos a una vinculación y así se expone en el artículo 96.1 CE *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”*. Entonces, el problema que persiste aquí es que si bien España está sujeta a la legislación internacional y europea, dicha normativa no regula las actuaciones que se han de seguir. Es cierto que la UE a través de diferentes organismos ha recomendado a los países miembros de la Unión algunos de los temas aquí tratados, pero estas recomendaciones, al no ser norma jurídica vinculante, están todo lo lejos de ser efectivas. La conclusión a la que llego es que la solución se debe dar a nivel internacional o bien a nivel nacional, es decir, de alguna forma se ha de conseguir que el Estado español dicte leyes que regulen estas actuaciones, dejando a un lado los protocolos, y, además, también sería oportuno un cambio de las políticas migratorias. En lo que respecta al reparto de competencias que se da entre el Estado y las Comunidades Autónomas, he de decir que lo más oportuno es que el Estado siga manteniendo el título exclusivo de las competencias fundamentales en la materia inmigratoria, pues si se cediera ésta a las Comunidades Autónomas, existiría más heterogeneidad de la que ya se da cita actualmente en nuestro país en lo que respecta a las prácticas a las que son sometidos.

Segunda. - A continuación, es turno de las actuaciones a las que son sometidos estos menores extranjeros una vez llegan a través de la vía marítima. Una vez arriban a nuestras costas, serán sometidos a una serie de actuaciones ciertamente aleatorias. Esto es así ya que su identificación como menor dependerá de una actuación discrecional y

subjetiva, competencia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, es decir, el agente de policía que esté a cargo de esas actuaciones en primera línea, en base a su criterio, decidirá cuáles son los posibles menores que se encuentran entre todos los inmigrantes que han llegado. Aunque el menor exhiba documentos acreditativos de su minoría de edad, el policía puede no tenerlos en cuenta y con base en el aspecto físico del sujeto decidir que a priori, no existen dudas de que sea menor de edad. La primera conclusión en relación a estas primeras actuaciones será que vulneran múltiples derechos fundamentales, pues el menor, verá como su futuro se trunca por la actuación de la policía nacional, sujeta a unos criterios que son desconocidos y que, en muchos casos, supondrá una vulneración de los derechos del menor. Ahora, supongamos que el policía identifica al menor como tal y lo pone en conocimiento del Ministerio Fiscal competente y de las entidades encargadas de la protección del menor. Lo que sucederá aquí es que será trasladado a las instituciones sanitarias para comenzar de la forma más rápida y ágil un procedimiento de determinación de la edad. Dicho traslado es equivalente a una privación de libertad, en la cual, el menor no será correctamente informado de sus derechos pues en la mayoría de los casos no habrá un intérprete que se lo pueda expresar en un idioma que comprenda y, además, tampoco tendrá derecho a la asistencia letrada durante ese procedimiento, que como hemos estudiado, afectará de forma muy íntima a su esfera personal, por lo tanto, nos surge una pregunta, ¿es garantista esta actuación? La respuesta es que, lejos de ser garantista, será desproporcionada y susceptible de vulnerar derechos fundamentales del menor. Del estudio de la materia llegamos a la conclusión de que en atención al grado de injerencia que ostenta este procedimiento de determinación de la edad en la vida del menor, lo lógico sería que la asistencia letrada fuera preceptiva.

Tercera. - Asimismo, conviene estudiar también el valor que se le da a los documentos acreditativos de la edad del menor, como los pasaportes o equivalentes. Del estudio vemos que, el Tribunal Supremo estableció que no se podía considerar como indocumentado al menor que tuviera en su poder algún tipo de título donde se manifestara la edad del mismo, pero también, cometió un error dentro de su interpretación garantista y fue la de dar un margen al Ministerio Fiscal para que, realizando un juicio de proporcionalidad en atención a los posibles indicios de falsedad del documento, pudiera determinar si era procedente o no hacer pasar al menor por el procedimiento de determinación de la edad. Esto desembocó en que el Ministerio Fiscal

considerase cada documento como falso y que, haciendo el juicio de proporcionalidad procedente, prácticamente todos los menores que llegan a nuestro territorio sean sometidos a este procedimiento.

Cuarta. -Por último, veremos las conclusiones que se extraen del epígrafe relativo al menor en el proceso judicial. Lo primero que extraemos es que al menor le asisten dos derechos que tienen estrecha conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva y son: el deber de tener en cuenta el interés superior del menor, así como representarlos en el proceso mediante un abogado de su confianza, evitando los conflictos de intereses con las administraciones públicas que ostentan su tutela, y su derecho a ser oído en cualquier procedimiento, administrativo o judicial, que afecte de forma directa a su esfera personal. Sabemos entonces, que no considerar estos aspectos supondrá una vulneración del derecho fundamental que le asiste susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Lo segundo y último que concluiremos será lo relativo a la inexistencia de un recurso efectivo contra el decreto de mayoría de edad. Como vimos en el epígrafe relativo a la cuestión, el Tribunal Supremo decidió que no se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva aunque dicho decreto no fuera recurrible directamente ante la jurisdicción ordinaria, pues, la posibilidad de recurrir las resoluciones que surgieran como consecuencia de ese decreto de mayoría de edad, como puede ser la del cese de la tutela por la Comunidad Autónoma correspondiente, era suficiente para que los órganos jurisdiccionales controlasen y tutelasen sus derechos. Como ya dije anteriormente, esto supone someter al menor a un *estrés* jurisdiccional grave, siendo mucho más sencillo y garantista que ese decreto fuera recurrible ante un órgano jurisdiccional de forma directa, por lo que en lo que a mi parte respecta, creo que lo mejor sería una previsión legal para ello que se conseguiría con una modificación de la LO 4/2000.

Quinta. - Para finalizar, la visión de conjunto de todo lo comentado merece calificar la situación de este colectivo como precaria y con tendencias a la vulneración de sus derechos fundamentales, siendo necesaria una nueva regulación estatal que legisle con una perspectiva de infancia, encaminada a proteger al menor, y sobre todo, a escucharle sin interponer peros a cada manifestación que realicen, aportándole medios para integrarse en la sociedad española respetando en todo caso, el interés superior del mismo.

BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES

1. Blázquez Rodríguez, Irene: ‘*Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en Inmigración: Un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea*’. Disponible <https://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/07IreneBlazquezRodriguez.htm#05> (fecha de última consulta: 11 de mayo de 2021)
2. Cabedo Mallol, V. (2011), «Marco normativo de los menores extranjeros no acompañados en España», en Cabedo Mallol(Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad* . Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 33
3. Colomer Hernández, Ignacio: “Tutela jurisdiccional y extranjería”, “*Grandes Tratados. Tratado de Extranjería*”, BIB 2012/2858, Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012
4. Gómez Fernandez, I: “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 2/2017
5. Gómez Fernández, I: «El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros: ¿un (i)limitado derecho a la justicia?», en VVAA, *Los derechos de los inmigrantes en España*; Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 279-318.
6. Informe del Defensor del Pueblo de Canarias: “*La migración en Canarias*”
7. Informe del Defensor del Pueblo de España sobre el procedimiento para la determinación de la edad.
8. Montero Aroca, J: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 394-395
9. MONTILLA MARTOS, J.A.: “Las funciones y las competencias de las Comunidades Autónomas en inmigración”. (AJA, E., Dir.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 23-25
10. Nicuesa Lafont, Luis: *La Determinación de la Edad del Presunto Menor Extranjero. Pasaporte Contra Pruebas Médicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág 196- 218
11. Observación general conjunta No 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23), párr. 4.
12. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles: «Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 44, 2010, edición electrónica.
13. URÍA PELAYO, Ana María: «Menores no acompañados en España. La Administración con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores», *Educación Social. Revista de Intervención Socioeducativa*, nº 45, 2010, p. 18.
14. *Vademécum del Abogado de Extranjería*, 2012.