

DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE UN EXTRANJERO
INDOCUMENTADO, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE
LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 24 DE
ENERO DE 2020

*DETERMINATION OF THE AGE OF AN UNDOCUMENTED
FOREIGNER BY THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL COURT OF
BARCELONA, OF JANUARY 24, 2020*

Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 550-575

Alfonso
ORTEGA
y Lerdys
HEREDIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de septiembre de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: En los últimos años se ha incrementado la inmigración de menores de edad, lo que conlleva a que las administraciones establezcan un trato diferenciado a este sector de la inmigración por el hecho de tratarse de menores de edad; son muchos los aspectos a tener en cuenta en estos casos, entre ellos verificar la minoría de edad, hecho que se complica más cuando se trata de adolescentes. Es lo que analiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2020, que confirma la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, que acordó el cierre del expediente de desamparo y el ingreso del demandante en un centro de protección hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que este no aportaba ningún tipo de documentación.

PALABRAS CLAVE: Menor extranjero no acompañado; mayoría de edad; minoría de edad; inmigración.

ABSTRACT: *In recent years, immigration of minors has increased, which means that administrations establish a differentiated treatment for this sector of immigration due to the fact that they are minors; There are many aspects to take into account in these cases, including verifying the minority age, a fact that is more complicated when it comes to adolescents. This is what is analyzed by the Judgment of the Provincial Court of Barcelona, of January 24, 2020, which confirms the Resolution of the General Directorate of Attention to Children and Adolescents, which agreed to the closure of the homelessness file and the admission of the plaintiff in a Protection Center until the verification of their personal circumstances, since it did not provide any type of documentation.*

KEY WORDS: *Unaccompanied foreign minor; majority; minority; immigration.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. HECHOS, ALEGACIONES DE LAS PARTES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS. III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LA PERSONA FÍSICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- I. La edad como criterio clave de actuación por parte de la Administración. 2.- Los problemas de competencia para determinar la edad.- 3. Las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros.- 4. La autorización judicial de las pruebas para determinar la edad.- IV. PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.- I. Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.- 2. El papel de La Unión Europea.- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO.

I. La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados es un aspecto de especial interés dentro del fenómeno de la inmigración irregular y de los menores inmigrantes. Desde hace algún tiempo se ha constatado, no sin preocupación, el aumento de la inmigración infantil, es decir, de aquella protagonizada por jóvenes extranjeros que, aun siendo menores de edad, emprenden un proyecto migratorio propio e independiente de sus familias, a quienes se les ha dado el nombre de menores extranjeros no acompañados (en adelante, MENAs). Se adopta la definición del art. 1 de la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros¹, el cual establece que "Las personas contempladas en los dos párrafos anteriores se denominarán en lo sucesivo menores no acompañados".

Los problemas derivados de esta peculiar inmigración se han colocado en los últimos años en el centro del debate político-jurídico sobre esta nueva realidad social, determinar la edad de estos menores en muchos casos es fácilmente verificable puesto que se trata de menores de muy corta edad (bebés o niños menores de 12 años); sin embargo, un grupo elevado de MENAs se sitúa en una franja de edad en la que es más difícil de determinar la minoría de edad, al tratarse de adolescentes.

¹ Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOUE núm. C 221, de 19 de julio de 1997).

• **Alfonso Ortega Giménez**

Prof. Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a Profesor Titular de Universidad)

• **Lerdys Heredia Sánchez**

Prof. Ayudante de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

2. La situación creada con estos movimientos migratorios ha puesto de manifiesto las carencias, insuficiencias y lagunas del sistema legal español diseñado para acoger y proteger a los MENAs, carencias que se agudizan en el caso de los migrantes que se encuentran en el límite de edad, donde resulta difícil determinar si son menores o adultos. Por otro lado, el régimen jurídico que se aplica a la situación de irregularidad es diferente en función de la edad del extranjero. El régimen de los extranjeros menores ha de estar inspirado en el principio de protección del interés superior del menor en virtud del art. 39.4 de la Constitución Española² (en adelante, CE), que impide su expulsión del territorio, sanción en la que, por otra parte, se concreta el tratamiento jurídico que de ordinario se brinda al extranjero irregular cuando es adulto. La idea es que la cláusula social del Estado de Derecho ha consagrado un tratamiento universal de protección a la infancia que ha de desplazar, en el ámbito de la extranjería, a cualquier tratamiento normativo basado en el control de los flujos migratorios. Para dar respuesta a este objetivo, el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³ (en adelante LOEX) prevé dos posibles soluciones para el fenómeno de la inmigración infantil. La primera consiste en la repatriación del menor para reagruparlo con su familia y, sólo cuando esto no sea posible, como segunda y última alternativa, se permite la residencia del menor en España, que sería regular hasta que adquiriera la mayoría de edad. En definitiva, mediante este trato específico se pretende enervar la solución general prevista por la legislación para aquellos extranjeros que no son menores y que consiste, con carácter general, en la expulsión del territorio.

3. En este contexto, la mayoría o minoría de edad, condiciona la aplicación de un régimen jurídico u otro. Como consecuencia de las expectativas que genera el régimen de los menores extranjeros, sobre todo en la medida que se considere prohibida su expulsión, es lógico sospechar que existan personas que aleguen ser menores cuando en realidad no lo son, para, de esta manera, huir de la aplicación del régimen general de extranjería. Cuando no se pueda comprobar la verdadera edad del extranjero porque carece de documentos o porque los que posee pueden resultar falsos, se impone arbitrar instrumentos que permitan determinar la edad y delimitar así el régimen jurídico que deviene aplicable, tal y como ha sucedido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (en adelante, SAP 24 de enero de 2020)⁴ la cual confirma la resolución en primera instancia en el caso de la determinación de la edad de un extranjero, el apelante no aportó a los autos documento alguno del que pueda inferirse una edad menor; ni certificado

2 Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

3 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

4 SAP Barcelona 24 de enero 2020 (ECLI: ES: APB:2020:64).

de nacimiento ni pasaporte, ni ha propuesto otro tipo de prueba del que se pueda obtener esta información por lo que el Tribunal desestima la apelación presentada.

II. HECHOS, ALEGACIONES DE LAS PARTES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS.

4. La SAP Barcelona 24 de enero de 2020 confirma la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia (en adelante, DGAIA), que acordó el cierre del expediente de desamparo abierto respecto al demandante y su ingreso en un centro de protección hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación.

La representación de Baltasar formula Recurso contra la Sentencia de instancia que desestima su oposición a la Resolución de la DGAIA que acordaba el cierre del expediente de desamparo abierto respecto al demandante. Baltasar, ingresó en un centro de protección y en un primer momento se le prestó atención inmediata hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación. Durante su estancia en el centro protagonizó un incidente el día 21 de agosto de 2018, llegando a amenazar a una educadora del centro con un cuchillo y fugándose. La Fiscalía, tras practicarse pruebas médicas, y a la vista del Informe Forense de 24 de agosto de 2018, emitió Decreto que consideraba que era mayor de edad lo que motiva la Resolución del Servicio de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de fecha 15 de octubre de 2018. El apelante no aportó a los autos documento alguno del que pueda inferirse una edad menor, ni certificado de nacimiento ni pasaporte, ni ha propuesto otro tipo de prueba del que se pueda obtener esta información. Manifestó no haber sido escolarizado en Marruecos, no saber leer ni escribir y no compareció al acto de la vista.

5. La STS de 16 de enero de 2015, seguida de otras de 18 de junio y 3 de julio de 2015⁵ a propósito de la minoría de edad de menores extranjeros en situación irregular y sobre la realización de pruebas para descartar la veracidad de los documentos oficiales que aseveran la minoría de edad, ha señalado, recogiendo la doctrina jurisprudencial recogida en las STS de 23 y 24 de septiembre de 2014,⁶ “que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se

5 STS 16 enero 2015 (RJ 2015\121); STS 18 junio 2015 (RJ\2015\2764), STS 3 julio 2015 (RJ\2015\2561)

6 STS 23 de septiembre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3818), STS 24 de septiembre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3817) Comentadas por CEBRIÁN SALVAT, M. A. en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.) y ESPÍN GRANIZO, J. (coord.): *Comentarios de las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 6° (2013-2014), BOE, Dykinson, Madrid, 2016, pp-367-376.

realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a la prueba de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de persona documentada como indocumentada las técnicas médicas especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad". En la STS de fecha 8 de junio de 2015⁷, el TS precisa que "Dispone el artículo 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, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre⁸, que "en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo 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", puntualizando en su art. 25.1 que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas.

6. En cuanto a los arts. 6 y 190 del Reglamento de la Ley de Extranjería, según el primero, para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de alguno de los documentos que cita, entre ellos el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen o procedencia 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 nacionalidad de los titulares.

El apelante fue sometido a una serie de pruebas médicas que indicaban una edad superior a la que se podía deducir de la documentación presentada. No compareció al acto de la vista, no ha aportado documentación alguna que acredite una edad menor a aquella que indican las pruebas médicas y tampoco a propuesta prueba que pueda desvirtuar, si tan siquiera indiciariamente, la presunción de mayoría, por lo que la resolución de instancia no puede más que ser confirmada. En consecuencia y por todo lo expuesto, se procede a desestimar el recurso.

7 STS 8 de junio 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2347).

8 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LA PERSONA FÍSICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

7. Como hemos señalado anteriormente la determinación de la edad es una cuestión vital en el tratamiento jurídico de los extranjeros, puesto que la legislación sobre protección de la infancia y el principio universalmente reconocido del interés superior del menor; desplazan en el ámbito de la extranjería cualquier tratamiento normativo inspirado de forma exclusiva en el control de los flujos migratorios.

La minoría de edad constituye la base y la justificación de un tratamiento más favorable que resulta especialmente importante en el caso de los menores extranjeros no acompañados. En primer lugar, evita que el menor pueda ser objeto de las medidas sancionadoras, como la expulsión, que el ordenamiento dispensa a los extranjeros que se encuentran en situación de irregularidad administrativa; además, motiva que la Administración reconozca jurídicamente la situación fáctica de desamparo en la que se encuentran, asumiendo su tutela y ocupándose de su guarda y cuidado; en tercer lugar, los derechos de los menores extranjeros no se encuentran limitados por su situación administrativa, como ocurre en el caso de los extranjeros mayores de edad. Por último, también será distinto el trato que reciben en caso de cometer actos tipificados como delitos.

8. Esto hace enormemente relevante la cuestión de la exactitud, la seguridad y la certeza en la determinación de la edad de aquellos extranjeros que dicen ser menores de dieciocho años. En multitud de casos el propio menor tiene que defender su condición de tal frente a actuaciones de la Administración que ponen en duda su minoría de edad y vulneran sus derechos. Entra aquí en juego la cuestión de la documentación del menor y de la validez que se le otorgue, y su confrontación con las pruebas médicas de determinación de la edad. En la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020, el Tribunal señala que el apelante no aportó a los autos documento alguno del que pueda inferirse una edad menor, ni certificado de nacimiento ni pasaporte, ni ha propuesto otro tipo de prueba del que se pueda obtener esta información, solo manifestó no haber sido escolarizado en Marruecos, no saber leer ni escribir y no compareció al acto de la vista, por lo que el Tribunal desestima el Recurso interpuesto.

9. La edad es uno de los aspectos que afectan a la capacidad de obrar de las personas físicas, de modo que, a afectos civiles, y de acuerdo con el Derecho internacional privado español, su determinación se haga según la ley personal de sujeto. Esta ley es la que viene determinada por el art. 9.1 Código Civil⁹ (en lo adelante, CC); la ley personal, que es igual a la ley de la nacionalidad. Dicha ley

9 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

regulará los siguientes aspectos: 1) la intervención de terceros para completar la capacidad; 2) los efectos jurídicos derivados de los actos jurídicos llevados a cabo por los menores (tales como determinados contratos, las causas de emancipación, etc.); y 3) cuándo la persona alcanza la mayoría de edad.

Si partimos por dar la verdadera importancia que encierra el tercer aspecto referente al momento en el que el menor alcanza la mayoría de edad, tendremos que replantear el procedimiento por el cual la Administración española analiza si un menor no lo es ante la "duda" que pueden plantear los documentos extranjeros que portan los MENAs a su llegada a España, o bien ante la duda generada por la complejidad física que presentan quienes se encuentran en la franja de edad donde la apariencia se acerca a la de un adulto pero la persona sigue siendo menor de edad.

10. Fuera de ese supuesto, la Administración -como regla general- debería, y siempre de acuerdo con la ley personal del MENA, entender y atender como menores a quienes así lo acrediten, máxime si se tiene en cuenta que no todos los Estados fijan los 18 años como edad a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad, por ejemplo, países iberoamericanos como Honduras y otros africanos como Camerún, Egipto y Guinea, entre otros, fijan la mayoría de edad a los 21 años. Canadá por su parte, en determinados Estados de su territorio, la fija en 19 años¹⁰.

Tal y como ha señalado Durán Ruiz, desde el año 2008, y como magistralmente expuso en el I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, la minoría de edad en el caso de los MENAs constituye la base de un tratamiento más favorable ya que, en primer lugar, evita que el menor pueda ser objeto de medidas sancionadoras aplicables a extranjeros en situación irregular, como la expulsión. En segundo lugar, obliga a que la Administración reconozca la situación jurídica de desamparo y, en consecuencia, disponga respecto a su acogida y tutela; y, en tercer lugar, porque en caso de comisión de delitos, el tratamiento penal es diferenciado¹¹.

A pesar de la importancia que encierra la determinación de la edad a efectos civiles, administrativos y, puntualmente, penales, el ordenamiento jurídico español carece de una regulación coherente y que proporcione un procedimiento unificado de actuación con efectos jurídicos transversales respecto a todos los aspectos de

10 Vid. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado* (Granada, Comares, 2017), vol. II, pp. 66-68.

11 Vid. DURÁN RUIZ, F. J.: "Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales", *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, (Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2011) p. 851-852. Y sobre este mismo tema, del mismo autor "Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros", *Revista Trace. Travaux et recherches dans les Amériques du Centre* (Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, núm. 60), pp.9-24, texto disponible en <https://journals.openedition.org/trace/1723#text>, (consultado el 30/01/2020).

la vida de los MENAs, encontrándose en una situación de doble vulnerabilidad ya que las mismas instituciones que les han de garantizar la protección, dudan de la minoría de edad lo cual les coloca de facto, en una situación de desamparo.¹²

II. Es lo que se aprecia en la SAP de Barcelona, la representación de Baltasar formula Recurso contra la Sentencia de instancia que desestima su oposición a la Resolución de la DGAIA que acordaba el cierre del expediente de desamparo abierto respecto al demandante. Baltasar, ingresó en centro de protección y en un primer momento se le prestó atención inmediata hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación. Durante su estancia en el centro protagonizó un incidente el día 21 de agosto de 2018, llegando a amenazar a una educadora del centro con un cuchillo y fugándose. La Fiscalía, tras practicarse pruebas médicas y a la vista del Informe Forense de 24 de agosto de 2018, emitió Decreto que consideraba que era mayor de edad, lo que motiva la Resolución del Servicio de Atención a la Infancia y a la Adolescencia, de fecha 15 de octubre de 2018.

I. La edad como criterio clave de actuación por parte de la Administración.

12. Para el reconocimiento de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico a los extranjeros en España “la edad” es el criterio que determina el régimen jurídico a aplicar para calificar el estatuto jurídico del sujeto en función de si es mayor o menor de edad. La correcta identificación de quiénes son menores será relevante a efectos civiles: un menor de edad -que lo será conforme a su ley personal, no en atención al Derecho Civil español- será objeto de una acogida y protección adecuadas al interés superior del menor que se tendrá en cuenta, inclusive, para intentar su repatriación y/o devolución a los familiares en su país de origen. La condición de menor de edad como situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación que nuestro ordenamiento trata de reforzar con la creación de numerosas instituciones que velan por el desarrollo integral del menor en tanto sujeto necesitado de una protección de especial intensidad, como bien apunta PELÁEZ FERNÁNDEZ.

En el ámbito penal la edad tiene una importancia innegable, ya que a los ilícitos cometidos por un menor o un mayor condicionará la aplicación de un régimen jurídico u otro, pues la responsabilidad penal de los menores está enmarcada en una franja de edad muy concreta (a partir de los 14 años y hasta antes de cumplir los 18). Mientras que quienes son considerados mayores a todos los efectos, serán

12 La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los MENAs fue denunciada por la Fundación RAICES (vinculada Consejo General de la Abogacía Española) ante el Congreso de los Diputados, en la Comisión sobre derechos de la infancia y la adolescencia, disponible en <http://www.fundacionraices.org/?p=2813>, (consultado el 08/07/2020).

responsables penalmente y, por tanto, sujetos de un procedimiento que puede dar lugar a la privación de libertad.

13. En consecuencia, la determinación de la edad desde el punto de vista de las normas de extranjería repercute en la situación jurídica del inmigrante. Si se determina que es mayor de edad se convertirá en un extranjero indocumentado y en situación irregular, siendo objeto de un expediente sancionador por estancia irregular en España y que dará lugar, muy probablemente a su expulsión.

Para evitar fraudes al respecto la fiscalía se ha pronunciado al respecto en la Instrucción 3/2003, en la cual hace mención sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, ha estado “devolviendo” de manera sistemática a los menores extranjeros, bajo el fundamento de que “se han de extremar las precauciones para que el sistema de derechos y garantías de los Estados de la Unión Europea (en adelante, UE) no pueda ser fraudulentamente utilizado por los infractores de las respectivas legislaciones de extranjería para forzar una residencia de todo punto improcedente. Un ejemplo evidente de lo que se acaba de exponer se refleja en el tratamiento jurídico y asistencial que, hasta la fecha, se está dando en España a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que, sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. La situación en que se encuentran estos menores determina, por regla general, la tutela automática de la Administración y, como consecuencia, la futura residencia legal en España”.

14. Sin embargo estas averiguaciones son realizadas respecto a menores que a pesar de disponer de la documentación correcta de sus respectivos países, se duda de su validez porque las instituciones del Estado de origen no “ofrecen” garantías en su expedición, por lo que una cuestión básica que rige las relaciones privadas internacionales, como es el efecto internacional de los documentos extranjeros, se cuestiona constantemente por parte de las autoridades españolas, colocando a los MENAs como víctimas de las irregularidades del sistema¹³.

En estos momentos, podemos decir que la situación institucional para hacer frente a este problema es tensa, y por momentos, contradictoria. Y ello es así por dos razones fundamentales: primera, que desde enero de este año 2018 el TS a través de su Sentencia N° 131/2018¹⁴, denegó el recurso de casación N° 2289/2016, promovido por la representación de la Fundación Raíces antes mencionada, contra la Sentencia N° 236/2016, de 2 de junio, Sección 7ª de la

¹³ Fragmento del Planteamiento de dicha Instrucción, disponible en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_03_2003.html, (consultado el 28/01/20).

¹⁴ STS 31 de enero de 2018, 262/2018-ECLI: ES: TS:2018:262.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (en lo adelante, AN), en el recurso contencioso-administrativo N° 378/2015 interpuesto contra el contenido de Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, publicado por el Ministerio de Presidencia mediante Resolución de 13 de Octubre de 2014; y segunda, se apoya en las Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al Estado español, en marzo de este mismo año, y que en relación con los MENAs, recoge en su Observación N° 44 dos preocupaciones principales que afectan directamente a las funciones que están atribuidas al Ministerio Fiscal, por el art. 35 de Ley Orgánica 4/2000, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por el art. 48 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹⁵ (en lo adelante, Ley de asilo) y en el art. 12 de la Ley Orgánica del Protección Jurídica del Menor¹⁶ (en lo adelante, LOPJM reformada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia).

15. Debemos tomar en cuenta que la protección contra la expulsión la brinda la situación de desamparo del menor, pero en ocasiones se matiza indicando que esto no significa que todos los menores extranjeros que se encuentran en España estén legalmente desamparados. En concreto, se presume que aquellos extranjeros de más de 16 años no lo están, pues aun concurriendo en ellos un elemento de carácter subjetivo, como puede ser la ausencia de asistencia moral, falta en estos casos otra condición que ha de cumplirse acumulativamente se refiere a la falta de asistencia material. Al respecto la Fiscalía señala que estos menores no carecen de medios para vivir pues habitualmente realizan actividades remuneradas. Así, se presume que los jóvenes de más de 16 años tienen, en realidad, una vida independiente consentida por sus padres y familiares, razón por la cual han de considerarse emancipados y ser tratados, no como menores, sino como personas con capacidad para regir sus bienes y persona (de acuerdo con los arts. 319 y 323 del CC).

Esta postura plantea serios problemas de legalidad, incluso de constitucionalidad. Tratándose de menores, en nuestro ordenamiento, se impone la interpretación de las normas inspirada en el superior interés del menor, de acuerdo con el mandato constitucional de protección de la infancia. Así, considerar emancipado al inmigrante mayor de 16 años, porque vive de forma independiente con el consentimiento de sus padres, representa una lectura de la emancipación, además de forzada, pues no se creó para el fenómeno de la inmigración infantil, siendo perjudicial para el interés del menor, se permite que sea inmediatamente expulsado del territorio.

15 BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

16 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

16. Al respecto la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020, analiza detenidamente el caso en cuestión a propósito de la minoría de edad de menores extranjeros en situación irregular y sobre la realización de pruebas para descartar la veracidad de los documentos oficiales que aseveran la minoría de edad, recogiendo la doctrina jurisprudencial recogida en STS de 23 y 24 de septiembre de 2014 –ya citadas- la cual señala “que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido”.

2. Los problemas de competencia para determinar la edad.

17. La minoría de edad constituye la base y la justificación de un tratamiento más favorable que resulta especialmente importante en el caso de los menores extranjeros no acompañados. Esto hace enormemente relevante la cuestión de la exactitud, la seguridad y la certeza en la determinación de la edad de aquellos extranjeros que dicen ser menores de dieciocho años. En multitud de casos el propio menor tiene que defender su condición de tal frente a actuaciones de la Administración que ponen en duda su minoría de edad y vulneran sus derechos. Entra aquí en juego la cuestión de la documentación del menor y de la validez que se le otorgue, y su confrontación con las pruebas médicas de determinación de la edad. Es el art. 35 de la LOEX que regula esta situación, la cual se refiere a la determinación de la edad del extranjero que se cree puede ser menor, al respecto en su apartado 3 señala que “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo 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”.

La determinación de la edad, tal como la prevé el legislador, sólo adquiere pleno sentido jurídico si se pone en relación con las demás previsiones contenidas en el mismo artículo. En efecto, a lo largo de los apartados siguientes se instaura el régimen jurídico administrativo de los extranjeros menores de edad que se encuentren en nuestro territorio. Es decir, se puede afirmar que, en él, se regula el estatuto específico del menor extranjero que se encuentra en España, pero sin limitarse a la residencia o estancia.

18. En realidad, el art. 35 de la LOEX establece todo un proceso administrativo encaminado a decidir sobre la situación jurídica del extranjero menor que puede concretarse en la residencia legal, pero, sobre todo, en su repatriación. La repatriación se configura, así como el tratamiento administrativo que el legislador exige con carácter prioritario y, por eso, el art. 35 de la LOEX concreta el procedimiento de actuación administrativo a través del cual se ejerce la potestad decisoria de repatriar a un extranjero localizado en nuestro territorio. Con la atribución de la competencia para repatriar a la Administración periférica del Estado, sobre la base de su título competencial en materia de extranjería, se está enfatizando el carácter de control de flujos sancionador y policial que reviste, de forma inadecuada, la figura de la repatriación que, por propio mandato legal, debería tender a la realización del interés del menor y su reagrupación familiar.

19. Uno de los problemas competenciales más serios en torno a la determinación de la edad, es ocasionado por la intervención del Ministerio Fiscal, en principio indiscutible, dada la función de protección de menores que tiene encomendada. El art. 35 de la LOEX exige que, cuando sea localizado un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, se ponga el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de la edad. El inconveniente se debe, no al hecho de la participación del Ministerio Fiscal en este trámite, sino al alcance que ésta ha de tener, ya que, al no poder deducirse exclusivamente del tenor de la Ley, debe estar condicionada por el tipo de pruebas que deben practicarse para establecer la edad del inmigrante.

Así lo señala la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020 en la que hace mención al 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, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, señalando que “en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo 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”.

3. Las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros.

20. La edad y la identidad del extranjero normalmente se prueba por medio de un documento identificativo, como ser el pasaporte u otro documento válido, aunque en el caso de la acreditación de la edad por parte de los menores extranjeros no acompañados se acepta cualquier documento identificativo al

que la legislación nacional del extranjero otorgue eficacia en este sentido y que permita conocer la edad del menor de forma fehaciente.

Junto con el grupo de medios de prueba que podemos denominar jurídicos, pues consisten en la consulta de datos personales en el Registro de Menores en situación legal de desamparo o en ciertas instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras (art. 35.5 LOEX), existen otro tipo de pruebas de carácter médico más problemáticas.

21. Las pruebas de carácter médico normalmente consisten en una peritación ósea de forma que, mediante el contraste de una radiografía de la mano o muñeca de la persona examinada con un modelo preestablecido, se obtiene como resultado un arco de edades posibles en función de los nudos de osificación y de la persistencia de cartílagos. El método que cuenta con más difusión se llama *Güilliche y Pile*¹⁷, aunque también se utiliza otro muy similar denominado *Tanner-Whitehouse*¹⁸.

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. Esto se debe a que los estándares de comparación son antiguos y se realizaron para descubrir patologías relacionadas con el crecimiento y otras finalidades distintas de las que se persiguen ahora. A lo que hay que añadir que se hicieron tomando como muestra 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 a la misma velocidad en todas las razas. Por esta razón, el arco de edades posibles ha de tomar en consideración, como mínimo, unos dieciocho meses de riesgo de sobreestimación de la edad y, de entre este arco de edades, habrá que estar siempre a la inferior, pues es lo que, en general, satisface el interés del menor.

22. Estos medios de prueba de la edad son los que permiten cuestionar ciertas intervenciones del Ministerio Fiscal en el procedimiento. En realidad, cuando se trate de meras comprobaciones jurídicas sólo cabe cuestionar la eficacia de la intervención del Ministerio Fiscal disponiéndolas, pues se trata de actuaciones que

17 El método de *Greulich y Pile* consiste en un Atlas en el cual la edad ósea es evaluada por comparación de la radiografía de la mano izquierda de un paciente con una de las radiografías estándar más cercanas del atlas. Este método fue desarrollado usando las radiografías de niños caucásicos en Cleveland, Ohio, Estados Unidos de Norteamérica, durante el periodo de 1931 a 1942. Se ha reportado que los caracteres sexuales secundarios de los niños y niñas estadounidenses en la actualidad, comienzan más temprano que varias décadas atrás, por lo tanto, podría ser difícil evaluar exacta mente la edad ósea en los niños de hoy en día con este método.

18 Para más información se puede consultar ACNUR, Informe sobre la Determinación de la Edad en España. Programa de Menores No Acompañados Solicitantes de Asilo, Madrid, 2002., disponible en <https://www.acnur.org/es-es/5cf926764.pdf> consultado el 30/07/2020.

puede llevar a cabo la policía por sí misma. En cambio, cuando estemos ante pruebas de carácter médico, la intervención del Ministerio Fiscal ha de ser examinada con más cuidado, si en su práctica pueden afectarse derechos fundamentales. Ciertamente, las pruebas radiológicas, como los demás reconocimientos médicos que se han de efectuar por decisión de un poder público, constituyen intervenciones corporales susceptibles de afectar determinados derechos fundamentales, como el de integridad física o intimidad. Esto significa que, para que la afectación del derecho sea constitucionalmente irreprochable, han de practicarse y acordarse revestidas de determinadas garantías.

En efecto, en la medida que un derecho fundamental pueda verse afectado, la actuación del Ministerio Fiscal puede plantear problemas de validez, debido a que tiene prohibida la adopción de cualquier medida limitativa de derechos fundamentales. Entre las garantías que constitucionalmente cabe exigir en la realización de las pruebas que permitan deducir la edad, hay que citar que deben ser practicadas por un profesional con la pericia necesaria, no suponer un grave riesgo para la salud y, como no podía ser de otro modo, ser proporcionadas. En general, se ha contemplado que sean autorizadas judicialmente.

23. Al respecto varias Sentencias han analizado esta cuestión desde hace varios años, es el caso de la SJPI número 1, de Santander, de 6 de mayo de 2004¹⁹, aborda esta cuestión al resolver la impugnación de un menor frente a la resolución administrativa de la Dirección General de Bienestar del Gobierno de Cantabria que acordó la extinción de la guarda de un menor extranjero y su correspondiente baja del centro en el que se hallaba acogido, al determinar que tenía 18 años tras realizarle una prueba ósea por el método *Greulich y Pile*.

En la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020, objeto de análisis, el Tribunal señala que las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad. El hecho se pondrá 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. El apelante fue sometido a una serie de pruebas médicas que indicaban una edad superior a la que se podía deducir de la documentación presentada.

4. La autorización judicial de las pruebas para determinar la edad.

24. La autorización judicial de estas pruebas constituye una garantía esencial de respeto de los derechos fundamentales pues, en nuestro modelo constitucional,

19 Comentada por DURÁN RUIZ, F.: "Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales", cit, P.856.

se atribuye a los jueces la condición de garantes ordinarios de los derechos de las personas. En el plano constitucional, está justificada la idoneidad de la intervención del juez en garantía de derechos, frente a actuaciones administrativas que puedan suponer una situación de riesgo específico de vulneración de dichos derechos. Sin embargo, cuando la Constitución se refiere a la función garantizadora de derechos de los Jueces en el art. 117.4 CE, exige una ley expresa que se la atribuya. A pesar de la libertad del legislador, se puede considerar que la Constitución fija unos parámetros en relación con ciertos sujetos y situaciones a proteger. En concreto, impone singulares deberes a los poderes públicos para la garantía de los derechos de los menores (arts. 39, 49 y 9.2 CE). De esta forma, se podrían deducir algunos criterios que, más allá de la voluntad política, penetrarían en el campo de los deberes jurídicos de los poderes públicos y, por ello, deberían ser tenidos en cuenta por el legislador a la hora de atribuir funciones de garantía de sus derechos. Cuando el legislador no los desarrolle de forma explícita, como ocurre con la autorización judicial de las pruebas de determinación de la edad, la previsión se podría inferir y aplicar directamente de la Constitución. El deber de protección del interés de la menor ampara, entonces, la interpretación del principio de intervención judicial como principio constitucional.

25. La intervención judicial constituye una garantía para los derechos de los menores extranjeros, pero esta función garantizadora no sería, en sentido estricto, una tarea jurisdiccional (art. 117. 1 CE). Esta actuación judicial se encuadra más bien en el ámbito de administración de justicia (art. 117. 4 CE) a modo de colaboración con otros poderes del Estado. Se trataría así de la participación de un juez en una función administrativa, como colaboración entre poderes, de forma que la determinación de la edad se mantiene como acto de trámite dentro de un procedimiento administrativo, para cuya formación se exigiría la colaboración judicial (no jurisdiccional) de un juez en garantía de derechos.

IV. PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.

26. Respecto al Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados (en adelante, Protocolo MENA), suscrito el 22 de julio 2014²⁰, se prevé, en ciertos casos, tener por “indocumentados” a menores extranjeros no acompañados provistos de pasaporte o documento equivalente de identidad del que resulte su minoría de edad. A la vista del contenido del Protocolo resultaría que su espíritu y finalidad no se vendría a conjugar en toda su extensión con la interpretación que el TS ha realizado del concepto “indocumentado” del art. 35.3 LOEX. La condición de

20 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 (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014).

inmigrante y las políticas migratorias de nuevo se antepondrían a la condición de menor y las políticas de infancia. Por ello, debe tenerse en cuenta que el propio TS ha recordado que un menor extranjero no acompañado “es ante todo un niño ex-puesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los Estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño”²¹

27. El contenido del Protocolo MENA puede resumirse como sigue: En cuanto a su objeto es doble: por un lado, tiene la finalidad de coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones involucradas desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, la determinación de su edad, la puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y documentación. Por otro lado, el Protocolo MENA está dirigido a lograr el adecuado funcionamiento del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (en lo adelante, RMENA), ya que es la única fuente de información fidedigna y completa relativa a los menores migrantes.

Respecto a los sujetos a los que resulta de aplicación, serán: 1) al extranjero menor de dieciocho años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea y que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor; 2) a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en esta situación; 3) también, a los menores extranjeros que se encuentren en situación de riesgo por haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional o pretendieran traspasar los puestos fronterizos españoles en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable del niño, no aporte documentación veraz o fiable del vínculo alegado, y además se aprecie un peligro objetivo para la protección integral del menor; 4) a los menores extranjeros que se hallaren en situación de patente desamparo o desprotección, por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos; 5) a aquellos menores extranjeros que se hallen como polizones a bordo de un buque, nave o aeronave que se encuentre en un puerto o aeropuerto español; 6) a los MENA que hubieran sido localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con ocasión de la comisión de un hecho delictivo de los que pudieran ser imputados conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores²².

21 Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE. DOUE, 9 de marzo de 2016 (2012/2263(INI)) (2016/C 093/26).

22 Vid. apartado segundo, del Capítulo del texto del Protocolo, 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 (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014).

28. En relación con el procedimiento de determinación de la edad, cuestión objeto de crítica en estas líneas, se distinguen dos supuestos: a) cuando la minoría del menor tiene carácter indubitado, en cuyo caso se procede a su identificación, registro y asignación a los servicios de acogida y tutela correspondientes de la Administración, y b) los supuestos dudosos, en este caso la consideración que hace de un menor indocumentado incluye en esta categoría a menores con documentación de sus países de origen, con pasaportes y partidas de nacimiento expedidas por sus embajadas y consulados correspondientes, a los que no otorga valor legal a efectos de determinar la edad del MENA; y al mismo tiempo se aprecia una falta de garantías en el procedimiento de determinación de la edad ya que el Protocolo vulnera el derecho a ser escuchado y la asistencia letrada obligatoria.

Especialmente llamativo resulta el carácter irrecurrible de los Decretos del Ministerio Fiscal que determinan la mayoría o minoría de edad de estos menores, así como que el documento avala la realización sistemática de pruebas médicas de determinación de la edad, que en tantas ocasiones han sido criticadas por el Defensor del Pueblo, quien se ha pronunciado contrario a la aplicación de las pruebas para determinar la edad en el caso de los MENA, debido a su carácter inapropiado y la inseguridad jurídica derivada de sus resultados²³.

Aunque el art. 190.2 del Reglamento de la LOEX dispone que el procedimiento de determinación de la edad de menores, solo procede en el caso de los que estén indocumentados, el Protocolo establece una “definición de indocumentación” en la que los pasaportes, partidas de nacimiento, certificados de identidad consulares, cartas nacionales de identidad, etc. emitidos por las autoridades de países tales como Marruecos, Ghana, Mali, Camerún, Guinea Conakry, Costa de Marfil, entre otros, carecen de validez.

29. El Tribunal Supremo prohíbe someter a las pruebas para determinar la edad a los inmigrantes menores con pasaporte válido que se encuentran de forma irregular en España, tal y como se analiza a continuación. En este sentido, las STS del 2014 resuelven los casos de un ciudadano de Guinea Conakry y de una ciudadana de Ghana respectivamente, quienes a pesar de tener pasaportes expedidos en sus países de origen, acreditando la fecha de nacimiento y la minoría de edad, fueron declarados mayores de edad tras la realización de las pruebas médicas y dejaron de estar tutelados por los servicios de las administraciones autonómicas correspondientes (Diputación Foral de Álava y Generalitat de Cataluña, respectivamente). En ambos casos, el Tribunal Supremo dispuso que

²³ Vid. Informe de Defensor del Pueblo de España ¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf>, (consultado el 10/07/2020).

debían quedar bajo la protección que la ley dispensa a los MENA, marcando una doctrina clara: “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido”. Por lo que la Sala Civil deja establecido que cuando el extranjero es menor de edad de acuerdo con el pasaporte, debe ponerse a disposición de los servicios de protección del menor sin que se le realicen las pruebas por estar documentado. En los casos en los que se dude de la fiabilidad del documento, dispone que los tribunales tendrán que hacer un juicio de proporcionalidad sobre las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se tienen que realizar las pruebas, sin olvidar que cualquier duda basada en la apariencia física debe resolverse a favor del menor.

I. Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

30. Las Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al Estado español, en marzo de este mismo año, y que, en relación con los MENA, recoge en su Observación N° 44 dos preocupaciones principales que afectan directamente a las funciones que están atribuidas al Ministerio Fiscal, por los arts. 35 de LOEX y 48 de la Ley de Asilo, así como por el art. 12 de la LOPM.

Otra de las deficiencias que se señalan hace referencia a las devoluciones en frontera (devoluciones en caliente) contempladas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana²⁴, por las cuales se puede repatriar/expulsar –en un breve período de tiempo y con una escasa tramitación- a los extranjeros que acceden de forma irregular a España. Diariamente vemos en las noticias las redadas policiales en la frontera con Ceuta y Melilla para detectar a los MENA que se esconden en camiones y otros medios de transporte.

31. Estas Observaciones, dirigidas con preocupación al Estado español, han dado lugar a que la Fiscalía del Estado a través de la Unidad de Extranjería, emitiera la “Nota Interna N° 2 de 2018, Sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad”. En este documento (de acceso público a través de www.fiscalia.es) es el marco desde el cual se rebaten las preocupaciones manifestadas por el alto organismo internacional, sobre

²⁴ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

la competencia exclusiva de la fiscalía en este asunto. Considerando que dicha preocupación “parece recoger un prejuicio asentado en un sector de la sociedad española”, de acuerdo con que esta institución actúa siguiendo las órdenes del Gobierno de quien depende, de tal manera que cualquiera de las decisiones de los fiscales en materia de extranjería –como es la aplicación del art. 35 LOEX²⁵– estaría condicionada por la necesidad de proteger la política migratoria definida por el ejecutivo español.

Para la Fiscalía española esta visión es “patentemente errónea, al margen de que carece de fundamento alguno suponer que la política migratoria del Gobierno es contradictoria con la salvaguardia del interés superior del menor, pues es lo cierto que el Ministerio Fiscal español ni recibe ni puede recibir órdenes del Gobierno en ningún área de su actividad. Todo lo contrario, el Ministerio Fiscal sólo está vinculado al estricto cumplimiento de la legalidad de conformidad con lo prescrito en el art. 124 CE y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”. No obstante, se aclara en este documento que “en relación con esta cuestión, es patente que desde nuestra Unidad no puede tomarse iniciativa alguna dirigida a paliar ese sentimiento de desconfianza. Dados los términos de la Observación del Comité, sus únicos destinatarios son los poderes del Estado que tengan capacidad para promover los cambios legislativos sugeridos”, de este modo queda bastante claro a quién corresponde dicha responsabilidad: al Estado.

32. La segunda de las preocupaciones manifestadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, sobre el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica”, la Fiscalía entiende que afecta directamente al ámbito de su actividad, especialmente en dos cuestiones muy relevantes: una, concierne a los criterios de valoración por el Fiscal de la documentación presentada por los extranjeros a los efectos de decretar su mayoría o minoría de edad; y la segunda afecta a los métodos y pruebas utilizados por los facultativos para la evaluación de la edad. En este aspecto, la Nota recuerda cuáles son los principios que ordenan la actividad sobre MENA: el interés superior del menor; la aplicación de la “pro minoría” en caso de duda; y en cuanto a la naturaleza del Decreto fiscal, se destaca su carácter interlocutorio, lo que supone que puede ser revisada por el propio Ministerio Fiscal y judicialmente por cualquier orden jurisdiccional.

25 Este artículo tiene un doble espectro de incidencia: administrativo y civil. Esta doble vertiente supone que, si la determinación de la edad implica que el sujeto es menor, su dimensión será de tipo civil, al amparo del régimen de tutela que corresponda. Mientras que, si el resultado deriva en una mayoría de edad, implica a priori la aplicación del régimen sancionador de extranjería por estancia irregular, lo que puede llevar aparejado una orden de expulsión del territorio español.

33. En cuanto a las pruebas médicas, el epígrafe 6 de la Nota hace referencia a las mismas, recordando que los arts. 35.3 LOEX y 48.2 de la Ley de Asilo imponen a las “las instituciones sanitarias oportunas” el deber de colaboración con el Ministerio Fiscal en su función de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. En este sentido, se pone manifiesto la evidencia de que “no es posible que el Ministerio Fiscal imponga a un médico perteneciente a las instituciones sanitarias oportunas, cuáles han de ser las pruebas a practicar, los métodos valorativos y el contenido del dictamen. El desiderátum es que los médicos se ajusten, como recoge el Protocolo Marco MENA siguiendo las indicaciones del Defensor del Pueblo, a las Recomendaciones sobre métodos de estimación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Documento de buenas prácticas entre los institutos de Medicina Legal, 2010)”²⁶.

Conviene analizar una norma jurídica que, aunque no está dirigida específicamente a los menores, nos sirve para fundamentar la crítica que sostenemos respecto al procedimiento de determinación de la edad. Se trata de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica²⁷, que reconoce en su art. 2, como principio básico, la dignidad de la persona humana -sin distinguir en ningún momento sobre edad, nacionalidad, raza, etc.- y al mismo tiempo, reconoce una serie de derechos fundamentales, como la autonomía, información, el derecho a la intimidad, los cuales han de ser garantizados en el ámbito de la sanidad.

34. Como medio para respetar la autonomía del paciente, esta Ley señala el consentimiento libre y voluntario del paciente, en sus arts. 8 y 9, lo que incluye a los menores, recociéndoles su derecho a tal efecto. De modo que al practicar las pruebas médicas que han de determinar la edad, estos menores deben prestar su consentimiento en virtud del art. 9.4 si tienen 16 años o más, justo la franja de edad que más dudas genera respecto a la minoría de edad. De igual forma lo requiere el art. 12.4 de la LOPJM, por lo que es preceptivo que para las pruebas que hayan de realizarse al menor se exigiera previamente su consentimiento informado,

²⁶ Vid. Nota Interna núm. 2 de 2018, Sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad, p. 11. Hay dificultades para reconocer a los menores como tales, sin que prevalezca el hecho de ser inmigrante; así, se antepone la nacionalidad a la edad y esta es, en parte, la consecuencia de que ante la más mínima duda se intenta fijar la mayoría de edad. Tanto los especialistas forenses, en su Documento de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España como el Defensor del Pueblo han expresado su preocupación sobre la excesiva exposición de los menores a radiaciones ionizantes con fines únicamente periciales, sin proceder a una comprobación anterior de los datos del Registro Central de Menores Indocumentados y sin proceder a un cruce de datos tanto de los Cuerpos de Seguridad del Estado como de las instituciones sanitarias.

²⁷ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

afirmando el respeto a su dignidad y sin que suponga en ningún momento un riesgo para su salud²⁸.

Con independencia de la agilidad que debe presidir el procedimiento para la determinación de la edad, no puede obviarse el derecho que toda persona tiene a ser oída, en estos casos el presunto menor de edad. No obstante, las investigaciones realizadas por el Defensor del Pueblo 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, en todos los casos, para la realización de estas pruebas. Como bien apunta LA FONT NICUESA, la cuestión más conflictiva en relación con los expedientes de determinación de la edad en los casos dudosos, radica en cómo resolver la contradicción existente entre la fecha de nacimiento que figura en un documento que se contradice con el resultado de otras pruebas practicadas, sin dudas, una cuestión polémica donde las haya²⁹.

2. El papel de La Unión Europea.

35. En el contexto comunitario el objetivo ha sido gestionar el fenómeno migratorio desde la cooperación de los Estados miembros, de ahí que siga siendo un problema enquistado, pues son éstos los que siguen teniendo competencias para gestionar y controlar los flujos migratorios en sus territorios, de acuerdo con su normativa interna. No obstante, es necesario tener en cuenta que tanto del Derecho originario, como el Derecho derivado de la UE incluyen normas, de distinto alcance, que regulan aspectos relativos a la protección de los menores, partiendo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su art. 24.2 consolida el “el interés superior del menor”, como principio básico que ha de guiar a los Estados miembros en sus actuaciones respecto a los niños y niñas que se encuentran en Europa³⁰.

28 Sobre este aspecto, *vid.* el análisis realizado por PELÁEZ FERNÁNDEZ, P.: “Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España...”, pp. 59-60, texto disponible en <http://www.eduso.net/res/winarcdoc.php?id=1158>, (consultado el 09/08/2020). En apoyo a las críticas al sistema español tuvimos oportunidad de exponerlo en ORTEGA GIMÉNEZ, A. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.: “Efectos jurídicos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. La polémica que no termina”, en CEBRIÁN SALVAT, M. A./LORENTE MARTÍNEZ, I. (coords): *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 19-34. Desde un punto de vista comparado, entre el sistema español y el que se aplica en Italia a efectos de proteger a los MENAS. *Vid.* ORTEGA GIMÉNEZ, A. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.: “Difficulties and detrimental effects in the determination of the age of unaccompanied foreign minors, legal protection in Spain and Italy”, *International Journal of Law, Policy and Social Review*, Volume 2, Issue 2, 2020, pp. 4-14.

29 *Vid.* LA FONT NICUESA, L.: *La determinación de la edad del presunto menor extranjero. Pasaporte contra pruebas médicas. Aspectos civiles, penales y contenciosos administrativos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 29.

30 Resulta muy interesante, por lo actual y completo de su contenido, el análisis realizado por VELASCO RETAMOSÁ, J. M.: “La protección de menores extranjeros en la Unión Europea: situación actual y desafíos de futuro”, en VELASCO RETAMOSÁ, J. M. (dir): *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 85-113. También, el artículo publicado por DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: “Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores no acompañados. Un estudio a la luz

En el Derecho derivado varias normas de Derecho internacional privado dan cuenta del interés demostrado por parte de las instituciones comunitarias respecto a cuestiones claves de la vida de los menores en el ámbito familiar, así contamos con varios Reglamentos comunitarios que regulan aspectos relativos a la responsabilidad parental, alimentos, sustracción internacional, entre otros, donde destaca especialmente el Reglamento 2201/2003³¹ cuya pretensión enfoca hacia la pretendida unificación el Derecho de Familia en la UE. Además, debemos tener en cuenta el conjunto de Directivas dirigidas a armonizar las normas estatales para la erradicación de la violencia sobre los menores, así como para favorecer el acceso a procedimientos ágiles en materia de asilo y protección internacional.

Y por último, la Carta Europea de los Derechos del Niño³², que a pesar de su carácter no vinculante, reconoce expresamente que la minoría de edad debe ser entendida como un momento determinante en la vida de cualquier persona, quedando los Estados obligados a garantizar y defender los derechos de los menores bajo cualquier circunstancia.

36. En definitiva, el centro del problema radica, en nuestro criterio, en que la UE no tiene competencias para regular directamente esta cuestión, su papel es el de promover y apoyar la actuación coordinada entre los Estados para garantizar que los menores no queden en situación de desprotección, tanto si son extranjeros como si no lo son. Por tanto, no puede de momento, generar normas de aplicación directa ya que la materia migratoria y la regulación de la inmigración de menores extranjeros es competencia de los Estados miembros.

V. CONCLUSIONES.

37. Sin lugar a dudas la determinación de la edad de los extranjeros indocumentados es un aspecto de especial interés dentro del fenómeno de la inmigración irregular y de los menores inmigrantes. La minoría de edad constituye la base y la justificación de un tratamiento más favorable que resulta especialmente importante en el caso de los menores extranjeros no acompañados. Esto hace enormemente relevante la cuestión de la exactitud, la seguridad y la certeza en la determinación de la edad de aquellos extranjeros que dicen ser menores de dieciocho años. En multitud de casos el propio menor tiene que defender su condición de tal frente a actuaciones de la Administración que ponen en duda su minoría de edad y vulneran sus derechos. Entra aquí en juego la cuestión de la documentación del menor y de la validez que se le otorgue, y su confrontación con las pruebas médicas de determinación de la edad. Es lo que se aprecia en la

de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos fundamentales, *REDF*, núm. 26. 2015, pp. 79-109.

31 DOCE de 23 de diciembre de 2003.

32 DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992.

SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020, en un primer momento se le prestó atención inmediata al extranjero hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación que demuestre su minoría de edad, se procedió a archivar el expediente.

38. La determinación de la edad desde el punto de vista de las normas de extranjería repercute en la situación jurídica del inmigrante. Si se determina que es mayor de edad se convertirá en un extranjero indocumentado y en situación irregular, siendo objeto de un expediente sancionador por estancia irregular en España y que dará lugar, muy probablemente a su expulsión. A pesar de la importancia que encierra la determinación de la edad a efectos civiles, administrativos y, puntualmente, penales, el ordenamiento jurídico español carece de una regulación coherente y que proporcione un procedimiento unificado de actuación con efectos jurídicos transversales respecto a todos los aspectos de la vida de los MENAs, especialmente de aquellos cuya minoría de edad es dudosa, no sólo por su apariencia física, sino también por la documentación que portan para acreditarlo, ya la que las autoridades no le dan credibilidad.

39. La edad y la identidad del extranjero normalmente se prueba por medio de un documento identificativo, como ser el pasaporte u otro documento válido. Junto con el grupo de medios de prueba que podemos denominar jurídicos, existen otro tipo de pruebas de carácter médico más problemáticas. El método que cuenta con más difusión se llama Greulich y Pile, aunque también se utiliza otro muy similar denominado *Tanner-Whitehouse*. En la SAP de Barcelona de, 24 de enero de 2020, el Tribunal manifiesta que el apelante fue sometido a una serie de pruebas médicas que indicaban una edad superior a la que se podía deducir de la documentación presentada, por lo que se confirma la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia que acordó el cierre del expediente de desamparo y el ingreso del demandante en un centro de protección hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación.

40. A pesar de que contamos con normas jurídicas de naturaleza civil, de naturaleza administrativa (Derecho de extranjería) y de Derecho internacional público, entre otras, que comprometen al Estado español en la protección de los menores a unos niveles elevados, falta congruencia en la actuación para determinar su edad. Si miramos hacia la UE podemos constatar que, hoy día, no contamos ni contaremos con una normativa institucional específicamente aplicable por los Estados miembros, con carácter obligatorio y coherente, que asegure los derechos de los MENAs.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO CHOFRÉ, L.: "Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.

ARMENTEROS LEÓN, M.: "Análisis del tratamiento jurídico previsto para los menores extranjeros en situación irregular", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, núm. 2017, 2006.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, Granada Comares, vol. II, 2018.

CEBRIÁN SALVAT, M. A. en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.) y ESPÍN GRANIZO, J. (coord.): *Comentarios de las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 6º (2013-2014), BOE- Dykinson, Madrid, 2016, pp-367-376.

COBAS COBIELLA, M. E.: "Menores y extranjería: situaciones de regularización", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, julio 2015.

DE PALMA DEL TESO A. y GONZÁLEZ GARCÍA, A.: "La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del tribunal supremo", *Revista Jurídica de Catalunya*, N°3, 2015, pp. 38-65, disponible en <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2015/11/Art%C3%ADculo-determinaci%C3%B3n-de-la-edad.pdf>, consultado el 15/08/2020.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: "Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores no acompañados (un estudio a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos fundamentales)", *REDF*, núm. 26, 2015.

DURÁN RUIZ, F. J.:

- "Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales", *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2011.

- "Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros", *Revista Trace. Travaux et recherches dans les Amériques du Centre*, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, núm. 60, texto disponible en <https://journals.openedition.org/trace/1723#text>, consultado el 30/01/2020.

FUENTES SÁNCHEZ, R.: "Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)", Azarbe: *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, núm. 3, 2014.

LA FONT NICUESA, L.: *La determinación de la edad del presunto menor extranjero. Pasaporte contra pruebas médicas. Aspectos civiles, penales y contencioso administrativos*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, 2009.

ORTEGA GIMÉNEZ, A. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.:

- "Critical Analysis of the Process of Determination of the Age of Unaccompanied Foreign Minors in Spain", *International Journal of Latest Research in Humanities and Social Science (IJLRHSS)*, Volume 03- Issue 03, 202.

- "Difficulties and detrimental effects in the determination of the age of unaccompanied foreign minors, legal protection in Spain and Italy", *International Journal of Law, Policy and Social Review*, Volume 2, Issue 2, 2020.

- "Efectos jurídicos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. La polémica que no termina," en CEBRIÁN SALVAT, M. A/LORENTE MARTÍNEZ, I. (coords.): *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., HEREDIA SÁNCHEZ, L. y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho*, Difusión Jurídica, Madrid, 2020.

PELÁEZ FERNÁNDEZ, P.: "Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono", *Revista de Educación Social*, núm. 27, julio-diciembre 2018, texto disponible en <http://www.eduso.net/res/winarcdoc.php?id=1158>, consultado el 01/08/2020.

PERAZZO ARAGONESES, C. y ZUPPIROLI, J.: *Los más solos*. Save the Children. España. 2018. disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los_mas_solos_vok.pdf, consultado el 30/07/2020.

VELASCO RETAMOSA, J. M.: "La protección de menores extranjeros en la Unión Europea: situación actual y desafíos de futuro", en VELASCO RETAMOSA, J. M (dir): *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.