

Este informe ha sido elaborado por Inmigrapenal (Grupo Inmigración y Sistema Penal) ([www.inmigrapenal.com](http://www.inmigrapenal.com)). Para contactar en relación con dicho informe: [info@inmigrapenal.com](mailto:info@inmigrapenal.com).

## Nueva redacción del artículo 187

*"Artículo 187: Determinación de la edad:*

*1. 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".*

El artículo 187 deja la determinación de la edad del menor a las instituciones sanitarias oportunas, que será las que con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

En la actualidad, las pruebas existentes para la determinación de la edad no son otras que las pruebas oseométricas (como son la determinación de la madurez ósea y la mineralización dental). Métodos complejos, sujetos a grandes variaciones que requiere para su práctica de un tiempo largo que no se compagina con la exigencia establecida en el borrador del nuevo reglamento de urgencia y celeridad.

Estas pruebas médicas carecen de la necesaria fiabilidad. Así, algunos de los métodos generalmente utilizados en España como el de Greulich y Pyle presentan el problema de la fiabilidad ya que adolecen de un serio riesgo de sobreestimación o subestimación de la edad, lo que se debe a que los estándares de comparación son antiguos y tomaron como referente población de raza blanca, normalmente de origen inglés o estadounidense y de familias acomodadas, cuando está demostrado que las malas condiciones de vida afectan al proceso de maduración ósea y que ésta no se produce en todas las razas a la misma velocidad. Por ello, en caso de inexistencia de documentación acreditativa de la edad del menor, deberá atenderse al interés supremo de éste aplicando la presunción *iuris tantum de minoridad* (ST Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid, 202/2010).

En este sentido, también se pronunció el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2009, al acordar que *"basta una mera probabilidad de que sea menor para así estimarlo"* dado que *"si existen dudas acerca de la*

*mayoría o minoría de edad éstas deben resolverse a favor de la minoría"* (STS 25 de junio de 1964, 24 de septiembre de 1992).

Tampoco podemos olvidar el limbo jurídico en el que queda un extranjero de cuya minoría de edad se duda, en cuanto se realizan las gestiones tendentes para determinar su edad. Durante el tiempo que duren las mismas, debe deducirse de la regulación general una presunción *iuris tantum de minoridad, en virtud de la cual el joven deberá ser tratado a todos los efectos como menor de edad* (ST Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid, 202/2010).

Asimismo, el procedimiento de determinación de la edad debe contar con la expresa autorización del menor, requisito al que no se hace referencia en el artículo 187 del borrador, pero que al ser métodos invasivos de la intimidad de los menores exigen esa autorización, no siendo posible que su consentimiento sea suplido por el que otorgue el Ministerio Fiscal (SSTC 207/1996 y 208/2007) entendiéndose por tanto que el Ministerio Fiscal en ningún caso puede imponer su práctica al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor (Consulta 1/2009).

Por ello, siempre debe utilizarse para la determinación de la edad, la documentación fehaciente con la que pueda establecerse la misma, dando únicamente validez a la documentación que pueda acreditarla (pasaporte o certificación de nacimiento expedida por el país de origen o documento análogo debidamente legalizado).

Nueva redacción:

**"Artículo 187: Determinación de la edad:**

- 1. 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 atendiendo a la que obre en su pasaporte o documento análogo, en caso de no existir o ser imposible su obtención se optará por aplicar la presunción *iuris tantum de minoridad* ."**

*“Artículo 194. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia.*

1. *En el caso de menores sobre las que una entidad de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia concedida en base al artículo anterior, su titular podrá solicitar la renovación de la misma en modelo oficial durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.*

*También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud de presentase dentro de los 90 días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en que hubiera incurrido.*

3. *Se tendrá en consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos*
  - a) *El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección.*
  - b) *.../...*

El artículo 194 del Reglamento recoge el procedimiento para la renovación de la autorización de residencia por parte de los jóvenes extutelados que haya obtenido una autorización inicial de residencia conforme a lo dispuesto en el artículo 193 del Reglamento como menores sometidos a tutela.

El artículo exige a los jóvenes extutelados acreditar que cumplen los requisitos exigidos en el artículo 46 y 47 para la autorización de residencia no lucrativa: requisitos tanto de orden público como de medios económicos con la salvedad de que la exigencia para acreditar medios de vida suficiente a que se refiere el artículo 47.1 A) se disminuye hasta el 100% del IPREM.

No obstante lo anterior, el artículo hace referencia de manera indeterminada y no tasada, a la exigencia de acreditar el arraigo social del joven mediante la consideración de determinados aspectos

muchos de ellos hacen referencia a su comportamiento o actitud durante su minoría de edad.

**Debe eliminarse del artículo cualquier referencia al comportamiento durante su minoría de edad** y en concreto la referida a "*el respeto (sic) a las normas de convivencia en el centro de protección*", por suponer la exigencia de acreditar un comportamiento cívico durante la minoría de edad, que no se exige para los adultos solicitantes de ninguna de las distintas autorizaciones de residencia y/ o trabajo.

La regulación de los expedientes personales de los menores en el ámbito de la protección del menor impide que la responsabilidad de los hechos realizados durante la minoría de edad tenga efectos desfavorables frente a terceros una vez alcanzada la mayoría de edad.

En este sentido el artículo 9 de la ley Orgánica de Protección Jurídica de Menor, así como los concordantes de la LORPM y del Reglamento 1774/2004 establecen la reserva de los informes de evolución de los menores bajo tutela, así como la estrictísima privacidad de los antecedentes penales de los menores a las que solo tiene acceso los Juzgados de Menores o los antecedentes policiales de los menores que deben ser cancelados al acceso de la mayoría de edad. **El espíritu del legislador de que en ningún caso, ningún comportamiento del menor sea de carácter administrativo o penal, pueda tener efectos desfavorables para la persona**, en atención al proceso evolutivo del menor y la disminuida capacidad de obrar del mismo, y por lo tanto su disminuida reprochabilidad, se compadece mal con la previsión de que a efectos de renovar una autorización de residencia se requiera al joven para que acredite su comportamiento cívico.

Es preciso señalar que este párrafo tercero **obliga** a tener en cuenta este aspectos de la minoría de edad del solicitante de la renovación, y que ya en el párrafo anterior, se hace referencia a la posibilidad de tomar en consideración los informes positivos, **a estos solos efectos**, que expidan las entidad públicas de protección del menor, por lo que queda salvaguardado el interés del solicitante de hacer valer aquellos méritos que en su solo beneficio le hagan acreedor de la debida consideración en la pertinente renovación de la autorización de residencia, sin que en ningún caso, se pueda traer al procedimiento administrativo informes que reflejen un momento de evolución psico-educativa de mayor dificultad de adaptación ocurridas durante su estancia en un centro de protección y que esta pudiera tener consecuencias negativas sobre la renovación de la autorización de residencia.

Por lo tanto **en el artículo 194.3 debe suprimirse la referencia al párrafo a) del citado artículo "El respeto (sic) a las normas de convivencia en el centro de protección"**.

**Debiendo añadirse a los párrafos b), c) f) g) y e)**  
“en el momento de solicitar la renovación de la autorización de la residencia”

Así mismo en la actual regulación del artículo 194, por referencia al artículo 46 b) que regula la autorización de residencia no lucrativa, se exige al joven acreditar: carecer de antecedentes penales en España y en los países donde hayan residido en los últimos cinco años por delitos previstos en el ordenamiento español. En atención a que el presente artículo regula la renovación de la autorización de residencia obtenida en virtud del artículo 193 del borrador del reglamento para la menores extranjeros no acompañados, nos encontramos con que se trata de jóvenes que han alcanzado su mayoría de edad en España y por lo tanto su edad penal se restringe a su residencia en España por lo que debe exonerarse a los jóvenes extutelados de acreditar que carecen de antecedentes penales en su país de origen o en los países donde hayan residido los cinco años anteriores.

Se trata de un documento superfluo por cuanto estamos hablando de jóvenes extutelados que han alcanzado la mayoría de edad en España, y que residen en España, por lo que en ningún caso pueden tener antecedentes penales en sus países de origen o residencia anterior que puedan ser considerados antecedentes penales .

Por lo anterior el artículo 194.2 quedará redactado como sigue

**“La autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento de autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, con las siguientes particularidades:**

**a) La cuantía a acreditar como medios de vida para sus sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM**

**b) Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que en su caso, y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el art. 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero**

**c) Se exceptúa de la obligación de acreditar que carecen de antecedentes penales en su país de origen o en los países donde hayan residido durante su minoría de edad, debiendo acreditar únicamente que carece de antecedentes penales en España.**

Nueva redacción del artículo 193.1
------------------------------------

"Artículo 193.1: *Residencia del menor extranjero y no acompañado.*

*1.- Una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero"*

La redacción del actual artículo mantiene la ambigüedad del anterior (art. 92.5 RLOE), redacción a cuyo amparo los servicios competentes de protección de menores interpretaban el plazo de nueve meses como término "a quo", entendiendo que no se procedía a otorgar a los menores la autorización de residencia hasta que no hubieran transcurrido esos 9 meses.

Contra esa interpretación ya se manifestó en el año 2010, la Ilma Sra. Doña Consuelo Madrigal, Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, cuando instaba a los Fiscales a que, en el ejercicio de las funciones de la superior vigilancia del ejercicio de la tutela administrativa que le encomienda la Ley (art. 174.1 del CC) verificaran la concesión de documentación a los menores y en concreto, de la autorización de residencia, para lo que por propia iniciativa, debían de instar de la Administración Pública que asumió la tutela del menor, la activación de la tramitación de su documentación, una vez acreditada la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen, "***sin esperar para ello ni permitir que se espere de forma automática, el transcurso del plazo de 9 meses previsto en el artículo 92.5 del Reglamento que debería operar como límite máximo y no como término "a quo"***".

Recogiendo la interpretación realizada por la Fiscalía, la redacción más adecuada del artículo 193. 1 deberá ajustarse a lo dispuesto en el vigente artículo 35.7 de la LOEx y al artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en el que se establece que *una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración Pública facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen.*

**En este mismo sentido se pronunció en el año 2008 el Defensor del Pueblo, recogándose su criterio en la Recomendación 91/2008, de 25 de septiembre sobre el procedimiento que debe aplicar la entidad pública de protección de**

menores del Principado de Asturias para instar la documentación de los menores y para relacionarse a estos efectos con la autoridad gubernativa. (BOCG. Cortes Generales IX Legislatura. Serie A. Núm 146, pág. 456), entendiendo que el plazo de 9 meses no es un plazo "a quo" sino como un plazo máximo que no ha de ser agotado.

De conformidad con la legislación internacional que vincula a España, de acuerdo con el **Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 3 se establece que** *"en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

El interés superior del niño queda plasmado en el mismo articulado de la Convención cuando establece que los estados parte deben garantizar el derecho a la educación (art. 28) el acceso a la salud (art. 24) a entrar o salir de un Estado parte a otro a efectos de la reunión de la familia (art. 10) derechos que en España sólo podrá ejercitar si dispone de un permiso de residencia

En este mismo sentido se expresa la Observación General nº 5 del Comité de Derechos del Niño (Regla 89) cuando dispone que *la integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho y que la aquella integración debe basarse en un régimen jurídico estable, del que es presupuesto la documentación y estar regida por los derechos previstos en la Convención que son plenamente aplicables a todos los menores extranjeros que permanezcan en el país con independencia de que ello sea en razón de su reconocimiento como refugiados, de cualesquiera obstáculos jurídicos al retorno o de si el análisis de los intereses superior del niño desaconseja tal medida.*

Por ello, si es presupuesto la documentación no sólo para favorecer la integración del menor en el país de acogida, sino que es garantía que da contenido al principio del interés superior del menor, dado que el hecho de que el menor tenga permiso de residencia no impide la repatriación del mismo, entendemos que la redacción del art. 193.1 deberá ser del tenor siguiente: **"Desde el momento en que el menor es puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sin**

perjuicio de las gestiones que se realicen tendentes a la repatriación del menor”.