

## PROPUESTA DE REFORMA DE LOS ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO QUE REGULAN LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA DE MENORES EXTRANJEROS TUTELADOS Y EL ACCESO A LA MAYORÍA DE EDAD.

### I.-INTRODUCCIÓN:

Mediante el presente documento, damos respuesta a la Consulta Pública previa a la elaboración del proyecto normativo por el que se modifica 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, aprobado por el real decreto 557/2011, de 20 de abril. Les presentamos las propuestas que desde la Federación Andalucía Acoge hemos redactado, fruto de nuestro trabajo y experiencia con menores sin referentes familiares, jóvenes provenientes del sistema de protección y de las necesidades detectadas durante los años que llevamos trabajando en ello.

Dichas propuestas se han inspirado también en lo aportado por varias organizaciones expertas en el trabajo con menores, tales como Save de Children, Fundación Raíces o Asociación Noves Vives, y también conforme a las Observaciones Generales de los Comités de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para España tales como : **Observación general conjunta núm. 3 (2017)** del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares **y núm. 22 (2017)** del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional; **Observación general conjunta núm. 4 (2017)** del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares **y núm. 23 (2017)** del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno; **Observación General Nº 6 (2005)** Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen del Comité de los derechos del Niño **y Observación General Nº 12 (2009)** sobre El derecho del niño a ser escuchado del Comité de los Derechos del Niño.

Hemos realizado una propuesta principal y que como explicaremos a continuación es la que se mejor se adapta a las recomendaciones expuestas, pero también presentamos unas propuestas alternativas, en caso de que no se opte por incluir la propuesta principal

### II.- PROPUESTA PRINCIPAL RECOGIDA EN EL PUNTO 1 (Punto 2 y 3 de aportaciones accesorias a dicha propuesta):

1.-Se añade en el CAPITULO I residencia por circunstancias excepcionales, un apartado de razones humanitarias para menores extranjeros sin referentes familiares y jóvenes provenientes del sistema de protección, ya que la ley 4/2000 permite añadir otras circunstancias excepcionales reglamentariamente, así en su artículo 31.3 establece:

*" 3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente",*

Por ello proponemos añadir un apartado 4, al art 126 del RD 557/2011 como razón humanitaria:

*" 4.- A los jóvenes menores tutelados y extutelados por la administración española. Dicha autorización se renovará automáticamente si continúan las circunstancias que dieron lugar a su concesión", y asimismo con el fin que dicha residencia lleve aparejada una autorización para trabajar añadir un párrafo al art 129.1 del RD 557/2011: "en las mismas circunstancias se hallarán las personas a que se refiere el apartado 4 del art 126 ".*

Esta propuesta sería acorde a lo que recomiendan los Comités de Derechos Humanos para la protección de la infancia y la juventud, ya que es un colectivo vulnerable de especial protección, al igual que otros de análoga situación recogidos en el reglamento en este apartado, por lo tanto debe ser considerada una situación de índole humanitaria, y, para ello también se hace necesario eliminar las trabas documentales. Además, se consigue garantizar la igualdad entre menores y jóvenes sin distinción de nacionalidad, como también recomiendan las organizaciones que trabajan y son expertas en nuestro país, y las organizaciones internacionales que protegen a la infancia y la juventud. Se reforme también junto a esta propuesta lo expuesto en el apartado siguiente referido a la cédula de inscripción.

2.-Les sea concedida a los menores extranjeros sin referentes familiares, de oficio, la autorización de residencia en el momento de su puesta a disposición de la entidad de protección, para evitar que lleguen a la mayoría de edad sin haber obtenido ninguna autorización.

3.-Que se adopten medidas para evitar dilaciones indebidas en los procedimientos sobre que puedan afectar negativamente a los derechos de los menores.

Finamente, como ya hemos hecho referencia, los jóvenes necesitan un periodo para su inclusión mucho más largo en el tiempo en aras a que tengan acceso a los recursos educativos, de formación y orientación laboral adecuados para garantizarles una educación de calidad, adaptada a sus necesidades y que les permita una mejor

inserción laboral y en la vida adulta .La regulación actual de las autorizaciones, dificulta dicha inclusión debido a las trabas burocráticas derivadas de las dificultades para obtener y renovar su documentación tanto a nivel administrativo como consular. De manera positiva, queremos poner en valor no solo a estos menores y jóvenes que siempre son vistos como una carga y que son un valor positivo para el conjunto de la sociedad, citando el reciente informe del Defensor del Pueblo: “La Contribución de la Inmigración a la Economía Española”: (...) la inmigración ha sido, es –y será–, una oportunidad e incluso una necesidad desde el punto de vista económico y social (...). Por tanto entendemos que el poner trabas a la inclusión de estos jóvenes, es cuanto menos, perjudicial también para el conjunto de la sociedad.

**III.- PROPUESTAS ALTERNATIVAS.** En caso de que no se opte incluir la propuesta anterior, recomendamos la propuesta de reforma de los artículos que ya regulan en el RD 557/2011 la residencia de los menores sin referentes familiares y jóvenes provenientes del sistema de protección , entre otros relacionados del citado Reglamento y que consiste en:

La modificación de los artículos 196,197,198,190,148 y 211 del RD 557/2011 que afectan al régimen jurídico relativo a menores sin referentes familiares y jóvenes provenientes del sistema de protección, especificando varios extremos, que sin lugar a dudas, de no cumplirse con las recomendaciones arriba indicadas, creemos son las mínimas garantías que deberían estar incluidas en el régimen normativo para respetar los derechos de este colectivo.

Para simplificar su lectura, estos aportes vienen acompañados de unas tablas donde se indica si la propuesta es de adición, modificación o eliminación del apartado, indicando claramente cuáles son las adiciones y modificaciones y, en todo caso, su justificación. Pasamos a desarrollar nuestras propuestas:

**TIPO DE PROPUESTA: ADICIÓN**

LOCALIZACIÓN: Artículo 196.2 a del RD 557/2011

**DONDE DICE:**

La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia.

En caso de inicio de oficio o por orden superior, la Oficina de Extranjería comunicará al menor el acuerdo de inicio del procedimiento a través del servicio de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre, interesando la aportación de la siguiente documentación, que igualmente

será la que deberá ser aportada junto a la solicitud en los casos de inicio a instancia de parte:

- a) Copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, del menor. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción del menor, en vigor.

#### **DEBE DECIR:**

La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará, preceptivamente de oficio, y excepcionalmente por orden superior o a instancia de parte el procedimiento relativo a la autorización de residencia, en el momento de la puesta a disposición del menor en el sistema de protección.

En caso general de inicio de oficio o por orden superior, la Oficina de Extranjería comunicará al menor el acuerdo de inicio del procedimiento a través del servicio de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre, interesando la aportación de la siguiente documentación, que igualmente será la que deberá ser aportada junto a la solicitud en los casos de inicio a instancia de parte:

- a) Copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, del menor. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción del menor, que se presentará y resolverá de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia y se renovará automáticamente mientras subsistan las circunstancias que dieron lugar a su concesión"

#### **JUSTIFICACIÓN:**

El retraso en las solicitudes de la autorización de residencia a menores tutelados se debe a la dificultad que tiene los SP de menores en documentar al menor con el pasaporte, trámite que puede durar varios meses.

Este retraso supone que haya menores que salgan de los centros sin autorización de residencia, a pesar de tener derecho a ella. Véase art. 211.9 que permite la solicitud simultánea de autorización de residencia por circunstancias excepcionales y cédula de inscripción y Sentencia del TSJ de Cataluña, Secc. 3ª, nº 241/2019 de 19 de marzo "(...) para esto no resulta preciso sesudo estudio de protocolos internacionales en protección de los derechos de los menores, y aun de extranjeros, dotar de identidad a la persona que se halla, en este caso de forma clarísima, bajo la jurisdicción y aun tutela del Estado, se revela para el mismo imperativo, al ser aquella identidad inherente a la propia personalidad, y aun a la dignidad, y, ya en una vertiente práctica, imprescindible en orden al desenvolvimiento cotidiano de aquella y el ejercicio de los más elementales derechos de la persona, incluidos los de relación con el poder público".

Es muy importante incidir en el hecho de que debe tramitarse la autorización de residencia en el momento en que el menor sea puesto en disposición de los servicios de protección de menores ya que no existe ningún impedimento para tramitar la documentación del menor paralelamente a la acreditación de la imposibilidad de repatriación del menor. Igual de importante resulta incidir en la agilización de las declaraciones de desamparo.

**TIPO DE PROPUESTA: MODIFICACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: 196.4 del RD 557/2011**

**DONDE DICE:**

La autorización de trabajo concedida de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1.i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que ésta exceda del tiempo que reste de vigencia de la autorización de residencia.

**DEBE DECIR:**

La concesión de la autorización de residencia, expedida a favor de los menores extranjeros, habilitará para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena en el momento en el que éstos alcancen 16 años de edad, sin necesidad de ningún otro trámite administrativo en materia de extranjería.

Esta habilitación quedará reflejada expresamente en la documentación expedida a su favor, mediante la siguiente leyenda "habilita a trabajar por cuenta ajena".

**JUSTIFICACIÓN:**

Instrucción primera de las Instrucciones 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral.

**TIPO DE PROPUESTA: ELIMINACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 117 letra J del RD 557/2011.**

**DONDE DICE:**

Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por un servicio de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social. Esta situación quedará probada con la acreditación de que el servicio citado ejerce la tutela del menor y la presentación por parte de ésta de la propuesta de actividad que favorezca la integración social del menor.

**DEBE DECIR:** -----

**JUSTIFICACIÓN:**

Con la reforma del Art. 196.4, en el sentido indicado por la Instrucción 1/2020, la autorización de trabajo al menor tutelado de 16 años iría incorporada a la autorización de residencia sin necesidad de ningún otro trámite, por lo que esta excepción dejaría de tener sentido.

**TIPO DE PROPUESTA: MODIFICACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Art.196.5 último apartado del RD 557/2011**

**DONDE DICE:**

La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

**DEBE DECIR:**

La vigencia de la autorización renovada será de 2 años o de larga duración. Y tendrá siempre incorporada la autorización de trabajo.

**JUSTIFICACIÓN:**

La duración de una autorización renovada siempre va en función del tiempo previo de residencia. A partir de que la persona menor de edad haya estado tutelada un año, y por lo tanto tenga una residencia de 1 año, no tiene justificación renovar de año en año. La autorización de trabajo va acorde a lo estipulado en los artículos previos, si inicialmente se cuenta con permiso para trabajar, no tiene sentido que éste se pierda llegada la mayoría de edad.

**TIPO DE PROPUESTA: MODIFICACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 197.2 del RD 557/2011**

**DONDE DICE:**

La autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, con las siguientes particularidades:

- a) La cuantía a acreditar como medios económicos para su sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.

- b) Serán 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 artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

### **DEBE DECIR:**

La autorización será renovada, cuando se acceda a la mayoría de edad, por acreditar medios propios al haber trabajado o disponer de contrato de trabajo, o de no ser así, cuando se acredite la disponibilidad de medios económicos suficientes para su sostenimiento durante su residencia en España, este procedimiento será de aplicación no solo en la renovación de acceso a la mayoría de edad sino también en las sucesivas renovaciones.

- a) La cuantía a acreditar como medios económicos para su sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM. A dichos efectos serán computables los ingresos provenientes del sistema de protección social, de entidades públicas o privadas, o de una

persona o unidad familiar que cuente con los medios económicos requeridos para el acceso al Ingreso Mínimo Vital.

- b) Serán 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 artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

### **JUSTIFICACIÓN:**

Si la reforma del Art. 196 va en el sentido de la Instrucción 1/2020, la autorización de residencia concedida al menor tutelado llevará incorporada una autorización de trabajo. Dicha incorporación será automática pero el menor de 18 y mayor de 16 no necesariamente habrá hecho uso de ella porque puede que esté estudiando y quiera seguir haciéndolo. Lo recomendable sería que el menor que accede a la mayoría de edad pueda renovar su autorización de residencia manteniendo la posibilidad de trabajar, aunque no lo haya hecho durante la minoría de edad. Eso le permitirá seguir estudiando y desempeñar trabajos compatibles con sus estudios.

Según la respuesta a las recomendaciones del Defensor del Pueblo en el expediente 20003846, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, con respecto a la reforma del Art. 196 aboga por "(...) generar un régimen propio al que no le sean de aplicación las reglas de la residencia no lucrativa, que tiene otras finalidades que no se corresponden con la situación de los menores ingresados en el sistema de protección".

Estas mismas consideraciones son válidas cuando esos mismos menores acceden a la mayoría de edad con una autorización de residencia y quieren seguir estudiando.

**TIPO DE PROPUESTA: ELIMINACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 197.6 del RD 557/2011**

**DONDE DICE:**

6. En el momento de su acceso a la mayoría de edad o durante cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la autorización de residencia vigente de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, en los términos establecidos en el artículo 200 de este Reglamento. A los efectos de dicha modificación, podrán ser presentados uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva

**DEBE DECIR: -----**

**JUSTIFICACIÓN:**

Carece de sentido la modificación a permiso de residencia y trabajo cuando ya se cuenta inicialmente con una autorización con permiso de trabajo.

**TIPO DE PROPUESTA: ADICIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 197.6 del RD 557/2011**

**DONDE DICE:** Se añade apartado 6 nuevo, después de la eliminación del anterior.

**DEBE DECIR:**

Cuando se acceda a la mayoría de edad la autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, con las siguientes particularidades:

- a) En los casos en los que no se pueda acreditar una actividad laboral mínima de 3 meses, y/o no dispongan de contrato de trabajo se tendrán en cuenta las previsiones del Art. 71.6 del RD 557/2011. En estos casos el esfuerzo de integración se entenderá cumplido con el informe de la entidad de protección de menores que lo tuvo tutelado, o de los servicios sociales comunitarios del municipio donde resida, en este caso, el informe tendrá en cuenta de manera preceptiva la valoración de las entidades sociales en las que hayan sido atendidos.

**JUSTIFICACIÓN:**

Respuesta a las recomendaciones del Defensor del Pueblo en el expediente 20003846, del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.



Podría perjudicar el menor, que accede a la mayoría de edad con un contrato de trabajo en vigor, exigir al empleador que adapte ese contrato a los requisitos de la ley de extranjería, si estos no coinciden con las necesidades de la empresa. La persona extranjera podría perder el trabajo y la posibilidad de renovar la autorización de residencia.

**TIPO DE PROPUESTA: ADICIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 197.7 del RD 557/2011**

**DONDE DICE:** Se añade un nuevo apartado actualmente no existente.

**DEBE DECIR:**

En todo caso, y en atención a las especiales circunstancias de algunos jóvenes provenientes del sistema de protección, como lo son la minusvalía u otras circunstancias de riesgo para su salud que pudiera sufrir, tales como adicciones o enfermedades psíquicas o físicas, la documentación requerida en este artículo para la renovación de la autorización de residencia podrá ser suplida con informe médico o informe social de entidad acreditada que certifique la minusvalía física, psíquica o en su caso la situación de riesgo o enfermedad en la que se encuentre el joven, siendo irrelevante si dicha enfermedad o situación de riesgo tiene el carácter de sobrevenido.

**JUSTIFICACIÓN:**

En ocasiones estos jóvenes sufren situaciones de especial vulnerabilidad como encontrarse afectados por una minusvalía física o psíquica, o por alguna adicción, se considera muy necesario flexibilizar en estas situaciones las condiciones para poder obtener una autorización renovación de residencia en atención a su especial situación, con independencia de si la enfermedad que genera dicha minusvalía viene del país de origen o contraída una vez en territorio nacional.

**TIPO DE PROPUESTA: ADICIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 198.2 letra A del RD 557/2011**

**DONDE DICE:**

a) Que cuenta con medios económicos suficientes para su sostenimiento, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.

**DEBE DECIR:**

a) Que cuenta con medios económicos suficientes para su sostenimiento, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM. A dichos efectos serán computables los ingresos provenientes del sistema de protección social, de entidades

públicas o privadas, o de una persona o unidad familiar que cuente con los medios económicos requeridos para la reagrupación familiar. O bien realicen una actividad para su inserción socio laboral. O en caso de estar en familia, podrán acreditar las funciones realizadas dentro del núcleo familiar.

### **JUSTIFICACIÓN:**

Respuesta a las recomendaciones del Defensor del Pueblo en el expediente 20003846, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones

**TIPO DE PROPUESTA: ADHESIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 198.2 del RD 557/2011**

### **DONDE DICE:**

Sin perjuicio de lo anterior, y de que la recomendación de la entidad habrá de acompañar a la solicitud de autorización, ésta será presentada personalmente por el extranjero durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años.

### **DEBE DECIR:**

Si durante ese periodo de tiempo la entidad no consigue tramitar la expedición del pasaporte y tampoco la cedula de inscripción, dicho plazo quedará en suspenso hasta el momento en que el menor pudo obtener la documentación, siempre que demuestre que han sido dificultades ajenas a la voluntad del menor.

Si el menor hubiese estado más de 3 meses bajo la tutela, custodia, protección provisional o guarda del SPM los efectos de la autorización de residencia concedida se retrotraerán a al momento en el que el menor ha sido puesto a disposición del servicio de protección de menores.

En este caso, será la administración, de oficio, la que conceda la cédula de inscripción en caso de haber transcurrido 3 meses y no se haya conseguido tramitar el pasaporte.

### **JUSTIFICACIÓN:**

Las dificultades ajenas a la voluntad del menor a la hora de documentarle con un pasaporte, que se prolonguen más allá de un tiempo razonable, no pueden perjudicarlo, máxime cuando la Administración tiene la posibilidad de expedir, junto con la autorización de residencia, una cedula de inscripción. Debería en estos casos mantenerse la continuidad de la residencia legal con el periodo de permanencia bajo la tutela de la Administración, para que los menores que alcancen la mayoría de edad puedan documentarse pasados los 3 meses.

**TIPO DE PROPUESTA: MODIFICACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 211.3 RD 557/2011**

**DONDE DICE:**

El interesado exhibirá los documentos de cualquier clase, aunque estuvieren caducados, que pudieran constituir indicios o pruebas de identidad, procedencia y nacionalidad, en su caso, para que sean incorporados a las comprobaciones que se estén llevando a cabo. Asimismo, acreditará que no puede ser documentado por la

misión diplomática u oficina consular correspondiente mediante acta notarial que permita dejar constancia del requerimiento efectuado y no atendido, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5.

**DEBE DECIR:**

El interesado exhibirá los documentos de cualquier clase, aunque estuvieren caducados, que pudieran constituir indicios o pruebas de identidad, procedencia y nacionalidad, en su caso, para que sean incorporados a las comprobaciones que se estén llevando a cabo. Asimismo, acreditará que no puede ser documentado por la misión diplomática u oficina consular correspondiente mediante acta notarial que permita dejar constancia del requerimiento efectuado y no atendido, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 y **quedando excluidos de presentar este acta notarial, en todo caso, los menores sin referentes familiares y jóvenes provenientes del sistema de protección, siendo suficiente en este caso la prueba de requerimiento telemático por correo electrónico, a la oficina consular o embajada correspondiente sin haber sido contestado en un plazo de 15 días.**

**JUSTIFICACIÓN**

Los menores sin referentes familiares y jóvenes provenientes del sistema de protección, por las circunstancias propias de esta condición, les es muchas veces imposible conseguir el acta notarial que acredite la imposibilidad de documentarse por la misión consular u oficina diplomática correspondiente. Ello además, carece de sentido si es la administración la que, de oficio expedirá las cédulas de inscripción de estos jóvenes en el caso de que hayan transcurrido 3 meses desde su puesta a disposición del servicio de protección y no hayan conseguido tramitar su pasaporte (véase propuesta art. 198.2 RD 557/2011). Así mismo, entendemos que por analogía con el artículo 211.5 del RD 557/2011, puede ser la administración la encargada de recabar información al consulado y ser esta misma quien lo compruebe y no el interesado, con base a este artículo.

**TIPO DE PROPUESTA: ADHESIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 148.3 del RD 557/2011**

**DONDE DICE:** Se añade un apartado nuevo al artículo 148.

**DEBE DECIR:**

Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración, los jóvenes provenientes del sistema de protección cuando alcancen la mayoría de edad y hayan estado bajo la tutela, guarda o protección de una entidad pública española (SPM) durante los dos años anteriores de forma consecutiva.

**JUSTIFICACIÓN**

Por analogía a lo establecido en el artículo 22.2.c del Código Civil español, que establece que tendrá derecho a obtener la nacionalidad española por residencia la persona que haya estado sujeta legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud. Por tanto, entendemos que, debido a esta posibilidad, tendría todo sentido que los jóvenes provenientes del sistema de protección pudieran optar a la residencia de larga duración a los dos años de residencia legal y continuada.

**PROPUESTA MODIFICACIÓN ARTÍCULO 190 (DETERMINACIÓN DE LA EDAD)**

**FUNDAMENTACIÓN DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 190 RD 557/2011**

Citando la reciente publicación de la Oficina del Defensor del Pueblo, la movilidad de un número importante de menores procedentes de países en vías de desarrollo, sin referentes adultos, en el contexto de flujos migratorios de gran complejidad, en los que se mezclan inmigrantes económicos, refugiados, desplazados y víctimas de trata, hace que la cuestión de la determinación de la edad acabe ocupando un lugar central en el control de los flujos migratorios.

UNICEF recuerda que en los países en vías de desarrollo sólo se registran la mitad de los nacimientos de los menores de cinco años. Por ejemplo, más del 64% de los nacimientos que tienen lugar en países del África subsahariana no se registran.

La situación del extranjero indocumentado que llega a territorio nacional, cuya minoría de edad pueda resultar dudosa, no debería obviar esta realidad mundial. De lo contrario, puede sucumbirse en la fácil tentación de que toda indocumentación ha sido buscada intencionadamente para burlar la legislación de extranjería.

En este sentido, debe de tenerse en cuenta e incorporar la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que señala que solo se procederá a iniciar la práctica de pruebas de determinación de la edad cuando el menor no porte documentación original que acredite su edad, entendiéndose por tal el pasaporte, certificado de nacimiento, o tarjeta de identidad del país de origen entre otras (Sentencias del Tribunal Supremo 3818/14 y 3817/14 de 23/09/2014 y 24/09/2014, y Sentencia del Tribunal Supremo 306/20 de 16/06/2020).

Resulta necesario introducir en el texto legal, la sujeción a la normativa nacional e internacional en materia de protección de menores, especialmente en relación a la Convención de Derechos del Niño, que debe tener carácter obligatorio y vinculante.

El Comité Derechos del niño recuerda que las medidas para determinar la edad no sólo deben tener en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. Respecto a la evaluación señala que deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal. Se parte de la base de que la persona sometida a un procedimiento de determinación de la edad, es menor hasta que éste no termine.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación general número 6, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen dedica un apartado al derecho del niño a expresar su opinión libremente.

De acuerdo con el artículo 12 CDN el citado Comité recomienda que, al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recaben y tengan debidamente en cuenta sus deseos y opiniones.

El Comité se refiere específicamente a la obligación que tienen los Estados de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión como niños con discapacidad, pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.

La expresión del artículo 12 referida a que la representación del menor debe estar "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" no debe interpretarse en el sentido de que permiten utilizar procedimientos que restrinjan o impidan el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho del menor a acceder a su expediente.

La Fiscalía General del Estado, ante la dudosa fiabilidad de las pruebas óseas, de las omisiones detectadas en los informes médicos, así como de la necesidad de llevar a cabo la práctica de pruebas complementarias, ha elaborado la Nota interna 2/2018

que, entre otros aspectos, especifica el criterio de la Fiscalía sobre las pruebas médicas de determinación de la edad y su valoración, recordando a los fiscales cuáles son los dictados de la ciencia médica sobre los métodos y pruebas a practicar, así como su fiabilidad.

Dicho aspecto ha quedado sobrepasado por la doctrina del Tribunal Supremo, que establece que no debe procederse a iniciar un proceso de determinación de la edad cuando el menor esté documentado de forma fehaciente y por los propios dictámenes del Comité de Derechos del Niño, que desautorizan, salvo como último recurso, el uso de pruebas radiológicas, y establece como necesario una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo.

El Defensor del Pueblo ha dado traslado a la Fiscalía General del Estado de su preocupación ante las reiteradas quejas que se reciben por esta cuestión. Se constata con alarmante frecuencia la insuficiencia de las pruebas médicas, la ausencia de intervención forense, de participación del presunto menor en todo el procedimiento y la falta de notificación de los decretos, lo que abunda en las dificultades para que los interesados puedan recurrir judicialmente la mayoría de edad acordada.

Asimismo, esta institución ha reiterado que las pruebas realizadas no tienen en cuenta los parámetros y pautas fijadas en el documento de consenso de buenas prácticas entre los institutos de medicina legal de España, ni cumplen con las directrices impartidas por el propio Ministerio fiscal en la Nota Interna 2/2018.

Finalmente, como garantía de seguridad jurídica y por el derecho a la tutela judicial efectiva, debe establecerse la sujeción del Decreto del Ministerio Fiscal a ser recurrido ante el órgano judicial competente, y no limitarlo a un simple recurso de revisión ante la propia Fiscalía.

La EASO y el Consejo de Europa han realizado recomendaciones gráficas sobre las pautas a seguir en el procedimiento de determinación de la edad, publicando un video animado para que los extranjeros indocumentados, que llegan a las fronteras europeas, cuya minoría de edad pueda resultar dudosa conozcan que la determinación de su edad debe realizarse de manera que se respeten sus derechos humanos y su dignidad, se realice con su consentimiento informado y tenga en cuenta cualquier particularidad.

Por todo ello, pasamos a referir las siguientes propuestas:

**TIPO DE PROPUESTA: MODIFICACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 190.1 RD 557/2011 Determinación de la edad.**

**DONDE DICE:**

Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

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.

Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

**DEBE DECIR:**

Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

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. quedando, el presunto menor, bajo su

tutela en tanto concluya totalmente el procedimiento de determinación de la edad, y garantizándose en todo momento la presunción de la minoría de edad. \*

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, una vez comprobada la documentación que porte el menor, 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., no pudiendo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado iniciar la práctica de estas pruebas hasta la previa incoación del expediente por el Ministerio Fiscal\*

Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

## JUSTIFICACIÓN

1. Modificación del apartado primero, párrafo segundo, debido a garantizar la presunción de minoría de edad, amparada en el artículo 12.4 L.O. 1/1996, y llevándose a cabo su tutela preventiva por los servicios de protección de menores hasta la finalización de todo el procedimiento de determinación de la edad, conforme establece el artículo 6 del Protocolo de la Convención de Derechos del Niño.

2. Modificación del apartado primero, párrafo tercero, estableciéndose con claridad que la práctica de las pruebas para la determinación de la edad competen en exclusiva al Ministerio Fiscal, el cual deberá incoar expediente individualizado por cada menor en garantía del principio de legalidad (art. 9.3 CE), e impidiendo la práctica habitual de que por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se proceda a iniciativa propia a la práctica parcial de las pruebas, mediante el traslado del posible menor a un centro hospitalario para proceder a la radiografía del carpo, como prueba exclusiva y determinante de la edad. En este sentido, están documentados numerosos casos de chicos internados en los CIEs, donde luego se ha acreditado que realmente son menores de edad, y cuya situación responde a esta mala praxis.

3. Igualmente, aunque luego seguidamente se hará referencia expresa, debe dejarse claro que solo se procederá a iniciar la práctica de pruebas de determinación de la edad cuando el menor no porte documentación original que acredite su edad (Sentencias del Tribunal Supremo 3818/14 y 3817/14 de 23/09/2014 y 24/09/2014, y Sentencia del Tribunal Supremo 306/20 de 16/06/2020.

**TIPO DE PROPUESTA: MODIFICACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 190.2 RD 557/2011 Determinación de la edad.**

## DONDE DICE:

2. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la



intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

**DEBE DECIR:**

2. Con expresa sujeción a este Reglamento, y para el desarrollo de lo en él establecido La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación. que será de obligado cumplimiento.

**JUSTIFICACIÓN:**

Si bien la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, viene a establecer de forma desarrollada aquellos aspectos concernientes a los menores no acompañados, el carácter no vinculante del Protocolo como norma jurídica dificulta las exigencias de su cumplimiento, entendiéndose ese texto normativo como una simple recomendación. Por ello, resulta necesario que sea el propio Reglamento de Extranjería quien fije algunos aspectos esenciales en el procedimiento de la determinación legal y que establezcan el carácter vinculante de dicho Protocolo para desarrollar con detalle los elementos del mismo.

**TIPO DE PROPUESTA: ELIMINACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 190.3 RD 557/2011 Determinación de la edad.**

**DONDE DICE:**

3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

**DEBE DECIR: -----**

**JUSTIFICACIÓN:**

Entendemos que este apartado carece de sentido al establecerse en la modificación del segundo párrafo del apartado primero que el presunto menor quedará bajo la tutela de los servicios de protección de menores competentes en tanto concluya totalmente el procedimiento de determinación de la edad, y garantizándose en todo

momento la presunción de la minoría de edad. Igualmente denota como la presunción de minoría de edad, en la práctica, no era respetada. Podría suprimirse este apartado.

**TIPO DE PROPUESTA: ADHESIÓN**

**LOCALIZACIÓN: Artículo 190.3 RD 557/2011 Determinación de la edad. Apartado nuevo (3 si se elimina el anterior o el correlativo siguiente).**

**DONDE DICE: -----**

**DEBE DECIR:**

Nuevo 3. Quedará acreditada la edad del menor por la aportación por el mismo de aquella documentación original acreditativa de su identidad, en la cual conste su edad, sin que sea preceptivo, en tal caso, someter al menor a la práctica de pruebas determinación de la misma.

**JUSTIFICACIÓN:**

El Reglamento debe hacer un reconocimiento expreso a la doctrina jurisprudencial en la materia, que establece que solo se procederá a iniciar la práctica de pruebas de determinación de la edad cuando el menor no porte documentación original que acredite su edad, entendiéndose por tal el pasaporte, certificado de nacimiento, o tarjeta de identidad del país de origen entre otras (Sentencias del Tribunal Supremo 3818/14 y 3817/14 de 23/09/2014 y 24/09/2014, y Sentencia del Tribunal Supremo 306/20 de 16/06/2020).

Las dudas sobre la legalidad del documento por sí solas deberán ser confirmadas mediante el procedimiento pertinente, manteniéndose mientras tanto como válida la edad recogida en el documento (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, art. 12). Tal y como establece el Comité de Derechos del Niños en diversas resoluciones "Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en debida consideración las declaraciones de los niños" (Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 16/2017, entre otros).

**TIPO DE PROPUESTA: ADHESION**

**LOCALIZACIÓN: Artículo 190.-- RD 557/2011 Determinación de la edad. Apartado Nuevo (el correlativo siguiente).**

**DONDE DICE:-----**

**DEBE DECIR:**

Nuevo. En relación al procedimiento para la determinación de la edad, se realizará conforme a los siguientes criterios:

- a) El procedimiento para la determinación de la edad se realizará con respeto y sujeción expresa a la normativa nacional e internacional en materia de protección de menores, especialmente a lo establecido en la Convención de Derechos del Niño.
- b) En este sentido, como garantía del interés superior del menor y del derecho del mismo a ser oído, se designará a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito, y durante todo el procedimiento.
- c) La declaración de mayoría de edad del menor al llegar a territorio nacional, los criterios motivados en base a la apariencia física o la negativa a someterse a pruebas para la determinación de la edad, no serán indicio suficiente para invalidar su presunción de minoría de edad.
- d) Para efectuar una estimación bien fundada de la edad se procederá, en todo caso, a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo.
- e) Durante el proceso de determinación de la edad no se llevarán a cabo, en la medida de lo posible, métodos médicos basados en exploraciones radiológicas para análisis de los huesos y el examen de los dientes, que suelen ser imprecisos, y con amplios márgenes de error. En todo caso, el informe será realizado por Médicos Forenses del Instituto de Medicina Legal, salvaguardándose en la realización de las pruebas la dignidad e intimidad del menor.
- f) En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

## **JUSTIFICACIÓN:**

Diversas resoluciones del Comité de Derechos del Niño han puesto de manifiesto el incumplimiento por España de diversos preceptos contemplados en la Convención del Derechos del Niños, con violaciones expresas de lo dispuesto en lo artículos 3, 8 y 12 de la Convención, y del artículo 6 del Protocolo Facultativo. Es más, constan al menos 14 decisiones contra España desde 2019. Véase a modo de ejemplo el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 16/2017, entre otros.

Aspectos relevantes como un reconocimiento físico y psicológico del menor por personal especializado, el nombramiento de representante legal durante todo el

procedimiento, la presunción de minoría de edad, o el derecho del menor a ser oído y que no se tomen en demasiada consideración aquellas manifestaciones realizadas recién llegado al país resultan fundamentales para nuestra legislación en aras de salvaguardar el interés superior del menor.

En el caso de proceder a realizar pruebas de determinación de la edad, siempre como última medida, resulta importantísimo el papel de los Médicos Forenses como emisores del informe, aunque las pruebas se hayan realizado en centros hospitalarios, la valoración de los mismos y el reconocimiento personal del menor debe corresponderle a ellos.

**TIPO DE PROPUESTA: MODIFICACIÓN**  
**LOCALIZACIÓN: Artículo 190.4 RD 557/2011 Determinación de la edad.**

#### **DONDE DICE:**

4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente. En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

#### **DEBE DECIR:**

4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá, una vez sea firme, mantener o derogar su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

El decreto del Ministerio Fiscal será recurrible ante la autoridad judicial competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

#### **JUSTIFICACIÓN:**

En este sentido debe dejarse claro nuevamente que el menor debe pasar a disposición de los servicios de protección de menores desde su entrada en el país, hasta la conclusión del procedimiento de determinación de la edad, con decreto firme del Ministerio Fiscal, el cual no acuerda la medida, sino que la mantiene o la deroga. El carácter únicamente revisable del decreto del Ministerio Fiscal ha causado una situación de indefensión, inseguridad jurídica y de denegación del derecho a la tutela

judicial efectiva. Resulta por lo tanto determinante que el decreto este sujeto a ser recurrido ante el órgano judicial competente.

#### TIPO DE PROPUESTA: RECOMENDACIÓN

- **Ante la dificultad de adquisición de resolución de tutelas de la Ciudad Autónoma de Melilla:**

Proponemos la posibilidad de tramitación on line de solicitudes de resolución de tutelas de los jóvenes provenientes de centros de protección de menores, ya que se requiere de dicha documentación y coordinación institucional para el cumplimiento de los derechos de los jóvenes a tener en la documentación pertinente relativa a su condición de joven proveniente del sistema de protección de menores.

Así mismo, ponemos en relevancia la dificultad también para la obtención de información sobre expedientes-solicitudes en Oficina de Extranjería, Ej; Ciudad A. de Melilla.

#### TIPO DE PROPUESTA: RECOMENDACIÓN

- **Conveniencia de Disposición Transitoria que regule los procedimientos de solicitud y renovación de autorizaciones de residencia y de residencia y trabajo de los/as jóvenes extutelados/as en curso en el momento de la entrada en vigor de la reforma del RD 557/2011.**

Proponemos la adhesión de una disposición transitoria que regule los procedimientos que se encuentren en curso en el momento de la entrada en vigor de la reforma del RD 557/2011, en virtud de la cual las solicitudes de aquellos jóvenes que se encuentren en tramitación a la fecha de la entrada en vigor de la reforma, sean resueltas de conformidad al régimen actual.

#### TIPO DE PROPUESTA: RECOMENDACIÓN

- **Disposición transitoria que asegure la retroactividad de los efectos de esta modificación normativa en un periodo de 3-5 años.**

Recomendamos la adhesión de una disposición adicional transitoria que permita de manera retroactiva la posibilidad de que jóvenes que se han visto perjudicados por la actual regulación se puedan acoger a la nueva, disfrutando de las garantías que esta ofrece.

## TIPO DE PROPUESTA: RECOMENDACIÓN

- Proponemos la exención, en los casos que corresponda, del pago de las tasas administrativas de extranjería a las empresas empleadoras cuando los menores alcancen la edad laboral.