



## Recomendación general del Ararteko 5/2013, de 17 de junio. Garantías en la atención a los menores/jóvenes extranjeros no acompañados.

### I. Antecedentes

La preocupación de esta institución por la situación de los menores extranjeros no acompañados ha sido una constante desde que se inició la llegada y acogida de estos menores en nuestra Comunidad Autónoma. Hemos elaborado dos informes extraordinarios en los que se analiza su situación, uno específico *La situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV* (2005) y otro que abarca, además, otras situaciones y necesidades de los menores especialmente delicadas *Infancias vulnerables* (2011). En ambos informes se analiza su situación en nuestra Comunidad Autónoma en su contexto social, administrativo y legal y se hacen recomendaciones a las administraciones públicas.

Mediante esta recomendación de carácter general nos centramos en un colectivo específico (del que hemos recibido quejas estos últimos años) y en tres momentos que nos parecen claves para la atención y la incorporación social de estos menores/ jóvenes: (1) la localización y acogida por parte de las distintas administraciones públicas que intervienen, (2) el cese del acogimiento residencial y/o de la tutela por parte de las diputaciones forales en base al decreto de fiscalía que establece que se trata de personas mayores de edad y (3) el acompañamiento y/o derivación necesaria a la salida de los recursos de protección.

El problema de la determinación de edad de estos menores/jóvenes extranjeros ha sido objeto de una intensa atención por parte de las defensorías del pueblo. Entre otras, mencionamos la [“Declaración de las defensorías del pueblo sobre las responsabilidades de las administraciones públicas respecto a los menores no acompañados”](#) (2006), el informe extraordinario del Defensor del Pueblo [¿Menores o adultos? procedimientos para determinar la edad](#) (2011), la resolución del Síndic de Greuges [“Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados”](#), así como las recomendaciones realizadas por parte del Ararteko sobre esta cuestión en los informes antes mencionados<sup>1</sup>.

En la presente recomendación no nos vamos a detener específicamente en la determinación de edad porque ha sido objeto de análisis profundos y de las recomendaciones anteriormente mencionadas, por parte de las defensorías del pueblo, sino, en las **garantías** que deben respetarse en todo el proceso de acogida y en el cese de la guarda, tutela y/o acogimiento residencial, y en las necesidades y problemáticas subyacentes en ambos procesos. También queremos hacer hincapié en la problemática situación en la que se les deja a estos menores/jóvenes que portan documentación válida que señala que son menores de edad pero a los que se les cesa la tutela tras el decreto de determinación de edad del Ministerio Fiscal, y a la necesidad de un acompañamiento y/o derivación posterior a la salida del recurso de protección.

---

<sup>1</sup> [www.ararteko.net](http://www.ararteko.net)



El ámbito subjetivo de aplicación sería, por tanto, las personas que declaran ser menores de 18 años, pero bien están indocumentadas, o bien disponen de documentación pero, por sus rasgos físicos o porque no se da validez a la documentación que aportan, se les realizan las pruebas de determinación de edad que concluyen que son mayores de edad. Estos menores/jóvenes son nacionales de países terceros, que llegan a nuestro territorio sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto no se encuentran efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable.

Estos menores/jóvenes son atendidos por distintas administraciones públicas por lo que las decisiones que se adoptan requieren **de una coordinación interinstitucional**. La vulnerabilidad en la que se encuentran por su joven edad y la posibilidad de que pueda tratarse de personas menores de edad hace necesario que se establezcan garantías de protección de sus derechos en consonancia con la Convención de Derechos del niño de las Naciones Unidas y el resto del ordenamiento jurídico.

El procedimiento de acogida, en ese sentido, debería ser el que corresponde a un menor porque **hay una presunción de que son menores de edad**<sup>2</sup>, al menos hasta que se acuerda por el Ministerio Fiscal que son mayores de edad.

La mencionada convención es el instrumento jurídico internacional encargado de promover y proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes menores de edad. Uno de los principios más importantes recogidos en la Convención sería el que enuncia que *"en toda actuación y decisión que*

---

<sup>2</sup> La presunción de minoría de edad tiene su respaldo legal en el art. 35. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como en la norma 31.1 de la Observación General nº 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen y en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2004 sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañado, también en la Circular 3/2001 y la 2/2006) Esta presunción tiene especial relevancia en los supuestos en los que existen indicios de necesidades de protección internacional; ya que los menores en esa situación tienen habitualmente serias dificultades para salir de sus países, por lo que pueden verse obligados a utilizar documentación falsa o recurrir a redes de tráfico de personas. En particular, debe tenerse en cuenta que en el supuesto de que existan indicios de trata de seres humanos, el artículo 10.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 2005), establece que, en caso de que no exista seguridad sobre la edad de la víctima, y cuando existan razones para creer que se trata de un menor, tendrá la consideración de tal y se le concederán medidas de protección específicas a la espera de que se pueda comprobar su edad. Así mismo, en el art. 13.2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo prevé: *"Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima de la trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor, sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección de conformidad con los artículos 14 y 15"*.



*afecte los menores de edad debe prevalecer el supremo interés del menor" (art. 3 CDN), sin que exista discriminación por razón de nacionalidad (art. 2 CDN) o por razón de irregularidad administrativa (art. 4 CDN). También el derecho del niño a expresar su opinión (art. 12 CDN), o el derecho a la protección de los menores (art. 20 CDN).*

La Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia recoge los anteriores derechos y establece los principios de atención que los garantizan, así como un marco institucional y competencial en donde ceñir la actuación pública.

Abordaremos, por tanto, las siguientes cuestiones:

1. La importancia de la **coordinación y colaboración** necesaria entre los servicios de protección de las diputaciones forales, los departamentos que intervienen del Gobierno Vasco, los distintos cuerpos de policía, las subdelegaciones de gobierno, las fiscalías, y en su caso, la oficina de asilo y refugio en el proceso de localización y acogida de estas personas.
2. El cumplimiento de las **garantías y los derechos** de los que son titulares en la acogida y en el cese de la atención inmediata, guarda, acogimiento residencial o de la tutela tras el decreto de determinación de edad de la Fiscalía que acuerda que son personas mayores de edad.
3. La importancia de un **acompañamiento social y/o de una derivación** adecuada en la salida de estos menores/ jóvenes de los recursos de protección.

El fenómeno migratorio de los menores extranjeros no acompañados ha sido relevante en nuestra Comunidad. La Comunidad Autónoma del País Vasco se ha situado en tercer lugar entre las Comunidades Autónomas que han acogido a menores extranjeros no acompañados en el año 2006 y en cuarto lugar en el año 2007<sup>3</sup> (mientras que con relación a la población adulta en el año 2006 ocupaba el undécimo lugar entre las comunidades autónomas). El País Vasco se convirtió en un lugar de entrada y de establecimiento para estos menores. Se trata de adolescentes de sexo masculino principalmente mayores de 15 años<sup>4</sup>. En los últimos años ha disminuido su número en la Comunidad Autónoma del País Vasco, como se recoge en los [informes anuales de la Oficina de Infancia y Adolescencia del Ararteko](#).

---

<sup>3</sup> "Sueños de bolsillo. Menores migrantes no acompañados en el País Vasco" (2009) Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco

<sup>4</sup> Este dato motiva que nos referimos en el texto únicamente a adolescentes de sexo masculino.



## II. Necesidad de un protocolo de actuación que incorpore las garantías y los derechos de estas personas

La importancia de que haya una coordinación entre todos los agentes que intervienen se ha hecho evidente y es una realidad en los tres territorios históricos que han acordado diversos protocolos en cada ámbito territorial. Esta necesidad se ha puesto de manifiesto por las distintas instrucciones de la Fiscalía, así como por parte de la legislación autonómica. Ya en el año 2005 el Grupo de Trabajo del Observatorio de la Infancia (Adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) acordó un protocolo de menores extranjeros y más recientemente el artículo 190 del 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, prevé 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 su documentación.

El Decreto 131/2008, de 8 de julio, regulador de recursos de acogimiento residencial para la infancia y adolescencia en situación de desprotección social en nuestra Comunidad, prevé en la disposición adicional sexta la elaboración de un protocolo común de actuación en la acogida de urgencia de personas extranjeras menores de edad no acompañadas: *“El Gobierno Vasco y las Diputaciones Forales, desde sus diversos departamentos competentes, consensuarán con las demás instancias intervinientes, en particular con las fiscalías y con las fuerzas de seguridad un protocolo común de actuación para la acogida de urgencias de personas extranjeras menores de edad no acompañadas, destinado a aplicar, en todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, condiciones similares de intervención capaces de garantizar el respeto de los derechos de estas personas”*.

En el informe del Ararteko [Infancias vulnerables](#) formulamos la siguiente recomendación (19) *“Disponer de un protocolo de acogida de menores extranjeros no acompañados común para los tres territorios históricos de nuestra Comunidad.”*

En esta recomendación volvemos a hacer hincapié en la importancia de que dicho protocolo sea **común** en toda la Comunidad Autónoma del País Vasco con las variedades necesarias en cada Territorio Histórico en razón de la localización de los diversos servicios, **pero con la incorporación de unos mismos criterios, garantías y derechos**. En este sentido, como corresponde a una institución de defensa de derechos, nos fijamos principalmente en la necesidad de que se prevean determinadas garantías básicas.

Estas garantías básicas deben incorporarse a las distintas fases desde que se detecta a una persona que declara ser menor de edad, ya que puede que nos



encontremos ante una persona menor de edad, que requiere de atención y protección.

La existencia de dudas fundadas sobre la edad y la necesidad de atención social a los menores de edad hace precisa la colaboración y coordinación de las instituciones implicadas (Policía, Fiscalía, Gobierno Vasco, Diputaciones...) para que se determine la edad de una manera ágil, de la manera más exacta posible y cumpliendo las garantías y derechos de los menores. Se trata de que el proceso de detección del menor/joven, traslado a los centros de acogida, determinación de su edad, tramitación de la tutela y formulación en los casos que corresponda de la solicitud de asilo, sea un proceso rápido y flexible.

El Gobierno vasco, a través del Departamento competente en cuestiones sociales, es el encargado de la coordinación de las actuaciones de los distintos órganos de las administraciones públicas, y es quien ha tomado la iniciativa para iniciar la elaboración de un protocolo común junto a los otros órganos que intervienen como son otros departamentos del Gobierno vasco, las diputaciones forales, la Fiscalía, los distintos cuerpos de policía, y las subdelegaciones de gobierno. Este protocolo está muy avanzado aunque aún no se ha finalizado; **sería aconsejable que se concluyera su elaboración y se acordara a la mayor brevedad.**

II.1. Entre las actuaciones que deberían ser desarrolladas están las siguientes:

**A.** En todos aquellos casos en los que se detecte que hay un menor o posible menor en situación de desamparo deberá ser puesto a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores de las diputaciones forales.

**B.** Con anterioridad a la realización de las pruebas de determinación de edad se debería esperar al resultado de la consulta al Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

**A. *Puesta a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores***

El art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, establece en su apartado 3 : *“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”.*

Los menores/jóvenes deben ser acogidos en un recurso de protección de menores. Las diputaciones forales **son las entidades más adecuadas** para desarrollar los trámites necesarios ante la localización y detección por parte de un Cuerpo de



Policía u otra institución o agente social, de una persona menor de edad o que manifiesta ser menor de edad, o bien ante la solicitud de atención y protección directamente presentada por dicha persona. Estas instituciones son las que trasladarían al menor para la reseña identificativa en el caso de que no se hayan tomado las huellas dactilares y las fotografías por el Cuerpo de Policía que le haya detectado y las haya enviado al Departamento de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía. Esta información es fundamental para conocer si el menor está o no registrado en el Registro Central de Menores Extranjeros No Acompañados y, si no es el caso, para proceder a su inscripción con la incorporación de todos los datos necesarios.

Tanto la aplicación de la normativa citada como la apreciación del interés superior del menor y la presunción de una minoría de edad lleva a que estos menores/jóvenes tengan que ser trasladados a un recurso de protección mientras se llevan a cabo las pruebas de determinación de edad<sup>5</sup>. Estos recursos contemplan diferentes itinerarios de incorporación según las necesidades y/o edad de los menores, siendo los más habituales los recursos de primera acogida y los recursos de urgencia.

Los menores/jóvenes suelen requerir **una atención social inmediata**; además, es necesario que reciban una información adecuada de las actuaciones que se van a llevar a cabo en todo el proceso de acogida, de sus derechos<sup>6</sup> y del significado y el alcance de la situación en la cual se encuentra, del procedimiento que se va seguir, y, en concreto, si se va a llevar a cabo un procedimiento de determinación de edad, los organismos que intervienen, las decisiones y consecuencias que puede llevar y los medios de defensa, es decir, los recursos que pueden formular y la información sobre la posibilidad de solicitar el nombramiento de un abogado/a de turno de oficio y el derecho a la justicia gratuita<sup>7</sup>. La información debería recogerse también por escrito, en un idioma comprensible y un lenguaje adecuado a su

---

<sup>5</sup> En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el Plan de acción sobre los menores no acompañados 2010-2014 (COM (2010) Final se señala que *“los procedimientos y las técnicas de evaluación de la edad difieren, y su fiabilidad y proporcionalidad suelen ser motivo de preocupación. La posibilidad de recurrir no está siempre garantizada. Como han subrayado los expertos, el tutor debería estar presente en todas las etapas del procedimiento y los menores deberían ser tratados como tales hasta que se pruebe que no lo son”*.

<sup>6</sup> En dicha entrevista previa se puede conocer si se trata de una persona que podría ser beneficiaria del estatuto de refugiado o de protección internacional. Hay que tener en cuenta que la solicitud de asilo debe presentarse en el plazo de 1 mes desde la entrada en España o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. Además, según el art. 48 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria: *“Los menores no acompañados solicitantes de protección internacional serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores y el hecho se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal”*.

<sup>7</sup> En el mencionado Plan de acción de menores no acompañados también se señala que los menores no acompañados deberían ser informados de sus derechos y tener acceso a los mecanismos de reclamación y supervisión vigentes.



madurez. El derecho a ser informado y a ser escuchado no puede garantizarse convenientemente si no hay un acompañamiento a lo largo del proceso de determinación de la edad, acompañamiento que sería recomendable se hiciera por parte del equipo educativo de las diputaciones forales. Este personal debe tener la formación adecuada para que tengan capacidad de escucharles y dar el valor correspondiente a su historia, trayectoria, circunstancias y opiniones.

Según se recoge en el informe del Defensor del Pueblo *¿Menores o Adultos? Procedimientos para determinar la edad*<sup>8</sup>: *“Las investigaciones realizadas muestran que los interesados no son informados por los servicios policiales sobre el inicio del procedimiento, su alcance y sobre la naturaleza de las pruebas a las que van a ser sometidos. Tampoco consta que en este momento se recabe el consentimiento de los interesados para la realización de estas pruebas”*.

Esta atención inmediata ha de ser paralela a la puesta en marcha del procedimiento de determinación de la edad.

Por otro lado, la realización de pruebas médicas de determinación de edad exige el **transcurso de un plazo** ya que consisten en diversas pruebas y exámenes complementarios que han de realizarse en varios servicios médicos. La estimación médica de la edad es un procedimiento complejo al que se le debe conceder el tiempo suficiente para su realización. Las pruebas<sup>9</sup> consisten en una anamnesis (entrevista en la que se incluyan los antecedentes personales de la personas, reconstrucción de las etapas de desarrollo, relato cronológico de enfermedades previas, historial del recambio dental, nivel socioeconómico, antecedentes personales y familiares que pueden ser de interés...), un examen físico general (obtención de medición antropométrica, inspección de signos de madurez sexual e identificación de patologías), una radiografía de muñeca y de la mano, examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental, estudio radiográfico de la extremidad

---

<sup>8</sup> pág. 171

<sup>9</sup> Estas pruebas deberían cumplir las *“Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de consenso de buenas prácticas entre los institutos de Medicina Legal de España”*. Revista Española de Medicina Legal. Volumen 37 (núm1), p 16-23) Garamendi, P.M; Bañon, R.; Pujol, A; te al. (2011). También las conclusiones del Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros No acompañados (2011) *“Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros No Acompañados. Documento de consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”*. Revista Española de Medicina Legal Volumen 37 (núm. 1) p 5-6. Dichas recomendaciones se elaboraron por una amplia representación de directores de institutos de medicina legal del Estado.

También mencionamos la Observación General nº 6 del Comité de Derechos del Niño (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen: *“Las medidas para determinar la edad no sólo deben tener en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. El procedimiento para determinar la edad deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atender al interés del menor y a consideraciones de género, evitar todo riesgo de violación de su integridad física, respetar debidamente su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgar al individuo el beneficio de la duda”*.

proximal de la clavícula, y estudio de tomografía computerizada de la extremidad proximal de la clavícula.

Como decíamos, se necesita tiempo para poder realizarse las diferentes pruebas con rigor y claridad, y para analizar y valorar su resultado por lo que durante ese tiempo los menores deben tener una atención adecuada<sup>10</sup>, que entendemos debe ser prestada por los recursos de protección.

La Consulta 1/2009, de la Fiscalía General del Estado, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, recoge que *"la conducción y permanencia en el centro sanitario con la finalidad de determinar la edad del presunto menor es una privación de libertad, análoga a la del artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sometida a las garantías del artículo 17 de la Constitución Española, según la interpretación establecida en las Sentencias 341/1993, de 18 de noviembre, y 86/1996, de 21 de mayo, del Tribunal Constitucional y que, por tanto, no debe prolongarse innecesariamente"*. En esta línea, la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado configuró la conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas como una situación de privación de libertad *"que debe prolongarse el menor tiempo posible"*. También, en la Conclusión 4 del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería, Madrid, 20 de abril de 2010, se señaló, entre otras cuestiones: *"No se dictará decreto de determinación de la edad, sin disponer de un informe médico suficiente. En caso contrario, habrá de esperarse a la realización, ampliación o aclaración de las pruebas sin perjuicios de que el presunto menor quede mientras tanto bajo la custodia de los servicios de protección de menores, debiendo a tales efectos el Fiscal remitir el correspondiente oficio"*.

Además, las dependencias policiales deberían contar con estancias separadas y adecuadas a su condición de menores (según establece el art. 17 Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor) y, por otro lado, al tratarse de un menor extranjero la Policía Nacional (competente en materia de extranjería) únicamente

---

<sup>10</sup> En la realización de las pruebas intervienen distintos especialistas, como es el médico especialista en radiodiagnóstico o en estomatología. Además se debe hacer una evaluación global de los resultados de las pruebas de estimación de edad que debería ser coordinada por un médico forense o un médico especialista en medicina legal y forense con formación específica en la interpretación integral de los métodos de estudio complementarios que se recomiendan, lo que hace necesario el transcurso de un plazo. El Defensor del Pueblo elaboró una recomendación para dotar de mayor rigor a estas evaluaciones: *"Recomendación, de 23 de septiembre de 2011, formulada al Ministerio de Justicia para que se establezca un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes. Asimismo, que se promueva la formalización de un protocolo interinstitucional que permita el intercambio de pruebas e informes forenses realizados para la determinación de la edad por cualquier instituto de medicina legal o servicio médico forense del territorio nacional, a fin de facilitar los necesarios antecedentes que pudieran existir sobre la persona a la que se proyecta realizar un estudio de estimación de la edad"*





podría limitar sus entrevistas a la obtención de información sobre la identidad del menor.

Esta institución ha constatado en las visitas que ha realizado a las dependencias de la policía, tanto autonómicas, como municipales, que no hay, en general, dependencias de custodia específicas y separadas de las de los mayores.

Es decir, en opinión del Ararteko, **el menor/joven debería permanecer en los centros sanitarios y en las dependencias policiales el menor tiempo posible y el resto del tiempo debería localizarse en el recurso de protección.**

Por otro lado, la coordinación de las distintas actuaciones es más eficaz si se lleva a cabo por la institución de protección que tiene los medios adecuados para ello, en concreto, personal educativo que puede atender las necesidades de estos menores/jóvenes, y llevar a cabo los traslados a las dependencias del Cuerpo Nacional de Policía, en su caso, para su reseña e identificación, a los servicios médicos, a la Fiscalía o al Instituto Vasco de Medicina Legal. En la Observación General nº 6(2005) sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, se señala la importancia del nombramiento de un tutor y de un representante legal en el caso de entablarse un proceso o actuación administrativa que afecte a los intereses del menor. También se destaca la importancia de la entrevista previa en un idioma que el menor pueda comprender en la que se pueda evaluar aspectos particulares de vulnerabilidad, o necesidades de protección internacional, o si se encuentran ante una víctima de trata, como hemos mencionado anteriormente. Además se establece la prohibición de privación de libertad por la condición de inmigrante no acompañado y la obligación de acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento.

## **B. Consulta al Registro de menores extranjeros no acompañados**

Este registro se regula en el art. 215 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.

Tanto la doctrina de la Fiscalía General del Estado, por medio de la Circular 2/2006<sup>11</sup>, de 27 de julio, y la Consulta 1/2009<sup>12</sup>, como el mencionado documento

---

<sup>11</sup> "Los Fiscales deben velar porque la decisión sobre la práctica de las pruebas se adopte en la medida de lo posible-después de que la Fuerza actuante consulte los antecedentes que pudieran existir del presunto menor en el Registro de Menores Extranjeros, regulado en el art. 111 RE y en el que debe hacerse constar el resultado de la prueba médica de determinación de la edad (vid. letra f). Por consiguiente, si consultado el Registro consta

“Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”, recuerdan la conveniencia de consultar este registro **antes de hacer estas pruebas, para confirmar que el joven no ha sido previamente sometido al mismo tipo de pruebas.** En el anteriormente mencionado documento de los Institutos de Medicina Legal se traslada la preocupación de los médicos forenses por la posibilidad de que los menores no acompañados sean sometidos a una excesiva exposición a radiaciones ionizantes con fines únicamente periciales y, para evitarlo, recomiendan no sólo que se consulten los registros (tanto el Registro Central de Menores Indocumentados como los registros de los Institutos de Medicina Legal), sino también que las pruebas radiológicas se hagan en las condiciones técnicas de mínima radiación ionizante emitida, y que se aseguren las medidas de radioprotección del menor y se eviten las incidencias repetidas en cada sesión.

La mencionada Consulta 1/2009 de la Fiscalía General del Estado, si bien establece que la práctica de estas pruebas afecta al derecho constitucional a la integridad física, señala que constituye una intervención corporal de carácter leve que requiere, únicamente, del consentimiento del titular por lo que pueden ser acordadas directamente por el Ministerio Fiscal, y realizadas siempre que se cuente con el consentimiento del interesado para su práctica. En todo caso deben efectuarse por personal sanitario y llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona.

La anterior consulta recuerda **la conveniencia de ponderar en cada caso la oportunidad de llevarlas a cabo, mediante una valoración de las circunstancias concurrentes y de la búsqueda de la solución menos perjudicial para estos jóvenes.** También recuerda que el proceso de determinación de la edad debe respetar en cada caso el principio de proporcionalidad a la hora de ponderar las circunstancias que recomiendan iniciar el proceso, lo cual supone, remitiéndose a la jurisprudencia constitucional (STC 66/1995, y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple determinados requisitos o condiciones; concretamente debe valorarse si la medida en cuestión es adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, resulta necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; es decir, el carácter imprescindible de la misma, por no disponerse de otras menos lesivas y con igual aptitud para lograr el fin propuesto (juicio de necesidad); y, finalmente, ha de analizarse si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de

---

*practicada dicha prueba, habrá de prescindirse de la nueva práctica solicitada, salvo que razones excepcionales aconsejen otra decisión”.*

<sup>12</sup> La valoración acerca de la necesidad de la prueba exigirá, en la medida de lo posible, que los Sras./Sres. Fiscales, antes de decidir sobre este aspecto, comprueben si existe anotación sobre el mismo menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados que regula el artículo 111 RE.

proporcionalidad en sentido estricto), o dicho de otro modo, *“si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar”*. En base a dichos principios, como luego proponemos, se debería acudir a otros medios con carácter previo a la práctica de las pruebas médicas, pero en todo caso, debería esperarse al resultado de la consulta al Registro de menores extranjeros no acompañados.

En la instrucción 1/2012, de 29 de marzo, sobre la coordinación del Registro de menores no acompañados también se incide en este criterio: *“En estas circunstancias, si no existe una información completa del registro y si no se ha establecido un sistema inmediato de cotejo de las huellas digitales del presunto menor-método identificativo infalible en estos casos-el Fiscal puede ordenar la práctica de una prueba radiológica de determinación de edad respecto de una persona que ya fue sometida a ella en un lapso temporal relativamente corto. Con ello-además de poder originar en ciertos casos un eventual riesgo para la salud del afectado- puede dar lugar a la emisión de Decretos de determinación de la edad contradictorios y a duplicidades de los asientos personales”*. Esta instrucción establece medidas para mejorar el funcionamiento del Registro y señala las funciones que corresponden al fiscal de sala coordinador de extranjería con la participación de los fiscales delegados de Extranjería en sus respectivos ámbitos territoriales. El nuevo cometido atribuido al Ministerio Fiscal conlleva la fijación de una serie de reglas unitarias de actuación y organización para lograr que dicha coordinación sea eficaz, esto es, que se controle que la información sobre el menor extranjero acceda de forma efectiva al Registro y que sea lo más actual, completa y precisa posible, garantizando la colaboración de las diferentes instituciones depositarias de datos relevantes; que se practiquen las actuaciones necesarias para impedir duplicidades registrales; o bien que resuelva las incidencias o consultas sobre el acceso y disponibilidad de la información que les planteen los fiscales de su territorio en el ejercicio de sus funciones, entre otras. Además, hay que tener en cuenta que se ha elaborado una nueva normativa interna policial sobre gestión –tanto organizativa como tecnológica– del Registro de MENAs. Con todo ello el Registro de menores extranjeros no acompañados debería ser un instrumento más eficaz. El adecuado funcionamiento de este Registro y la consulta previa al mismo evitaría la repetición de las pruebas de determinación de edad en los casos en los que los menores/jóvenes se desplacen de una Comunidad Autónoma a otra.

**II.2.** A continuación hacemos mención a la **función y competencias del Ministerio Fiscal**, por su relevancia para la comprensión del procedimiento de acogida y de cese de la guarda o tutela en su caso.

El Ministerio Fiscal a la vista de las actuaciones llevadas a cabo, y tras las consultas correspondientes es quien autoriza la práctica de pruebas conducentes a la determinación de la edad. Debe tener conocimiento de la localización de una persona no acompañada de la que se suscitan dudas acerca de su condición de menor. Dicha información conlleva la incoación de unas diligencias preprocesales,



conforme a las previsiones del art. 5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) en cuanto dispone en su último párrafo (según la redacción de la Ley 14/2003, de 26 de mayo por la que se regula el EOMF) que *“también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”*.

El referido decreto debe especificar la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que disponga. Dicho decreto tendrá efectos **provisionalísimos**, lo que debería constar en el mismo sin que suponga una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que puede ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. Así, se podrían realizar pruebas médicas de mayor precisión o materializarse otros actos de investigación con relación a su edad.

Tanto el art. 35 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los extranjeros y su integración social antes citada como el art. 190.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el reglamento que la desarrolla, prevén la intervención del Ministerio Fiscal, art. 190.1: *“en el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias”*. Para ello el Ministerio Fiscal acuerda dar traslado al servicio médico forense o al o la especialista en medicina legal competente, a fin de que se pueda evaluar la procedencia de realizar pruebas médicas que permitan la estimación de su edad biológica y señale los métodos diagnósticos a emplear en cada caso. Es importante recordar que salvo supuesto de intervención judicial las pruebas médicas encaminadas a la determinación de la edad sólo pueden realizarse por haberlo así acordado el Ministerio Fiscal. Con carácter previo se le deberá informar al menor/joven de manera inmediata y de modo que sea comprensible de su situación y de sus derechos, tal y como se recoge en la Consulta 1/2009 de la Fiscalía General del Estado.

Como hemos señalado anteriormente, los Institutos de Medicina Legal han realizado diversas recomendaciones para la realización de las pruebas a las que nos remitimos por entender de enorme importancia en el respeto de los derechos de estos menores/jóvenes<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Entre las recomendaciones destacamos las siguientes: las pruebas deben realizarse por profesionales con formación específica y los informes emitidos deben ser sometidos a algún sistema de control de la calidad; las valoraciones deben realizarse por facultativos expertos del Instituto de Medicina Legal, que requieren de tiempo suficiente para su

Estas pruebas también se realizan cuando existen documentos acreditativos de su identidad que indiquen su minoría de edad, pero dichos documentos ofrezcan **dudas razonables** sobre su autenticidad o existen rasgos físicos que parecen evidenciar que es mayor de edad. El criterio que se está manteniendo por las fiscalías es la de su prevalencia frente a cualquier documentación que presente el joven, aunque no esté declarada inválida<sup>14</sup> por ningún organismo competente, al existir dudas de que el contenido que recoge sea cierto por la apariencia física del menor/joven.

A pesar de los informes tanto de la defensoría estatal como autonómicas en los que se recomienda que no se realicen estas pruebas en los casos en los que se disponga de pasaporte que no tenga indicios de falsedad<sup>15</sup>, el criterio actual de la Fiscalía General del Estado es entender que dichas pruebas son más fiables que la documentación personal por lo que se considera que su minoría de edad puede no ser cierta.

Todo ello se produce aunque la comunidad científica ha advertido de los grandes márgenes de error que presentan las técnicas para estimar la edad por medio de la medición de la madurez ósea y la mineralización dental. Estas técnicas **no permiten**, en la actualidad, **establecer con total precisión la edad de un individuo**, máxime si el estudio que se realiza se lleva a cabo en condiciones de urgencia y en muchos casos sin conocer determinados factores imprescindibles para llevar a cabo este tipo de evaluaciones, como son las carencias nutricionales, la actividad física, la exposición solar u otros factores de carácter patológico. Con independencia del método de examen adoptado, la evaluación de la edad de un niño o adolescente está sujeto a grandes desviaciones<sup>16</sup>, las tablas de referencia de

---

realización; la exploración deberá preservar la dignidad y seguridad de la persona explorada, debe ser comprensible para el presunto menor y expresamente consentida. Además, destacan que el método que se utiliza está sujeto a grandes márgenes de error. Y, entre otras cuestiones, comparten la importancia de que se evite la reevaluación y reexposición de la persona.

<sup>14</sup> En estos casos en los que se detecta a una persona extranjera que porta un pasaporte u otro documento de identidad en el que consta su minoría de edad, de cuya autenticidad o titularidad se duda se debería poner en conocimiento de la autoridad judicial, en el marco del procedimiento penal, para que ordenara la práctica de las pruebas necesarias para determinar si el presunto autor es mayor o menor de edad y si se ha cometido algún delito, en puridad no podría ser objeto del procedimiento administrativo previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, ya que existen indicios de la comisión de una infracción penal, art. 392 CP.

<sup>15</sup> La UNHCR-ACNUR y Save the Children (2006) también mantiene este criterio *“Cuando el menor presente documentación oficial que acredite su minoría de edad, la prueba de edad no será pertinente”*

<sup>16</sup> El Comité para la eliminación de la Discriminación Racial en el examen del informe presentado por España (2011), conforme al art. 9 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, insta al Estado a que con la finalidad de garantizar que los menores no acompañados no sean clasificados como adultos y gocen de las medidas de protección aplicables para niños, revise diferentes métodos de determinación de edad, y a

maduración ósea disponibles en la actualidad se refieren a personas cuyo origen y circunstancias es muy diferente al que se está analizando y dan una evaluación de la edad del menor/joven con un **margen de error de aproximadamente 18 meses por lo que hay una importante falta de precisión** cuando se trata de menores procedentes de países no europeos.

De hecho, en el ámbito internacional se constata un interés creciente por identificar medios de prueba alternativos a la realización de pruebas radiológicas, si bien este debate está abierto y sus resultados difieren notablemente en función del país que se examine<sup>17</sup>.

Por ello, la duda sobre la minoría de edad en la valoración de la apariencia física tendría que recaer **en favor del menor** (favor minoris), teniendo en cuenta los márgenes de error de las pruebas de determinación de la edad y el debate existente<sup>18</sup>.

En la conclusión 4 del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería, Madrid, 20 de abril de 2010<sup>19</sup>, antes mencionada se señalaba: *“los informes médicos sobre determinación de edad deben especificar el porcentaje de incertidumbre o desviación estándar. Cuando se reciban informes que por no incorporar la horquilla de edades o que por cualquier otro motivo deban considerarse insuficientes, habrán de solicitarse las ampliaciones o aclaraciones oportunas. No se dictará decreto de determinación de la edad, sin disponer de un informe médico suficiente”*. Y más adelante *“No son admisibles informes en los que se haga referencia a que la edad es de “aproximadamente 18 años” o expresiones similares (“alrededor de 17 años” o “superior de 17 años”. Siempre se estará, provisionalmente, a la edad inferior de las posibles que se establezcan en el informe médico”*.

Otra de las funciones que debe desarrollar el Ministerio Fiscal es la de informarle personalmente o controlar que ha sido debidamente informado acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, del procedimiento de determinación de edad, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarían, dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba, dado que tal negativa *“podrá valorarse junto con los*

---

que invierta en la puesta en marcha de pruebas fiables, actualizadas y que no sean dañinas para la integridad física de los menores.

<sup>17</sup> Informe Defensor del Pueblo procedimiento para la determinación de la edad ¿menores o adultos?

<sup>18</sup> El Comisario europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg también ha pedido que se mejoren los métodos para saber la edad de los menores inmigrantes indocumentados. Ha propuesto que la evaluación se haga por un grupo multidisciplinario de expertos independientes que tome en cuenta la madurez física, social y psicológica, respetando su cultura, dignidad e integridad física. Así mismo que si no hay serias dudas sobre la edad se deberían guiar por los documentos presentados y por las declaraciones hechas por la persona afectada.

<sup>19</sup> También se señala en la Circular 2/2006 de la FGE y en la Consulta 1/2009



*restantes datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad. Se tratará de un indicio poderoso, pero no determinante, pues la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso".* En estos casos la Consulta 1/09 de la Fiscalía General del Estado prevé la entrevista personal por parte del Fiscal. Es importante recordar que debe constar expresamente el consentimiento del menor/joven ya que en otro caso la realización de la prueba no tendría validez.

En este proceso de información, el documento "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España", también recuerda que el presunto menor debe ser convenientemente informado y que, en el caso de que no se comunique en un idioma que el examinador o los examinadores conozcan y así lo constate la autoridad, **es necesaria la presencia de un traductor-intérprete**. Es decir, los profesionales médicos también tienen la obligación de informar a los interesados sobre el alcance y las consecuencias de las pruebas a realizar, de manera que les resulte comprensible, y sobre la necesidad de recabar su consentimiento para la realización de las mismas.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es que el Ministerio Fiscal puede dictar **un nuevo decreto de determinación de edad con relación a una misma persona**. En la misma Consulta 1/2009 se señala que *"no debe modificarse sistemáticamente"* por la mera circunstancia de que el presunto menor recale en un nuevo territorio. El nuevo Decreto que se dicte *"debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión"*.

En la Consulta 1/2009 se señala que es preciso indicar que la situación contemplada en el artículo 35 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social surge en un contexto de ausencia de documentación acreditativa de la identidad y/o de la edad del presunto menor, o de exhibición de títulos como indicios de falsedad o generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos, por lo que, existiendo dudas al respecto y no habiendo otros medios para despejarlas, puede ser necesario acudir a la práctica de ciertas pruebas médicas para poder determinar aquella de modo aproximado.

Y posteriormente añade: *"A estos efectos hay que considerar como no documentado, no sólo a quienes carezcan de documentación sino también a quien pretenda acreditar su edad e identidad con documentación presuntamente falsa tal como indica la Circular FGE 2/2006, y a quienes hagan uso a efectos de su identificación de cualquier documento señalado en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que incorpore datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones, o que no resulten fiables en cuanto a la determinación de la edad, por proceder de países cuyas administraciones no garantizan la certeza o*



*fiabilidad de los datos que sobre fecha, lugar de nacimiento o filiación del interesado se incorporan al pasaporte. También se incluyen en este caso los supuestos en que se ocupen al presunto menor documentos en que consten diferentes filiaciones o fechas de nacimiento”.*

Las dudas sobre la validez de la documentación identificativa (pasaporte, documento de identidad del país de origen o documentos equivalentes) se originan bien por deficiencias formales (posible manipulación, falta de original sin copia autenticada, etc.) y de manera especial, por discrepancias entre la edad que aparece en la documentación aportada y la edad aparente derivada de la observación del aspecto físico del joven.

Entre otros indicios que pueden revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un documento, la Consulta 1/2009 menciona los criterios que establece la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil: *“a) la existencia de un intervalo muy largo entre la fecha del documento y la fecha del hecho a que se refiere; b) que el documento se haya elaborado transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que aluden y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento; c) la existencia de contradicciones o aspectos inverosímiles entre los diferentes datos consignados en el acta o en el documento; d) que el mismo se haya elaborado exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente; e) que se haya elaborado el documento sin disponerse de un elemento objetivo que garantizara la realidad del hecho referido en el mismo; f) que se trate de un documento expedido por una autoridad que no tenía en su poder o no tenía acceso al acta original.”* O también: *“a) que existan contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento presentado y los que figuran en otras actas o documentos comunicados a la autoridad competente o que obren en su poder; b) que los datos que figuran en el documento presentado no parezcan corresponder a la persona a la que se refieren; c) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de fraudes o irregularidades anteriores imputables al interesado; d) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros del Estado de origen del documento presentado”.* Estos criterios deberían servir para justificar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento del pasaporte y/o del certificado de nacimiento que se alega para acreditar la minoría de edad y **dichas razones deberían señalarse expresamente**. A pesar de ello, la falta de validez del pasaporte no se suele razonar adecuadamente.

En cualquier caso, de acuerdo con el contenido de la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, la Fiscalía General del Estado también recuerda que *“en tales supuestos, la Instrucción, ante la duda que genera el documento, considera conveniente que la autoridad competente en el asunto realice todas las comprobaciones necesarias, en particular con el interesado y que,*





***en caso necesario, proceda, si es posible, de acuerdo con las autoridades del lugar de que se trate, a una comprobación de que existe ese acta en los registros del Estado de origen y de su conformidad con el documento presentado".***

Cabría, por tanto, llevar a cabo las comprobaciones correspondientes con las autoridades de los países de origen de los jóvenes. **Esta posibilidad, en opinión de esta institución, se debería tomar en consideración,** como luego desarrollamos.

**II.3.** A continuación mencionamos las **carencias** que hemos observado en la tramitación de las quejas, con la salvedad que se ha avanzado en algunos aspectos, pero que es importante tener presentes las garantías que deben acompañar a todo el proceso, y que son el objeto de la presente recomendación.

En algunas quejas que hemos recibido los decretos de determinación de edad del Ministerio Fiscal no reflejaban que hubiera un margen de error sino que establecían una fecha concreta de edad, o se decía que tenía "aproximadamente 18 años"; tampoco se habían realizado con las garantías que se establecen en las instrucciones de la Fiscalía General del Estado (información consentida, etc.); o bien no se había consultado al Registro de Menores, o incluso en algún caso no se habían podido realizar las pruebas porque el menor se había ausentado con anterioridad y se valoraba que era mayor de edad cuando no se había sometido a las pruebas médicas acordadas por la Fiscalía.

En otros casos los menores no habían sido atendidos por los servicios de protección sino que la policía había derivado a los presuntos menores a los servicios médicos. Tras el decreto de determinación de edad, que en base a las pruebas radiológicas acordaba que eran mayores de edad, los menores/jóvenes acudieron a organizaciones sociales para comunicar su situación y las deficiencias en la atención recibida.

Otras de las carencias detectadas es la falta de intervención del Instituto vasco de medicina legal en la interpretación de las pruebas diagnósticas para la estimación de la edad. Ello permite que se dicten decretos de determinación de edad basados en la interpretación de pruebas aisladas (p. ej. exclusivamente exámenes radiológicos), carentes, por tanto, del necesario rigor científico.

Por último, hacemos referencia a las quejas que tienen por objeto las dificultades para recurrir en vía judicial los resultados de las pruebas practicadas y/o el decreto de determinación de edad en los casos en los que no ha habido una resolución administrativa expresa que lo recoja, bien porque la diputación foral correspondiente no lo ha dictado o bien porque no se le notificó en su momento cuando dichas pruebas se realizaron en otra Comunidad y al solicitar la protección en un Territorio Histórico se le comunica que no se le va a atender en base a las pruebas realizadas y al decreto dictado en otra Comunidad Autónoma. Mas adelante analizamos esta garantía básica.



Finalmente, hay que tener en cuenta que lo que se solicita es un concepto de edad en términos de edad cronológica mientras que lo que la medicina aporta es una edad biológica<sup>20</sup> o de desarrollo, que tiene por objeto la búsqueda de posibles patologías. El desarrollo madurativo de una persona puede variar por multitud de factores, genéticos, socioeconómicos, actividad física, alimentación, exposición solar... La diversidad de pruebas, su rigurosidad<sup>21</sup> y el reconocimiento de un margen de error se torna por todo ello fundamental. También la intervención de expertos en medicina legal con formación específica en la interpretación de las pruebas es una garantía de exhaustividad.

#### II.4. Propuestas del Ararteko

1. Esta institución ha señalado reiteradamente que deben existir indicios razonables de que el contenido del pasaporte es falso, erróneo o realizado en fraude, para justificar la realización de las pruebas médicas. **Las administraciones e instituciones competentes deberían justificar que existen estos indicios con carácter previo a la realización de las pruebas.**

El pasaporte es un documento que emite un país con validez internacional, bajo ciertas normas legales, acuerdos internacionales y medidas de seguridad. Los pasaportes son documentos oficiales utilizados para identificar a las personas y la ciudadanía a la que pertenecen. Permiten a las personas viajar legalmente a través de las fronteras nacionales. El papel de un pasaporte, por tanto, es identificar a los nacionales de un Estado para el beneficio de los países extranjeros, y garantizar su derecho de retorno. La comunidad internacional, a través de la ONU y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), ha establecido prácticas y estándares para los viajes internacionales y sus procedimientos de documentación<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Auto de 9 de enero de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª: *"Pero el médico que realiza dicha prueba, en realidad, no puede dar al jurista una estimación de dicha edad legal sino simplemente su edad biológica. La edad biológica, pese a ser edad, no define un concepto cronológico, sino que se define por la identificación de un explorador de una serie de hitos dentro del proceso de maduración y desarrollo de un ser humano que se alcanzan habitualmente a una determinada edad cronológica en un grupo de población determinado. Por tanto, la edad biológica no es exactamente la edad cronológica, aunque cuando los hitos madurativos que identifica suelen correr paralelos a la edad cronológica. La edad biológica corre paralela con la edad cronológica en todos los sujetos que siguen una secuencia de estos hitos madurativos que es prácticamente uniforme en todos los seres humanos, pero no es exactamente coincidente con ella en todos los sujetos. Algunos seres humanos adelantan sus ritmos madurativos por delante de esta edad cronológica más habitual y otros la retrasan por muy diversas razones (...)*

<sup>21</sup> Volvemos a insistir en la importancia del cumplimiento del documento *Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de consenso de buenas prácticas entre los institutos de medicina Legal de España*, mencionado en la nota 9.

<sup>22</sup> La OACI fue creada como una agencia especializada de las Naciones Unidas por la Convención de Chicago. Los estados signatarios alcanzan el número de 188 Estados. La Asamblea ha dictado resoluciones en el ámbito de las políticas permanentes en la esfera

Estos esfuerzos internacionales no pueden cuestionarse sin una justificación razonable, por lo que tanto en las diligencias preprocesales de la Fiscalía, como por parte de la diputación foral correspondiente, se deberían explicar las razones por las que se solicita que se realicen estas pruebas de determinación de edad cuando se dispone de pasaporte válido. Esto es, que se ha realizado un juicio de proporcionalidad, de necesidad y se ha ponderado adecuadamente, en aplicación de la doctrina constitucional, los motivos por los que un pasaporte no es válido y se debe acudir a las pruebas de determinación de edad.

El art. 4 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social establece:

*“Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España”.*

Así mismo, el art. 6.2 del Reglamento que desarrolla 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, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, prevé: *“Tanto los pasaportes como los títulos de viaje y demás documentos que se consideren válidos deberán estar expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho Internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los titulares. Los pasaportes deberán permitir el retorno al país que los haya expedido”.*

La obligación que prevé la Ley se refiere al pasaporte (no al certificado de nacimiento). El documento que identifica a la persona extranjera es el pasaporte y la única autoridad que puede expedir un nuevo documento es la de su país de origen. Si esa administración mantiene que la edad correcta es la que consta en el pasaporte, **no podría disponer de un documento identificativo como persona mayor de edad**, lo que le dificulta para relacionarse con las administraciones públicas, solicitar la autorización de residencia, inscribirse en el padrón, solicitar un servicio o una prestación pública o formalizar un negocio jurídico ya que no dispone de la capacidad de obrar plena. Se le deja en una situación de indefensión y vulnerabilidad, al no haber ninguna persona adulta ni institución de protección que le represente.

---

del transporte aéreo A37-20: Declaración consolidada de las políticas permanentes de la OACI en la esfera del transporte aéreo en aplicación del Convenio sobre aviación civil, apéndice D, Sección II “Cooperación internacional para proteger la seguridad e integridad de los pasaportes”, [www.icao.int/publications/Documents/9958\\_es.pdf](http://www.icao.int/publications/Documents/9958_es.pdf)

Sería conveniente, por tanto, que la diputación foral correspondiente cuando comunique al Ministerio Fiscal la localización de una persona que declara ser menor de edad y que dispone de un pasaporte **razonara los motivos por los que no va a tomar en consideración la información que contiene el mismo**. El pasaporte es un documento oficial que tiene presunción de veracidad que sólo puede ser desvirtuada por otros medios de prueba. Ello lleva a que si la diputación foral y la Fiscalía consideran que no tiene un contenido cierto deben razonarlo y justificar los motivos por los que han llegado a esa conclusión. **Es importante recordar que la mala fe no se presume en derecho.**

De hecho, el análisis de la jurisprudencia muestra que, si bien hay resoluciones judiciales contrarias, también hay sentencias que dan más validez al pasaporte por encima de las pruebas médicas sobre la base de la falta de fiabilidad que ofrecen las pruebas médicas a la hora de determinar la edad, especialmente si el procedimiento seguido está falto de determinadas garantías, y que convierten el informe forense en una prueba pericial no definitiva, incompleta. Los tribunales<sup>23</sup> han declarado que la presunción de veracidad del pasaporte debe ser destruida mediante prueba en contrario. Estos pasaportes se obtienen en base al certificado de nacimiento, como es el caso de Marruecos. Los certificados de nacimiento sí dan fe del estado civil como es la fecha de nacimiento.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava nº 84/2004, de 2 de junio, da más validez a la copia de un pasaporte marroquí por la que, atendiendo a la fecha de nacimiento un condenado en un juicio de faltas resultaba ser menor de edad: "...es diáfano que el art. 375 de la LECR da prioridad a cualquier tipo de acreditación documental que la meramente pericial que puede realizar un médico, sin que se pueda dudar de la fecha de nacimiento una vez aportado aquel documento"; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona: "Debido al carácter y procedencia del pasaporte en este caso la prueba documental puede ser contrarrestada por una pericial; ello no significa que deba admitirse sin más el resultado de la pericial, sino que debe controlarse la prueba científica..." Y más adelante señala que "La prueba practicada no ha servido para aclarar la edad de (...); las dudas sobre la edad de (...) derivan no ya de la apariencia física de la persona o porque España no tiene suscrito un tratado de reconocimiento con Malí,, sino también por el contenido del informe Clínico y los dos Informes Forenses que

---

<sup>23</sup> Otras resoluciones que dan mayor validez al pasaporte: Sentencia Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 424/2006; Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 18 de diciembre de 2007, Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Donostia-San Sebastián, de 25 de febrero de 2010, procedimiento de jurisdicción voluntaria 156/2010; Sentencia de Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Donostia, de 24 de noviembre de 2010 oposición de medidas 442/2010; Sentencia del Juzgado de Primer Instancia nº 80 de Madrid de fecha 8 de junio de 2011; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 19 de Barcelona de 17 de enero de 2011, oposición a acuerdo de entidad pública 1069/10; Juzgado Primera Instancia 51 Barcelona, procedimiento oposición medidas en protección de menores 314/2011, Auto de 13 de mayo de 2011; Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona, Sentencia de 18 de marzo de 2011, procedimiento 406/2010.

*entiendo incompletos; es de aplicación el principio de interés superior del menor que ha de prevalecer frente a cualquier otro y que aparece consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en numerosas leyes”; la Sentencia del Juzgado 1ª Instancia de Santander, de 6 de mayo de 2004, concluye que siendo el documento auténtico la prueba médica es complementaria, nunca definitiva y permite el error, razón por la que la presunción de veracidad de los documentos oficiales no puede considerarse desvirtuada: “Mientras que los documentos públicos acreditan por sí mismos su autenticidad conforme al art. 319.1 de la LEC, los documentos oficiales como son el pasaporte o la tarjeta de residencia sólo establecen la presunción de veracidad, una presunción iuris tantum, que por lo tanto puede ser desvirtuada mediante otros medios de prueba. La parte que niega la veracidad de dichos documentos-en este caso la Administración- es la que debe probar su inexactitud”. La Sentencia nº 201/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid, de 4 de mayo, examina la fiabilidad de la prueba médica concluyendo que “la determinación de la edad ósea presenta el problema de la fiabilidad ya que adolece de un serio riesgo de sobreestimación o subestimación de la edad biológica (...) el arco de edades posibles ha de tomar en consideración, como mínimo, unos dieciocho meses de riesgo de sobreestimación de la edad y, dentro de este arco de edad, habrá de estar siempre a la inferior, pues es lo que, en general, satisface el interés del menor...”.*

*Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 9 de enero de 2012, “la estimación forense de la edad es una valoración médico legal que nunca, ni siquiera en aquellos casos en los que la bibliografía médica parece apoyar conclusiones absolutamente certeras, constituye un diagnóstico de certeza” y más adelante “cualquier decisión fundamental que adopten las autoridades administrativas o judiciales en la materia del menor que nos ocupa, han de tener como criterio rector esencial el beneficio del menor, todo ello conforme a las exigencias legales de la normativa del CC, de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional...”*

Aunque, también hay sentencias que dan más valor a las pruebas médicas realizadas **cuando se cumplen determinadas garantías**:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 385/2012, de 7 de junio: “Si bien es cierto que en las pruebas médicas que se efectúan para la determinación de la edad existe margen de error, tal como puso de relieve y consta en el Informe elaborado por el Defensor del Pueblo de España con importantes consecuencias legales, existe consenso en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable. Por ello se acude a la exploración física, a la maduración ósea (exploración radiológica de muñeca) al examen de la dentición con ayuda de la ortopantomografía y estudio de la clavícula”<sup>24</sup>.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 425/2012 de 19 de junio: “Ciertamente la radiografía del carpo de la muñeca para la predicción de la edad

---

<sup>24</sup> Otra sentencia con contenido similar: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 433/2012, de 21 de junio.

*cronológica a través de la edad ósea no conduce a resultados absolutos e indubitados y conforme a todas las recomendaciones debe tenerse en consideración el margen de error de dichas pruebas, pero en el presente caso también se ha realizado una ortopantomografía y la conclusión médica derivada de la realización de dichas pruebas y complementada con la entrevista y la exploración física es que la edad mínima más probable de (...) sería de 18 años, según se afirma en el informe médico expedido por el Institut de Medicina Legal en fecha 26 de noviembre de 2010. Es decir, según las pruebas médicas el interesado ya era mayor de edad cuando se procedió a la apertura del expediente. El contenido del informe médico fue aclarado en el acto de la vista en el que se afirmó que el margen de error de las pruebas médicas realizadas ya se había tenido en cuenta al determinar la conclusión y que el actor tenía los molares totalmente mineralizados. Por tanto debe afirmarse que las pruebas médicas realizadas han seguido las recomendaciones y directrices recogidas en el informe elaborado por los Médicos Forenses a que se hace referencia en el recurso”.*

2. España ha suscrito diversos tratados de reconocimiento de documentos, como son con Marruecos Argelia y Mauritania<sup>25</sup>.

En el caso de Marruecos el art. 40 prevé:

*“Los documentos que provengan de las autoridades judiciales o de otras autoridades de uno de ambos Estados, así como los documentos cuya fidelidad y fecha, veracidad de la firma o conformidad con el original certifiquen dichas autoridades, estarán dispensados de legalización o de cualquier otra formalidad equivalente cuando deban presentarse en el territorio del otro estado.*

*Los documentos deberán ir provisto de la firma y del sello oficial de la autoridad facultadas para expedirlos y el en caso de que se trata de copias, estar certificados conformes con el original por dicha autoridad. En cualquier caso, deberán estar extendidos materialmente de tal forma que resulte evidente su autenticidad. En caso de existir serias dudas acerca de la autenticidad del documentos, se efectuará una comprobación por mediación de la autoridad central de ambos Estados”.*

En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 1121/2012, de 24 de abril, en relación a un asunto sobre despido de un trabajador no consideró aplicable el convenio ya que *“los documentos dispensados de legalización son aquellos que se cruzan, notifican o envían entre autoridades de las Partes directamente o por conducto diplomático, pero no aquellos que son presentados directamente por la ciudadanía, sin perjuicio de las posibilidades de*

---

<sup>25</sup> Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el reino de España y el reino de Marruecos, BOE (151) 25-6-1997; convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la república Argelina Democrática y Popular y el Reino de España (103); 1-05-2006 convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República islámica de Mauritania, BOE (267) 8-11-2006



*requerimiento de comunicación de documentos que el convenio prevé, posibilidad que el demandante no ha actuado en el presente caso".*

El Convenio hace referencia a documentos que provengan de autoridades judiciales **o de otras autoridades**. En el mismo se prevé que en caso de existir serias dudas acerca de la autenticidad del documento se efectuará una comprobación por mediación de la autoridad central de ambos Estados.

Esta previsión es muy importante, ya que permite que bien por parte de la diputación foral o de la Fiscalía se solicite a la autoridad correspondiente de Marruecos que certifique la autenticidad del certificado de nacimiento que ha servido de base para la expedición del pasaporte, o el propio pasaporte lo que evitaría la realización de las pruebas médicas de determinación de edad.

En la reunión mantenida por personal de esta institución con el cónsul de Marruecos en Bilbao nos señaló que esta posibilidad de comprobación cabía en un tiempo razonablemente breve, por lo que una posibilidad sería que se hiciera dicha comprobación en un plazo determinado con antelación a la realización de las pruebas médicas. Se trata de intensificar las relaciones entre las autoridades de los países por ser esta vía más adecuada en interés superior del menor, que las pruebas de determinación de edad, en los casos en los que el menor/joven exhiba documentación relativa a su edad.

Esta manera de actuar es análoga a la que se recomienda por parte Comisión Internacional del Estado Civil, recomendación N<sup>o</sup> 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)<sup>26</sup>) relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y memoria explicativa adoptada por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005.

La recomendación llama la atención a los Estados sobre los requisitos que tiene que tener un documento para que tanto él como los datos que contiene sean auténticos y hace referencia a diversos indicios que pueden revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un documento relacionado con las condiciones en que se elaboró o redactó y con elementos externos.

---

<sup>26</sup> La Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) es un organismo internacional autónomo, relacionado con otros organismos internacionales (como el Consejo de Europa y la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya). Esta organización tiene como finalidad la de promover la cooperación internacional en materia de estado civil, mejorar el funcionamiento de los servicios nacionales encargados del estado civil y cooperar con otros organismos internacionales que también se ocupen del Derecho de las personas y de familia, entre otras. Esta organización ha aprobado convenios multilaterales, que son instrumentos jurídicos de obligado cumplimiento y dirige recomendaciones a los Estados. Está integrada por trece Estados miembros de pleno derecho: Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Países Bajos, Italia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Suiza y Turquía. Entre los Estados observadores figuran la Santa Sede, Suecia.



Esta recomendación se ha traducido, por ahora, en una instrucción de 20 de marzo de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, anteriormente mencionada, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, que es de aplicación por los registros civiles españoles, municipales, consulares y central.

También el Reglamento del Registro Civil, art. 85, prevé dirigirse directamente a las autoridades extranjeras cuando haya dudas sobre la autenticidad de la documentación: *"Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.*

*Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no pueden obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellas autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.*

*La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante Título suficiente".*

En definitiva, la edad del menor no debería suscitar dudas si resulta concluyente que es menor de edad por su apariencia física o bien si porta documentación de la que se deduzca su edad y no se cuestione su autenticidad<sup>27</sup>. Si se cuestiona su autenticidad se debería acudir a otras pruebas como son la certificación de los datos por parte de las autoridades del país de origen. En el caso de países como Marruecos, con el que España tiene suscrito un convenio, se debería acudir a la vía diplomática y a la certificación de la autenticidad de la documentación por parte de las autoridades del país de origen.

La identificación del menor es un presupuesto previo para iniciar el proceso de reagrupamiento familiar tras la localización de su familia y el conocimiento de su situación social y familiar en el país de origen ya que se debe valorar la existencia de riesgo o peligro para su integridad física, de su persecución o de su familia con carácter previo (o bien la existencia de recursos de protección adecuados en el país de origen). En otro caso se valora la permanencia en nuestra Comunidad como la más adecuada en interés superior del menor, por lo que se llevan a cabo las gestiones para dotarle de un pasaporte y solicitar la autorización de residencia. Esto es, **se le va a identificar bien para su reagrupación familiar o para su permanencia en nuestra Comunidad con independencia de las pruebas médicas de determinación de edad que inicialmente se hayan realizado.**

---

<sup>27</sup> Circular 2/06 de la Fiscalía General del Estado: *"Si el menor extranjero indocumentado es por sus características físicas indubitadamente menor de edad, o concurriendo el presupuesto del art. 35, lo procedente será ponerlo a disposición de la Entidad Pública de Protección de Menores, sin la realización urgente de pruebas previstas en el precepto de referencia y sin perjuicio de las ulteriores gestiones para determinar la concreta edad del menor, que habrán de tener trascendentes efectos jurídicos, gestiones a practicar por su tutor legal".*





### **III. Cumplimiento de las garantías y los derechos en el cese de la acogida residencial, guarda o tutela tras el decreto de determinación de edad acordado por las Fiscalías en el que se acuerde que se trata de una persona mayor de edad.**

Una vez que el Ministerio Fiscal ha decretado que se trata de una persona mayor de edad, la diputación foral correspondiente acordará cesar el acogimiento inmediato, la guarda, el acogimiento residencial, o en su caso la tutela, en base al decreto de fiscalía y al informe del médico forense. El menor/joven ha sido atendido por el servicio de infancia, pero tras el decreto de determinación de edad va a dejar de ser atendido, por lo que se debe dictar una resolución que refleje esta realidad. La ausencia de atención o bien la falta de una resolución administrativa deja al menor/joven en una situación de indefensión ya que se encontraría ante una situación de hecho, que afecta a sus derechos, sin que tenga ninguna constancia documental de ello. Por lo tanto, es importante que dicha resolución se notifique al joven para que pueda presentar, si lo considera, el recurso judicial correspondiente. Como señalábamos anteriormente, el decreto de determinación de edad tiene una naturaleza provisional; se trata de unas diligencias preprocesales que no son objeto de recurso, por lo que en el recurso contra la orden foral se puede cuestionar la validez de las pruebas médicas en contraste con la validez de otra documentación, como es el pasaporte, o el acta de nacimiento legalizada del menor/joven.

El Defensor del Pueblo ha planteado la necesidad de una asistencia letrada que defienda los derechos del presunto menor desde que es localizado por los cuerpos de policía. La asistencia letrada permitiría que el joven/menor conociera sus derechos y serviría para controlar que se ha efectuado la audiencia al joven/menor con la información necesaria previa a la realización de las pruebas médicas de determinación de edad. No obstante, la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado señalando que nos encontraríamos ante una privación de libertad, análoga a la del artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sometida a las garantías del artículo 17 de la Constitución Española **que no precisa asistencia letrada.**

La posibilidad de asistencia letrada estaba prevista en el protocolo de actuación con relación a menores extranjeros de Gipuzkoa, sin que haya tenido recorrido al no ser una atención prevista en el turno de oficio que el Gobierno Vasco financia.

El derecho a la defensa está regulado en nuestra normativa autonómica en el art. 17 de la Ley 3/2005, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia, y en el art. 23 del Decreto 131/2008, de 8 de julio regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y adolescencia en situación de desprotección social. El Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco respondió al Ararteko en el expediente de queja 605/2011/31 con relación a algunas cuestiones planteadas del procedimiento de determinación de edad.





Estas cuestiones se referían a la intervención del Instituto Vasco de Medicina Legal y a la necesidad de que las personas que declaran ser menores de edad dispongan de información adecuada en presencia de un abogado independiente desde el momento en que se le comunica en sede policial (o en un servicio de protección a la infancia) que se le van a realizar diversas pruebas médicas por ser menor de edad y estar indocumentado y sobre la posibilidad de establecer medidas adecuada para garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita. A continuación transcribimos la respuesta del departamento, por su relevancia:

*“El Instituto Vasco de Medicina Legal, y en concreto la Subdirección de Gipuzkoa no ha participado en la determinación de la edad de “...” ni en ninguna otra actuación en relación con el mismo. Los motivos de la no intervención del IVML no son otros que el no haber sido requerido para ello. Este Departamento opina que es absolutamente necesario proveer de asistencia jurídica a los menores que quieran recurrir las Órdenes Forales de cese de tutela o no asunción de la misma por razones de edad. Esta opinión ha llevado a que en el Decreto de Justicia Gratuita, actualmente en tramitación, se prevea de modo expreso esta Asistencia Jurídica. Partiendo de la premisa de que el Ministerio Fiscal -Órgano Constitucional que tiene atribuida entre otras funciones la defensa de los intereses de los menores- velará porque la información adecuada sea facilitada al menor y lo sea en términos comprensibles, teniendo en cuenta la previsión que se acaba de hacer referencia en la respuesta anterior, resultaría que la eventual falta de información que en algún caso pudiera producirse siempre podrá ser esgrimida por el letrado del menor afectado como uno de los motivos de recurso de la Orden Foral de que se trate con lo que los derechos del mismo quedarían en todo caso protegidos”.*

En consecuencia, la asistencia jurídica gratuita se concederá a las personas que, cumpliendo el resto de los requisitos, recurran las resoluciones de cese de la atención inmediata, de la guarda, del acogimiento residencial o de la tutela.

El derecho a la defensa ha sido objeto de varias sentencias del Tribunal Constitucional. Este tribunal, con fecha 22 de diciembre de 2008, dictó dos sentencias que afectan al derecho a la defensa. La primera, recurso de amparo 3321-2007, reconoce el derecho de la asociación a impugnar una actuación administrativa que afecta a un menor cuando se acredita interés legítimo por parte de la misma, esto es, que entre los fines de la asociación se prevé conseguir la integración en la sociedad y la promoción de las personas con problemas de cualquier clase de marginación social, especialmente menores y jóvenes, incluyendo el ejercicio de las acciones judiciales que se entiendan oportunas para la tutela de sus derechos y libertades fundamentales.

La segunda sentencia, recurso de amparo 3319-2007, reconoce el derecho de los menores a ser oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal. Señala, por tanto, que los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio tienen derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado.



El Tribunal Constitucional se remite en la sentencia a otras sentencias y al ordenamiento jurídico vigente. Así, señala, que este derecho aparece reconocido en varias sentencias anteriores del Tribunal Constitucional: Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre y la 17/2006 de 30 de enero, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en la Ley Orgánica 11/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Más adelante concluye que *“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 sacrifique intereses de especial relevancia. Entre estos intereses está, sin duda, y como ya se expuso anteriormente, el derecho de cualquier menor con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido del art. 24.1 de la Constitución Española. De este modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 de la Constitución Española, 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 ejercen su representación legal”*.

Estas sentencias tienen un alcance importante porque reconocen el derecho a la defensa de las personas menores de edad. Recordemos que en muchas ocasiones estas personas disponen de un pasaporte que señala que son menores de edad aunque el decreto de determinación de edad señale que es mayor de edad.

Los menores/jóvenes extranjeros no acompañados tienen necesidad de defenderse en vía judicial frente a decisiones que les afectan, por lo que, como señalábamos, deben disponer de asistencia letrada en el procedimiento por el que se determina si es mayor o menor de edad. Para poder ejercer dicho derecho<sup>28</sup> deben haber sido

---

<sup>28</sup>El derecho a la defensa de los menores extranjeros no acompañados ha sido objeto de otros informes, como el del Defensor del Pueblo *Informe sobre Asistencia Jurídica a los extranjeros en España* (2005), también se hizo referencia al mismo en la Declaración de las defensorías del pueblo sobre las responsabilidades de las administraciones sobre los menores no acompañados, 2006 ; y por el Consejo General de la Abogacía Española, Recomendación sobre la asistencia jurídica a menores extranjeros no acompañados adoptada en acuerdo de 19 de enero de 2007. En todas ellas se señala que los menores deberían recibir asistencia jurídica independiente de la Administración, como es el turno de oficio colegial, con el fin de asegurar que los procesos administrativos o judiciales se lleven a cabo teniendo en cuenta su interés superior. Además, se recoge en la Observación General nº 6(2005) del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, que hace referencia al derecho a ser oído previsto en el artículo 12 de la Convención y *“a que puedan disponer de toda la información pertinente acerca de sus derechos, que se proporcionará acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor Dado que la participación está en función de una comunicación fiable, se proveerá en su caso interpretación en todas las fases”*; o bien en las recomendaciones de UNHCR-



informados con antelación de los derechos y de las obligaciones en las diversas fases del procedimiento de acogida y **debe haber una resolución por parte de la institución de protección que resuelva la solicitud de guarda o de acogimiento residencial o de tutela que ha presentado el menor/joven o finalice el expediente de protección o de atención inmediata iniciado de oficio**<sup>29</sup>. En otro caso, no hay ninguna otra previsión que establezca la designación de una asistencia letrada cuando dicha decisión tiene efectos tan importantes en la vida de estas personas.

Estos menores/jóvenes tras el decreto de determinación de edad se encontrarían fuera de los recursos de protección, en muchos casos con un pasaporte que señala que es menor de edad. Dicha documentación le impide relacionarse con las administraciones públicas porque se requiere la asistencia de su tutor legal. Esta paradójica situación es una consecuencia de que se estén realizando pruebas de determinación de edad a personas que portan pasaportes en los que se señala que son menores de edad sin que se cuestione en vía penal<sup>30</sup> la autenticidad de dicho documento, o bien se consulte con las autoridades del país de origen la veracidad de los datos que contiene para establecer su identidad y su edad. Este documento permite la identificación de la persona y, en consecuencia relacionarse con las administraciones públicas, solicitar la inscripción en el padrón, solicitar la autorización de residencia, etc. El disponer de un pasaporte que señala que se trata de una persona menor de edad le impide tener capacidad de obrar plena para realizar actuaciones y negocios jurídicos con eficacia.

El derecho a la defensa implica que este menor/joven tenga conocimiento fehaciente del resultado de las pruebas médicas realizadas, y que se le escuche sus alegaciones y se le informe de su derecho a recurrir la decisión de la institución de protección basada en el decreto de determinación de la edad de la fiscalía correspondiente. Esta información debería ser comunicada de manera individual y con la adecuada atención educativa por los efectos que implica en su futuro cercano, ya que a priori deja de tener cubiertas sus necesidades básicas y formativas.

La institución de protección **debe dictar una resolución por la que se cese el acogimiento residencial, la atención inmediata, la guarda o la tutela...**, que esté adecuadamente motivada y notificarla al joven, informándole que es recurrible y

---

ACNUR y Save The children (2006), así como en el informe 2009 de UNICEF *“Realidad Jurídica y social de los menores extranjeros en España”*: *“Debe regularse y garantizarse expresamente el derecho de asistencia letrada para todas las cuestiones que afecten al menor en el ámbito jurídico. Independientemente de la intervención del Ministerio Fiscal, es necesario procurar dicha asistencia letrada, dados los conflictos que surgen entre sus intereses y la Administración pública. Esta asistencia letrada le proporcionará un trato más personal y una garantía en la defensa de sus derechos”*. Por último mencionamos el informe del Defensor del Pueblo *“¿menores o adultos? Procedimientos de determinación de edad.*

<sup>29</sup> En la investigación que apoyó esta institución [¿Menores o extranjeros? Análisis de las políticas de intervención sobre menores extranjeros no acompañados](#) se destacó, tras el análisis de la muestra recogida de expedientes de menores extranjeros años 2006 y 2007, la falta de información que contenía algunos expedientes con respecto a las variables que estaban siendo objeto de la investigación, lo que dificultó la obtención de resultados.

<sup>30</sup> Ver nota 14.





del órgano ante el que debe de presentar el recurso<sup>31</sup> y el plazo para interponerlo, así como sobre su derecho a la asistencia jurídica gratuita y al nombramiento de un abogado de oficio y la dirección del servicio de orientación jurídica en donde puede presentar la solicitud.

La motivación debe referirse al decreto de determinación de la edad, ya que no cabe el cese de tutela en virtud de una ausencia no autorizada. En las conclusiones de las jornadas de los delegados de menores de la Fiscalía General del Estado celebradas en León los días 5 y 6 de noviembre de 2009 se señaló: *"Es esencial que se erradique la práctica en ocasiones detectada consistente en que cuando un menor extranjero se fuga del centro de protección, la entidad pública dicte una resolución declarando extinguida la tutela. La extinción de la tutela solo es posible por las causas establecidas en el Código Civil, por lo que la comunidad que en su día sumió la tutela debe seguir desempeñándola aunque el menor sea localizado en una comunidad distinta, sin perjuicio de que pueda ejercer la guarda por delegación en una Entidad Pública distinta en virtud de acuerdos entre Comunidades. Por ello se deduce que las ausencias no autorizadas de los centros, de menores extranjeros no acompañados, deben ser denunciadas ante la policía manteniendo el expediente abierto hasta la localización del menor y posterior acuerdo entre Comunidades, en relación a la actuación de protección a seguir con el mismo"*.

Hemos recibido quejas en las que no se había comunicado la resolución de cese de la atención inmediata, de la guarda, del acogimiento residencial o el cese de la tutela, aunque en estos momentos nuestra valoración es que se están acordando y notificando las mismas a las personas afectadas, salvo excepciones.

#### **IV. Necesidad de un acompañamiento y/o derivación adecuada tras acordarse la mayoría de edad**

El Ararteko ha señalado en numerosas ocasiones la importancia de que las salidas de los recursos residenciales tras alcanzar la mayoría de edad deberían contar con **un seguimiento y apoyo** por parte de las administraciones públicas dada la vulnerabilidad de estos jóvenes que se encuentran solos sin adultos de referencia a una edad muy joven. Este acompañamiento puede determinar la vida de estos jóvenes, ya que permitirá continuar la formación iniciada y dar los pasos adecuados para una vida adulta responsable, como es la preparación y búsqueda de un itinerario laboral. En este caso se añade, además, que tienen que integrarse en una cultura y una sociedad con una estructura social y administrativa diferente a la de su país de origen. Así, desde hace tiempo venimos insistiendo en la

---

<sup>31</sup> Según el auto nº 16/2011, de 15 de abril de 2011 de la Sala del Tribunal Supremo especial de conflictos de competencia: *"Corresponde al tribunal civil la verificación de la corrección de la apreciación del organismo de protección pues lo que el justiciable interesado postula es que como menor se le dispense la tutela procedente, por lo que ésta sólo se excluye una vez que se acredite que no lo es, con el control judicial civil de la resolución que deniegue, o deje sin efecto el amparo"*.



necesidad de **fortalecer los programas de salida y emancipación**, refiriéndonos claramente a programas de autonomía progresiva.

En nuestra Comunidad se conocen muy buenas prácticas por parte de las diputaciones forales que han permitido que muchos jóvenes tengan un futuro digno. Estos programas no afectan a todos los jóvenes extranjeros que han mantenido alguna relación con las instituciones de protección, aunque sería recomendable que alcanzaran al mayor número de jóvenes. Además, los programas que se han desarrollado han tenido diferente contenido y nivel de cobertura dependiendo del territorio histórico. Por otro lado, en el año 2012 se acordó el protocolo de colaboración y de coordinación entre los servicios especializados de protección a la infancia y a la adolescencia de las diputaciones forales y los servicios de inclusión social, incorporación laboral y empleo existente a nivel municipal, foral y autonómico. Este protocolo hace referencia a la necesidad de equiparación de la cobertura de los programas en cada territorio histórico, a la importancia de la coordinación entre los servicios de infancia y los servicios de inclusión y a la necesidad de ampliación de los programas de apoyo. Excluye expresamente a los jóvenes que han sido atendidos en los centros de acogida como supuestos menores y que al conocer o determinar su identidad y su edad han resultado ser mayores de edad en el momento de ingreso, independientemente del tiempo transcurrido entre ambos hechos, es decir, a una parte importante del colectivo objeto de la presente recomendación. No compartimos dicha exclusión por dos motivos, por las razones expuestas anteriormente con relación a los procesos de determinación de edad y porque se trata de jóvenes que requieren de un apoyo específico, por parte, al menos, de los servicios de inclusión social. Estos jóvenes deberían tener una derivación adecuada que permitiera la coordinación con estos servicios

El Ararteko ha recibido quejas que afectan a los programas de emancipación o bien a la atención de las administraciones públicas a los jóvenes que han alcanzado la mayoría de edad, tanto en los casos en los que se ha acordado que son mayores de edad por el decreto de determinación de edad de la Fiscalía, como en los casos en los que han alcanzado la mayoría de edad tras un periodo de estancia en un recurso de acogimiento residencial.

Estas quejas hacían referencia a la atención y los servicios previstos para los mayores de 18 años en situación de vulnerabilidad, así como con relación a la negativa a la emisión de la recomendación para la solicitud de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. En este último caso se trataba de jóvenes que habían estado acogidos en recursos residenciales de infancia en desprotección durante un corto espacio de tiempo por lo que se denegaba la recomendación prevista en el art. 198 del 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 aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril: *"1. En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia*



*prevista en el artículo 196 de este Reglamento y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales".* La Ley establece (art. 35.9 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) que deberán tenerse en cuenta los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo.

El motivo por el que se denegaba la anterior recomendación era que el tiempo de estancia era insuficiente. En opinión del Ararteko, la Diputación Foral debe actuar en cumplimiento del principio de legalidad y no cabe una interpretación restrictiva de derechos. Si bien es cierto que el art. 198 del Reglamento dice que el servicio de protección de menores *podrá recomendar* (esto es, que es potestativo), también lo es que en ningún lugar de este artículo, ni del apartado 3 del artículo 197 al que se remite, está previsto que el tiempo en el que la persona haya estado acogido o tutelado sea el que indique el nivel de aprovechamiento de los recursos formativos. El tiempo es un dato más, junto a otros como son la asistencia y continuidad de la formación, su esfuerzo por formarse, el rendimiento académico, etc. De hecho puede ocurrir que haya sido tutelado durante un largo periodo de tiempo pero que no cumpla la previsión legal porque no ha habido un aprovechamiento ni participación adecuada en las acciones formativas y actividades programadas. En definitiva, se trata de valorar el esfuerzo realizado, sin que quepa darle otro contenido a la previsión legal. Es a la Subdelegación del Gobierno a quien corresponde resolver la solicitud de autorización de residencia para lo que puede contar con información facilitada por el servicio de protección de menores, así como de otros órganos e instituciones<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Sentencia 25/2010 del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián de 9 de febrero de 2010: *"Conforme al artículo 35.9 de la LO 4/2000, si bien es cierto que deben tenerse en cuenta los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos al esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo de los menores extranjeros a la hora de acceder o denegar la renovación de la autorización de residencia temporal cuando acceden a la mayoría de edad, no es menos cierto que el informe de la Diputación Foral de Gipuzkoa al que se alude por la Abogacía del Estado se circunscribe a describir la conducta conflictiva del recurrente en el ámbito de las relaciones personales. constando, no obstante los informes de la Cruz Roja de Gipuzkoa y del Centro de Iniciación Profesional de Donostia que refieren una conducta en lo que se refiere a su ámbito formativo altamente positiva, concentrando no sólo su etapa de minoría de edad sino también con posterioridad. En este sentido, no podemos olvidar que el informe de la Diputación Foral de Gipuzkoa se refiere en exclusiva al periodo en el que el recurrente ha sido menor de edad, recogiendo una conducta negativa en las relaciones personales, conducta que también es recogida en distintos términos por los informes de la Cruz Roja de Gipuzkoa y del Centro de Iniciación Profesional de Donostia que, en este sentido, son más exhaustivos, en tanto que no se limitan a una mera cita de los motivos para apreciar una conducta del recurrente sino que inciden en los motivos aparentes de dicha conducta, refiriendo la timidez*



Por ello parecería razonable la emisión por parte del servicio de protección de menores donde estos jóvenes hayan estado acogidos hasta su mayoría de edad de un informe descriptivo de los aspectos citables y más objetivables (por ejemplo, tiempo de permanencia, actividades formativas y de cualquier otro tipo en las que haya participado) y con un posicionamiento final favorable o desfavorable, pero en todos los casos **motivado**. De esta manera se deja a la consideración de la Subdelegación la valoración global de las circunstancias que concurren en esa persona y de su nivel de integración social.

Con relación a los servicios y recursos para estos jóvenes el citado art. 35 de la Ley también establece que *“Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad”*. La atención a estos jóvenes tiene por tanto este objetivo **que puede continuar una vez que se alcance la mayoría de edad**, dado que en nuestra sociedad la incorporación laboral de los jóvenes suele retrasarse más allá de los 18 años. En nuestra Comunidad esta atención se está dando en el caso de Bizkaia y Gipuzkoa por las propias diputaciones forales, en los servicios dirigidos a personas adultas en situación de exclusión social, mientras que en Vitoria-Gasteiz es el propio ayuntamiento quien está atendiendo a estos jóvenes.

Se trata de personas jóvenes que no cuentan con recursos propios suficientes, con apoyos o personas adultas de referencia y requieren de un acompañamiento en el proceso de adquirir la autonomía. Una respuesta adecuada en un momento de enorme vulnerabilidad como es el paso a ser personas adultas va a influir enormemente en las posibilidades de inclusión social y laboral<sup>33</sup>.

Se puede dar el caso, y de hecho se da, de periodos más o menos largos en los que se ha venido avanzando en objetivos de integración, que quedan comprometidos y/o en riesgo por: un cambio de estatus administrativo (cumplir 18 años y pasar de ser menor objeto de protección –dependiente de personas adultas-

---

*del actor y su preocupación por su situación personal y de la su familia en Marruecos, a lo que añade su escaso nivel de alfabetización tanto en español como en árabe”.*

<sup>33</sup> Mencionamos algunas de las conclusiones del proyecto europeo Young People from a Public care Background: Pathways to Education in Europe (YIPPEE) que tuvo como objeto explorar los itinerarios educativos de los jóvenes extutelados en cinco países de la Unión Europea (Dinamarca, Hungría, España, Suecia y Reino Unido) y estudiar las fórmulas para retener a un mayor número de estos jóvenes en el sistema educativo una vez completada la enseñanza obligatoria. La investigación se llevó a cabo entre 2008 y 2010. Entre las conclusiones que destacamos está la de la importancia de mejorar los resultados escolares para combatir la desigualdad de oportunidades educativas ya que se trata de una población con más resiliencia y potencial de éxito de lo que comúnmente se cree. Es una población cuyo itinerario educativo se ve truncado debido a los múltiples incidentes y experiencias traumáticas que empañan diferentes momentos de sus vidas por lo que necesitan apoyo generalizado para compensar este retraso.





a ser adulto autónomo capaz de administrar su vida con recursos y criterio); un cambio en las circunstancias o contingencias de necesidad que lleva aparejado unos departamentos, instituciones u organizaciones proveedoras distintos; etc.

Esto supone trabajar con un **plan individualizado de salida** que se habrá de dar en todos los casos, con independencia del tiempo de permanencia previa y de cuestiones relativas a la edad que pueden estar en discusión al encontrarse recurridas en vía judicial. Es cierto que el trabajo realizado hasta ese momento en el programa de origen (y, por tanto, el tiempo de estancia) tiene su relevancia, pero la "personalización" del plan atenderá precisamente a las necesidades y características particulares de cada persona. Y requiere ineludiblemente de la coordinación y el trabajo en colaboración de recursos, servicios, departamentos e instituciones. Sólo así se podrá garantizar el "continuo de atención" e impedir que un funcionamiento excesivamente sectorial y departamentalizado trunque, demore u obstaculice los procesos de autonomía e integración social de estos jóvenes. La participación de profesionales, tanto del programa del que parte, como de aquel o aquellos previstos para su continuidad es imprescindible para garantizar el alojamiento, la manutención y la cobertura del resto de necesidades básicas de la persona sin ningún tipo de interrupción temporal. Y para garantizar la cobertura de necesidades básicas, alojamiento y manutención en este marco de progresiva asunción de la autonomía personal, es imprescindible contar con un mínimo de recursos económicos que cubran el coste "de mercado" de un alojamiento, de la alimentación, así como de ropa, medicinas, material escolar o laboral, transporte al centro educativo o de trabajo... Existen referencias en la Comunidad Autónoma Vasca que pueden orientar en el establecimiento de este mínimo (la Renta de Garantía de Ingresos, sin ir más lejos) y por debajo de las cuales es difícil imaginar la posibilidad de una vida digna. Por otro lado, la cuantía de estos recursos económicos mínimos tiene un gran impacto en la situación administrativa de estos y estas jóvenes. Nos referimos concretamente a la posibilidad de renovar (o no) su autorización de residencia o de acceder a ésta por circunstancias excepcionales. Una minoración de los recursos económicos por debajo de los indicadores exigidos (IPREM) en un momento crucial de renovación o acceso a la autorización de residencia, sitúa a la persona de nuevo en situación de irregularidad administrativa y "en la casilla de salida", dando al traste con todos los avances alcanzados hasta ese momento en el proceso de integración social y en la consolidación de su proyecto migratorio. No tiene sentido que el apoyo recibido hasta ese momento se vuelva inoperante por no poder renovar la autorización de residencia, lo que les impide acceder a un empleo.

La forma en la que se reciben estos recursos tampoco es indiferente, ni desde la óptica estrictamente económica, ni desde la educativa. Junto a los recursos económicos mínimos referidos, otro elemento fundamental en el proceso de crecimiento personal e integración social de estos jóvenes es la capacitación, tanto personal como profesional y social. Es imprescindible, en este sentido, facilitar el acceso a las competencias lingüísticas suficientes y a la cualificación profesional, que deberán tener en cuenta las características particulares de estos jóvenes y adaptar sus ritmos y formatos de la misma manera que se atiende al resto de





situaciones de diversidad en el ámbito educativo. La eliminación o reducción de los programas socio-educativos y formativos en los que venían participando estos jóvenes, junto a otros, como ha sido la disolución del Consorcio para la Educación Compensatoria y Formación Ocupacional de Vitoria-Gasteiz, no parece caminar en este sentido y es un nuevo obstáculo en la senda de la integración.

Por último, es fundamental que haya un acompañamiento estable y referencial durante el proceso. La intensidad del acompañamiento sigue una lógica decreciente, aunque no siempre la vida transcurre de manera tan lineal y se puedan dar momentos que requieran apoyos más intensos que los precedentes. En esta tarea es sumamente interesante la colaboración con el tejido social, porque estar integrado socialmente tiene que ver también con tener vínculos y relaciones sólidas con la comunidad, función para la que las organizaciones sociales están mucho mejor dotadas –por naturaleza– que la administración. Trabajar en la misma dirección sólo traerá beneficios a las personas.

Por todo ello, a juicio de esta institución, el análisis precedente nos lleva a dirigir la presente recomendación a los siguientes departamentos del Gobierno Vasco: Departamento de Empleo y Políticas Sociales, Departamento de Administración Pública y Justicia, Departamento de Salud, Departamento de Seguridad; así como a las diputaciones forales y a los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma:

#### **RECOMENDACIÓN GENERAL:**

##### **Con relación a la importancia de la coordinación y colaboración necesaria:**

1. Que se coordine por parte del Departamento de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno vasco la finalización de la elaboración de un protocolo común de actuación en toda la Comunidad Autónoma del País Vasco, con las variedades necesarias en cada Territorio Histórico en razón de la localización de los diversos servicios, pero con la incorporación de unos mismos criterios, garantías y derechos, en el que participen y se determinen las funciones y las actuaciones de la Fiscalía, las subdelegaciones de Gobierno, los diferentes cuerpos de Policía, el Departamento de Seguridad, el Departamento de Administración Pública y Justicia, el Departamento de Salud del Gobierno Vasco, así como los servicios de protección de menores de las diputaciones forales.

##### **Con relación al cumplimiento de las garantías y los derechos:**

2. Que en todos aquellos casos en los que cualquier agente público o social detecte que hay un menor o posible menor en situación de desamparo, se ponga a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores de las diputaciones forales.





3. Que las diputaciones forales justifiquen de manera motivada la existencia de indicios razonables de que el contenido del pasaporte es falso, erróneo o realizado en fraude con antelación a la solicitud a la Fiscalía de realización de las pruebas médicas de determinación de edad.
4. Que con carácter previo a la solicitud de realización de pruebas médicas de determinación de edad se consulte el Registro de menores extranjeros no acompañados y, en el caso de que se disponga de documentación personal, se acuda a la vía diplomática y a la autenticación y certificación de los datos por parte de las autoridades del país de origen, sobre todo en los casos de países como Marruecos, con el que España tiene suscrito un convenio.
5. Que en los procesos de determinación de edad se cumplan las recomendaciones de los Institutos de medicina legal, "Documento de recomendaciones sobre métodos de estimación forense de edad" y que en todos ellos intervenga el Instituto vasco de medicina legal. Así mismo que la evaluación se lleve a cabo por facultativos expertos en la realización de estos exámenes.
6. Que se notifique al menor/joven afectado, de manera individual y con la atención educativa adecuada, la resolución de la diputación foral correspondiente, por la que se acuerda el cese de la atención inmediata, de la guarda, del acogimiento residencial o de la tutela en base al decreto de determinación de edad de la Fiscalía y que se le informe de su derecho a recurrirla, órgano ante el que debe presentar el recurso y plazo para interponerlo.

**Con relación a la importancia de un acompañamiento social y/o de una derivación adecuada a la salida de los recursos de protección:**

7. Que al elaborar la recomendación de concesión de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, prevista en los casos de que se ha alcanzado la mayoría de edad sin haberla obtenido y un servicio de protección haya ostentado la tutela, la custodia, la protección provisional o guarda, la diputación foral tenga en cuenta el nivel de aprovechamiento de los recursos formativos, con independencia del tiempo en que la persona ha estado acogida. El informe debería describir el nivel de aprovechamiento de los recursos formativos o de cualquier otra índole, con un posicionamiento final favorable o desfavorable pero, en todos los casos, motivado.
8. Que se elabore un plan individualizado de salida que se habrá de dar en todos los casos, con independencia del tiempo de permanencia previa y de cuestiones relativas a la edad que pueden estar en discusión al encontrarse recurridas en vía judicial, y que se lleve a cabo un seguimiento y apoyo por parte de las administraciones públicas competentes en las salidas de los recursos residenciales de protección.





9. Que se tenga en cuenta la vulnerabilidad de estos jóvenes a la salida de los recursos de protección de cara a la cobertura de las necesidades básicas y para el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales o para renovar la misma.
  
10. Que los servicios de infancia se coordinen con los servicios de inclusión social y de empleo para facilitar y fortalecer los programas de apoyo y de emancipación que tengan por objeto la inclusión social y la capacitación laboral de estos jóvenes, así como para posibilitar la continuidad de la formación laboral que hayan iniciado, con el fin de que los esfuerzos realizados por las instituciones implicadas logren su plena inserción social y laboral.

