

DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS Y LA DETERMINACIÓN DE SU EDAD: CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES¹

Francisco Javier Durán Ruiz
Universidad de Granada

La determinación de la edad es una cuestión vital y apriorística 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 expulsión², 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.

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. Sobre esta base, la presente comunicación se centra en el análisis de los protocolos y procedimientos seguidos para la determinación de la edad de los menores extranjeros, sus consecuencias jurídicas y las posibilidades de defensa del menor ante estos actos, tratando de resolver las dudas suscitadas sobre la jurisdicción competente y de ofrecer soluciones desde el derecho a las situaciones de indefensión en que se encuentran frecuentemente estos menores.

1. RELEVANCIA DE LA EDAD EN GENERAL Y ESPECIAL RELEVANCIA EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN PARTICULAR

El desarrollo de un ser humano se categoriza temporalmente en diversas fases, atendiendo a la evolución tanto física como psicológica que éste va experimentando, fases que permiten el estudio de la evolución física y psicológica del menor. El ordenamiento jurídico desde sus inicios ha sabido arbitrar mandatos y normas, muchas veces codificación de otras de carácter consuetudinario, para otorgar un régimen peculiar al sujeto en formación, sobre todo en los últimos tiempos en los que éste ha sido reconocido cada vez más como individuo. Le ha dotado de un régimen adaptado a estas particulares características y necesidades vitales, otorgándole una protección que coloque al individuo en las mejores condiciones en su larga etapa de conformación física, intelectual y cultural. Evidentemente, esto no quiere decir que históricamente haya existido un elenco sistematizado de derechos del niño. Esta preocupación no se ha desarrollado hasta tiempos muy recientes, concretamente desde la década de los 70 del siglo pasado.

El criterio empleado para la aplicación de este régimen jurídico particular de las personas previo a la adultez o mayor edad, no puede ser otro que la edad del sujeto, puesto que la regulación que se ha hecho por el Derecho atiende a esta contabilidad del tiempo de vida de cada persona, para otorgarle determinados efectos que en cambian según el estado de madurez alcanzado.

La edad, como tiempo que transcurre desde el nacimiento de un individuo hasta un momento determinado de cómputo, se asocia con un concreto estado de madurez de la persona, ya que, si el desarrollo del sujeto es normal y adecuado, alcanzará un nivel de madurez semejante a aquellos que tienen su misma edad. No obs-

¹ La presente comunicación constituye el desarrollo de una investigación realizada en el marco de la Cátedra de Investigación Santander "Derecho y Menores" de la Universidad Pontificia de Comillas (Inv. Principal Isabel Lázaro).

² Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de noviembre de 2005, anula la resolución de expulsión por el procedimiento preferente de un menor de edad nacional de Ghana, debida a un error al consignar la fecha de nacimiento, tras probarse la minoría de edad a través del pasaporte del menor y del testimonio de una trabajadora social de la Cruz Roja.

tante, debe recordarse que este nivel de madurez cambia a menudo en las diferentes culturas, donde, siendo la esperanza de vida más baja y la edad de emancipación, incorporación al mercado de trabajo y matrimonio más tempranas, la madurez se alcanza por fuerza antes y esto queda reflejado en sus ordenamientos jurídicos.

No obstante lo anterior, el Derecho internacional ha puesto como límite genérico de la minoría de edad los dieciocho años, como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989³.

Esta referencia se incluía ya en la legislación de una amplia mayoría de estados⁴, como el español, cuya Constitución dispone en el art. 12 que «los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»⁵, y a su vez el Código Civil sitúa en su art. 315 la mayoría de edad en los dieciocho años, al manifestar que «La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos».

Por otro parte, la referencia a la ley aplicable que abre la posibilidad de una adquisición más temprana de la mayoría de edad a la que hace referencia el art. 1 de la CDN supone la positivización de la «salvaguarda cultural» motivada por los diferentes procesos de maduración del niño conforme a su cultura a que hemos hecho referencia. La legislación de cada país puede decidir, como ocurre en España en los casos de emancipación por matrimonio del menor, concesión de los que ejercen la patria potestad o concesión judicial (art. 314 del Código Civil).

En este momento, los dieciocho años, es donde se coloca la ficción jurídica objetiva de la mayoría de edad. Al llegar a esta edad el sujeto, ya totalmente desarrollado en sentido físico e intelectual, al menos para el ordenamiento jurídico, puede ejercitar la totalidad de los derechos que hasta el momento ostentaba, pero cuyo ejercicio en muchos casos dependía de la actuación de terceras personas⁶, ya fuesen estas de carácter público o privado. Los conceptos de menor de edad y su opuesto, el de mayor edad, y también el de menor emancipado, surgen de la generalización de la edad como criterio estructurador de la regulación en materia de menores (Ruiz Huidobro, 2002). Caracteriza este autor la mayoría de edad como la condición de quien, a efectos jurídicos, puede valerse por sí mismo; la minoría de edad, por contra, sería la condición del individuo que no puede valerse por sí mismo; el menor emancipado es la situación intermedia del que, siendo objetivamente menor de edad, es habilitado como si fuera mayor de edad⁷.

³ Art. 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño, «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

⁴ Cada vez son más los Estados que modifican su legislación para reducir la mayoría de edad desde a los dieciocho años. El último caso lo tenemos en la República Argentina, que redujo de veintiún a dieciocho años la mayoría de edad en noviembre de 2005.

⁵ En España, antes de la redacción de la Constitución, una de las primeras normas de la transición democrática fue Real-Decreto-Ley 33/1978, de 16 de Noviembre, sobre mayoría de edad (publicado en el BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1978), fue la que fijó la adquisición de la mayoría de edad en los 18 años, puesto que con la Ley de 13 de diciembre de 1943 ese límite de edad había quedado establecido en los 21 años. En su Exposición de motivos alegaba la norma que los inmensos avances experimentados por la sociedad española en los campos económico, social y cultural «han incorporado ya de hecho al protagonismo de la vida española, tanto en el campo público como en el privado, a los jóvenes que, sin alcanzar los 21 años, ostentan ya plena capacidad física, psíquica, moral y social para la vida jurídica, sin necesidad de los mecanismos de representación o complemento de capacidad. De todo este contexto social surge, pues, la necesidad de establecer un nuevo límite de mayoría de edad, que debe cifrarse en los 18 años, como ya han llevado a cabo otros ordenamientos del marco europeo».

⁶ Esto puede verse incluso en las acepciones que recoge el diccionario de la Real Academia Española de los términos «menoría» o «menoridad»: «2. Edad del hijo de familia o del pupilo en que no puede aún disponer de sí y de su hacienda. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, vigésima segunda edición 2001 (segunda tirada, corregida, noviembre de 2004), T. II, p. 1487.

⁷ Para este autor, la edad de los dieciocho años tiene esta importancia cualitativa y cuantitativa en la situación legal de las personas porque supone el reconocimiento general e ilimitado, desde el punto de vista jurídico, de la capacidad de autogobierno. Pero, precisamente por el carácter de evolución progresiva de la adquisición de la capacidad natural de las personas, la consideración del límite de los dieciocho años como determinante de una drástica separación entre dos situaciones jurídicas totalmente diversas, distorsionaría demasiado la correspondencia entre la capacidad y la edad. Si se tiene una consideración realista de las cosas, la fijación de un límite legal de edad para la obtención de la mayoría de edad no puede suponer la asociación de una alteración tan radical de la situación jurídica de una persona a instante de razón que, en la vida real, apenas si supone variación alguna en la capacidad natural de esa persona. Además, mientras que en algunos aspectos la evolución y adaptación de los menores es cada vez más rápida (el ejemplo más claro quizás sea la adaptación a las nuevas tecnologías), en otros, como la emancipación real de la dependencia económica del menor o mayor de edad de la familia, se está retardando cada vez más en España abriendo una preocupante grieta entre la edad a la que se está capacitado legalmente para tomar todo tipo de decisiones y la tutela real de los padres que se produce al mantenerse la dependencia económica. Según las Conclusiones del I Congreso Nacional de Educación en valores, celebrado en Valencia los días 24, 25 y 26 de febrero de 2005 y organizado por la Fundación de la Solidaridad y el Voluntariado de la Comunidad Valenciana (FSVCV) y la Universidad de Valencia, «la edad de emancipación de los jóvenes españoles se sitúa actualmente en los veintinueve años de edad» (dichas conclusiones pueden consultarse en la dirección electrónica http://www.educosites.net/Congreso_Educacion_Valores.htm). Esta media está muy alejada de la edad de los dieciocho años en que oficialmente se adquiere la mayoría de edad. Tal dato no hace más que poner de relieve la brecha existente entre realidad y Derecho y la relativa importancia en muchos casos de la ficción jurídica de la frontera estricta entre la minoría y la mayoría de edad. En los últimos años y en el contexto de la crisis económica, la edad de emancipación se está retrasando aún más, aunque es anterior para las personas inmigradas. Un factor importante, es la falta de independencia económica. Según el *Informe sobre la Juventud en España* elaborado por el INJUVE en 2008, «la economía de los y las

No obstante esta «línea roja» que supone el paso de la minoría a la mayoría de edad, como abismo que separa de forma neta dos realidades jurídicas absolutamente diversas, ha sido puesta en entredicho por parte de la doctrina. Así, algunos autores (v.gr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1992) plantean que el paso de la menor a la mayor edad no constituye, ni desde el punto de vista de los hechos ni desde el punto de vista del Derecho, un corte tan tajante y radical como en un primer momento pudiera parecer, ya que a ambos lados de la frontera legal existen dispositivos que lo suavizan y le dan un contenido hasta cierto punto progresivo, sin que ello desmerezca el hecho de que la edad de los dieciocho años sea la «frontera legal» y la cualitativa y cuantitativamente más importante de entre las que el ordenamiento recoge.

Como hemos apuntado, se encuentra incluso constitucionalizada esta circunstancia en el art. 12 de la Constitución española. Precisamente el carácter de ficción jurídica que supone la asociación de una realidad cualitativa (la adquisición de la capacidad natural) a otra cuantitativa como es el cumplimiento de una edad prefijada, motiva que, aunque las cosas puedan parecer *ab initio* así de tajantes, en la realidad práctica -y a imagen y semejanza de esta, en la jurídica-, la ruptura entre las dos situaciones sea mucho más suave, y se produzca en un espacio de tiempo mucho más prolongado.

En el propio campo jurídico, hay muchos cambios en cuanto a la capacidad de actuación del individuo que en determinados casos pueden adelantarse a los dieciocho años. En este sentido, algunos autores (el primero TOLIVAR ALAS, 1991), habla de la «relevancia jurídica del escalonamiento en la menor edad», explicando desde la casuística legal cómo el niño, desde que comienza a poseer capacidad jurídica -a las veinticuatro horas del alumbramiento según el art. 20 del Código civil-, hasta que cumple los dieciocho años es progresivamente facultado por el Ordenamiento para el desempeño de funciones, con estimación de su voluntad, en conductas que, paulatinamente, van haciendo operativa y relevante para el Derecho la capacidad inherente a la personalidad. Este escalonamiento, según el mismo autor «obedece a un tratamiento lógico de la evolución humana, en la que el juicio y la capacidad de discernimiento van formándose gradualmente durante la niñez y la adolescencia». Asimismo, la diversidad de trato a los menores de edad, responde también a la necesidad de proporcionarles una protección más proporcionada y efectiva.

2. LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS ANTE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA EDAD ANTE LA JUSTICIA PENAL

La cuestión de la determinación de la edad resulta particularmente importante en el marco de los procedimientos de carácter penal, en los que constituye una prueba decisiva y determina la aplicación de regímenes jurídicos muy distintos dependiendo de si la persona que comete el delito es menor o mayor de edad, por lo que en estos casos las garantías en las pruebas médicas de determinación de la edad deben extremarse. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de julio de 2005 anula las pruebas realizadas para determinar la edad de un menor en el marco de un proceso penal por no haber intervenido en su realización la defensa del menor y por no concretar el expediente las técnicas empleadas para determinar la edad, ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento procesal anterior a la realización de la prueba para realizarla con todas las garantías.

No podemos olvidar que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, excluye de la responsabilidad penal a los menores de catorce años, remitiéndoles a la normativa sobre protección de menores -competencia de las Comunidades Autónomas, según su artículo 3:

Quando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

En el ámbito administrativo, y especialmente en lo relativo a la impugnación de las resoluciones administrativas dirigidas a la repatriación de los menores extranjeros no acompañados («reagrupación familiar asistida, según la Ley y el Reglamento de Extranjería»), la edad del menor es una cuestión fundamental.

Así, frecuentemente la edad de los menores extranjeros no acompañados tutelados por la administración ha sido una causa (o excusa) para que se inadmitan en vía judicial sus pretensiones de anulación de una decisión gubernativa de repatriación. La falta de capacidad procesal del propio menor y/o la ausencia de legitimación procesal de la asociación que pretende defender los intereses de aquel derivada de la falta de capacidad jurídica del menor de edad han sido motivos de inadmisión de las demandas de los menores en vía contencioso-administrativa frente.

La cuestión de la legitimación procesal del menor y de la admisión de la demanda frente a la resolución de repatriación estriba en la falta de legitimación procesal del menor para comparecer por sí ante los Tribunales de Justicia o por medio de abogado que lo represente y defienda como motivo de inadmisión de la demanda en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No obstante los mayores problemas no se han dado en este ámbito, puesto que los tribunales han rechazado habitualmente la solicitud de inadmisión de la respectiva Subdelegación del Gobierno que pretendía ejecutar la repatriación acordada. Lo han hecho recurriendo al art. 18 de la Ley 29/1998, que otorga capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil:

a los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

La postura de la Abogacía del Estado y de la representación letrada de la Comunidad Autónoma (habitualmente codemandadas en estos procesos) se basa justamente en interpretar este artículo para pedir la inadmisión de la demanda, al considerar que la comparecencia en juicio no está incluida dentro del ámbito del art. 18 LCA, y que el menor necesitaría para ello de la asistencia de la persona que ejerce la patria potestad, en este caso, la Comunidad Autónoma que ostenta la tutela del menor extranjero no acompañado. Esto determinaría la inadmisibilidad del recurso en aplicación del art. 69.b LCA⁸.

Sin embargo, como pone de manifiesto la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 15 de Madrid, de 27 de abril de 2007 tras citar el art. 18 LCA:

mal se le podría negar capacidad para promover y comparecer en éste (el juicio), cuando lo que se está poniendo en cuestión es, ni más ni menos, que un derecho tan personal, o personalísimo, como el de devolverlo a su país de origen; sobre todo si advertimos, como después se razonará, que esa devolución o repatriación se ha llevado a cabo bajo un procedimiento que, a lo que parece, no ha respetado unas mínimas garantías de publicidad, imparcialidad y audiencia del afectado». No entenderlo así, sigue exponiendo la Sentencia, supondría que esta previsión de la LCA quedase vacía de contenido, puesto que la propia exposición de motivos de la LCA aclara que «lo que se pretende es que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar (concepto comprensivo de los derechos subjetivos, pero más amplio), pueda verse privado del acceso a la justicia.

En otras ocasiones, como en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid, de 22 de octubre de 2007, se desestima esta causa de inadmisión alegando que el menor tiene «juicio suficiente», razonamiento que cobra más fuerza en los casos (la mayoría) en que cuenta con más de dieciséis años, edad en la que el Código Civil permite la emancipación del menor, lo que implica un reconocimiento del legislador de la mayor capacidad para regir su persona de los mayores de dieciséis años.

Esto se completa con otro argumento en caso de que la impugnación de la resolución de repatriación se fundamente en la vulneración del derecho a ser oído del menor, puesto que, como apunta la Sentencia indicada:

la tutela judicial efectiva obliga a acoger la capacidad del menor para plantear este recurso, en el que se cuestiona precisamente el incumplimiento del derecho a ser oído, pues de otra forma se excluiría la posibilidad de controlar el respeto del derecho en el ámbito jurisdiccional, si es infringido por los mismos que han de velar por su cumplimiento.

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006 -en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales 1/06 que terminaría resolviendo el Tribunal Constitucional-, hila una completa argumentación a favor de la capacidad del menor, que adoptan como fundamentación jurídica otras como la Sentencia del Juzgado C-A núm. 25 de Madrid, de 6 de noviembre de 2006, basada en el carácter de acción personalísima de la impugnación de la resolución de repatriación, puesto que afecta a los derechos fundamentales del menor, así como en el carácter progresivo de su desarrollo y el concepto de «menor maduro»⁹.

⁸ Artículo 69 LCA. «La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: b. Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada».

⁹ La argumentación completa de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 14 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006, es la que sigue: «podría entenderse que el menor tenía capacidad suficiente para ejercer por sí mismo su derecho, al tratarse de una acción personalísima afectante a su esfera personal, familiar o social, nombrando Letrado de su confianza que le represente en juicio, al amparo de lo prevenido en el artículo 18 de la LCA, en relación con lo dispuesto en el artículo 162.1º del Código civil («los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»), el menor tiene capacidad procesal suficiente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para la defensa de sus derechos fundamentales que invoca en el presente procedimiento, dado el carácter personalísimo de los mismos, así como la edad y madurez de aquél. En este sentido, debemos recordar que cabe diferenciar diversas etapas en la capacidad de obrar del menor, habiéndose acuñado en la doctrina el término «menor maduro». Así el menor tiene una capacidad de obrar progresiva y, aún siendo menor, puede realizar diversos actos jurídicos con plena validez y eficacia, dependiendo de la edad que ostente, como otorgar testamento, contraer matrimonio en determinadas circunstancias, formalizar contratos de trabajo a partir de los 16 años o instar su emancipación, prestar consentimiento informado en intervenciones médicas sobre su persona en el ámbito de su derecho a la salud (cuestión no resuelta expresamente por nuestro Derecho, pero contemplada en Derecho comparado en países de nuestro entorno). En esta línea, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), en su artículo 12 expresa que «Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del

Otro argumento que aporta la jurisprudencia a favor de reconocer capacidad procesal a los MENAs para recurrir -por sí mismos o mediante representante- la resolución que ordena su repatriación lo apunta la Sentencia del Juzgado C-A núm. 25 de Madrid, de 6 de noviembre de 2006, y consiste en la interpretación restrictiva que debe darse a las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores según la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor¹⁰.

En esta Sentencia se planteaba una cuestión más, puesto que la incapacidad del menor, de nacionalidad marroquí, que la parte demandada alegaba como causa de inadmisión del recurso, derivaba de la falta de capacidad de su madre por sí sola (sin la asistencia de su marido) para otorgar el poder notarial para capacitar a su vez al menor, según la ley marroquí. Este argumento también se rechaza de plano en la Sentencia, puesto que en este caso, la aplicación de la ley personal determinada por la nacionalidad, conforme al art. 9 del Código civil, choca contra el orden público español, al suponer una discriminación por razón de sexo prohibida por nuestra Constitución.

La cuestión de la legitimación procesal ha llegado recientemente hasta el Tribunal Constitucional, tras varias Sentencias de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que niegan capacidad procesal a los menores y denegaban, por este motivo formal, sus recursos frente a las respectivas resoluciones de repatriación. Así, la Sentencia de 11 de abril de 2007 del antedicho Tribunal, ratifica el Auto de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo madrileño inadmitiendo el recurso presentado frente a la resolución de repatriación de un menor marroquí de 16 años, en el curso de un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. El Juzgado en primera instancia requirió al Procurador para que acreditara la representación del menor que decía ostentar en el recurso, y cuando éste se presentó en el Juzgado con el menor para otorgar apoderamiento *apud acta*, el Secretario Judicial no lo admitió debido a la edad del menor pues, según el Tribunal, debería haber acudido la persona del Instituto Madrileño del Menor y la Familia que ostentase su representación legal para el otorgamiento válido de la misma, ya que el menor se encontraba en situación de desamparo y tutelado por la Comunidad de Madrid.

En su fundamentación, y tras dejar sentado que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación de configuración legal, que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador ordinario establece, la Sentencia del TSJ de Madrid de 11 de abril de 2007 expone los presupuestos inexcusables para el ejercicio de la acción por parte del recurrente -capacidad para ser parte, capacidad procesal y postulación-, para terminar afirmando que el recurso se interpuso por el Procurador sin mandato representativo de ninguna clase, debido a la incapacidad del menor para otorgarlo, y manifestar que sólo podría haber sido otorgado tal mandato quien ostente la patria potestad (la madre del menor) o el Instituto Madrileño del Menor y la Familia que es quien tenía atribuida su tutela.

En el mismo sentido y con idénticos argumentos se pronuncia dicho Tribunal en Sentencia de 18 de abril de 2004, revocando en este caso un Auto de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo que había ratificado la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución de repatriación de un menor marroquí de 16 años, en el curso de un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Revoca el Auto por la incapacidad procesal del menor y la consiguiente inexistencia de representación alegada por su Letrado, sin llegar a pronunciarse sobre la vulneración de los derechos fundamentales del menor que se achacaba a la resolución de repatriación dictada por la Delegación del Gobierno. Permítase la autorremisión para ver un análisis de mayor profundidad sobre estas cuestiones (Durán, 2009).

Por otra parte, también en el caso de los menores extranjeros no acompañados bajo tutela de una administración pública (de las CCAA, según la LO 1/1996, de protección jurídica del menor) por haber sido declarados en situación de desamparo, la edad ha sido causa de conflicto en los casos en que el interés subjetivo del menor chocaba contra el interés de su tutor legal, perteneciente a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma que había asumido la representación legal del menor tras haber declarado la situación legal de "desamparo" del mismo según el artículo 172 del Código Civil y la legislación autonómica aplicable.

En estos casos, el interés subjetivo del menor contrario a la reagrupación con su familia en el país de origen no estaba representado, puesto que se tenía en cuenta únicamente el aval prestado por su tutor legal a la repatriación pretendida por la misma Administración a la que pertenecía dicho tutor, impidiéndose a un tiempo la existencia de otra persona o entidad que defendiese al menor ante la repatriación.

niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente, o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional".

¹⁰ Argumenta la Sentencia que «la conclusión que aquí mantenemos de que el menor dadas sus condiciones de edad y madurez, tiene capacidad de obrar suficiente para reclamar ante este orden jurisdiccional y por sí mismo la defensa de los derechos de la personalidad, los cuales pueden relacionarse con los Derechos Fundamentales de la Constitución o protegibles en amparo, tienen fundamento no sólo en los argumentos expuestos, sino que resulta conforme con el principio general recogido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), conforme al cual "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

Esta cuestión llegó hasta el Tribunal Constitucional español, que declaró, en sendas Sentencias, las número 183 y 184, de 22 de diciembre de 2008, que este proceder provocaba la indefensión del menor y vulneraba el artículo 24 a la Constitución, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva (en este caso frente a las decisiones de la Administración) en su vertiente del acceso a la jurisdicción. A raíz de estas dos Sentencias, el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, Ley de Extranjería española, fue modificada en este aspecto por la Ley Orgánica 2/2009, estableciendo que debía darse separadamente audiencia por sí mismos o mediante el representante que designen a los extranjeros menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años en los procedimientos administrativos o judiciales relativos a su repatriación. En el caso de menores de dieciséis años con madurez suficiente, que manifiesten una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se establece el nombramiento de un "defensor judicial" ajeno a la Administración tutora para su representación. Así, se ha reconocido en este ámbito capacidad jurídica a los menores de edad, bien para defender sus intereses o nombrar a un representante de los mismos, bien a través de una figura pensada para defender los intereses del menor como la del defensor judicial previsto en el Código civil tiempo atrás, aunque ciertamente no para estos supuestos.

3. DETERMINACIÓN Y PRUEBA DE LA EDAD: PASAPORTE FRENTE A PRUEBAS MÉDICAS

La edad del extranjero normalmente se prueba, como su identidad, por medio de un documento identificativo, usualmente 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.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1, de Santander, de 6 de mayo de 2004, 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. La fecha de nacimiento establecida por la prueba ósea se contradecía con la minoría de edad que derivaba del pasaporte del supuesto menor y de la tarjeta de residencia que se le había expedido conforme a aquel.

La clave de este supuesto se encuentra, como manifiesta la fundamentación jurídica de la mencionada Sentencia, en la distinción que realiza la Ley de Enjuiciamiento Civil entre los documentos puramente públicos (incluidos en su art. 317) y los documentos oficiales (a que se refiere el art. 319.2). Su diferencia fundamental radica en su fuerza probatoria. Mientras que los documentos públicos acreditan por sí mismos su autenticidad (conforme al art. 319.1 LEC), los documentos oficiales -como son el pasaporte¹¹ o la tarjeta de residencia- sólo establecen una presunción de veracidad, una presunción *iuris tantum*, que por lo tanto puede ser desvirtuada mediante otros medios de prueba. La parte que niega la veracidad de dichos documentos -en este caso la Administración- es la que debe probar su inexactitud.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1, de Santander, de 6 de mayo de 2004 concluye, siguiendo la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal, que una prueba de determinación de la edad ósea no puede por sí misma desvirtuar la presunción de veracidad derivada del pasaporte, puesto que tal prueba no es en absoluto definitiva, sino que tiene un carácter complementario y además permite el error.

Ésta presunción de validez de la documentación oficial, sin embargo, puede derrumbarse si existen indicios de falsedad en la documentación. Así, la Circular 2/2006, del Fiscal General del Estado, de 27 de julio sobre «diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España», dispone que «Cabrá igualmente autorizar la práctica de las pruebas de determinación de la edad cuando, pese a la exhibición de documentación, ésta presente indicios de falsedad, y simultáneamente existan dudas sobre si el extranjero efectivamente ha alcanzado los dieciocho años». Tal es el caso del Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 24 de julio de 2008, que, a efectos de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores declara la validez del Decreto del Ministerio Fiscal en el que se

¹¹ En el caso del pasaporte, el art. 323.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera documentos públicos a los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuirseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial (art. 323.2 LEC), se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: a) Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio, y b) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. Marruecos no es parte del Convenio de La Haya por el que se suprime la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros (del que España es parte, en virtud del Instrumento de Ratificación de 25 de septiembre de 1978). Pese a ello, el pasaporte por su propia naturaleza de documento público con validez internacional destinado a permitir el cruce de fronteras, no necesita de legalización o apostilla para ser válido, como bien apunta el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 24 de julio de 2008, que más tarde analizaremos, en su Fundamento de Derecho segundo.

fijaba la minoría de edad de un sujeto marroquí frente a la mayoría de edad que reflejaban los datos de su pasaporte falsificado.

Esta última Sentencia pone de manifiesto otra laguna del ordenamiento en cuanto a la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, que es la validez *erga omnes*, es decir, en cualquier actuación o procedimiento administrativo o jurisdiccional, que debería otorgarse al Decreto del Ministerio Fiscal estableciendo la minoría de edad de un menor, conforme a la competencia que le otorga en este sentido el art. 35 de la Ley de Extranjería. En este caso, se vuelve a discutir de la edad en el marco de un procedimiento penal cuando anteriormente se había anulado una resolución de expulsión tras aceptar la minoría de edad del sujeto determinada por Decreto del Ministerio Fiscal.

Estos casos podrían evitarse con una efectiva coordinación entre los órganos judiciales y administrativos de las Comunidades Autónomas y la Dirección General de Policía, responsable del Registro Central de Menores Extranjeros no acompañados¹². Una vez determinada la minoría de edad de un extranjero, documentalmente o a través de la correspondiente prueba médica, el dato de la edad del menor debería incorporarse al Registro de menores extranjeros no acompañados, modificando la Dirección General de Policía la documentación expedida al menor (tarjeta de residencia o NIE) para incorporar la fecha de nacimiento. Esto convertiría la documentación expedida al menor en España en un documento público de los previstos en el art. 317.6 LEC a efectos de prueba en cualquier proceso administrativo o judicial en que se vea envuelto el menor¹³, con validez probatoria plena, según el art. 319.1 LEC¹⁴.

Es necesario precisar aquí que no existe aún un método científico capaz de determinar con total exactitud la edad. Existen diversas técnicas, entre las cuales la técnica más utilizada es la denominada Greulich y Pile que se basa en el análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda, y su posterior comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades. También se suele utilizar el método TW-2, desarrollado por Tanner y Whitehouse, consistente en estimar la edad a través de la madurez ósea, mediante radiografías de la mano, o bien la ortopantomografía para determinar la edad a partir del desarrollo dental.

Sin embargo, el margen de unos dos años que ofrecen las pruebas oseométricas es demasiado impreciso y origina problemas de certeza y seguridad jurídica, que deben solventarse optando por una edad concreta dentro de dicha franja. Por razones de protección del interés superior del presunto menor, suele establecerse ante la duda una presunción de minoridad, y se fija la edad del menor por parte de la Fiscalía en la menor de las edades determinadas como posibles, en tanto no se indague sobre su identidad y pueda determinarse con exactitud la edad. Esto quiere decir que, si la franja de edad determinada por las pruebas es entre 14 y 16 años, se tomará en consideración a efectos legales, y hasta tanto se acredite lo contrario, que el extranjero tiene 14 años. En este sentido se manifiesta la Circular 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, diciendo que:

Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla.

La Fiscalía General del Estado, ha mostrado su preocupación por esta cuestión, y ha llegado a una serie de conclusiones importantes. A este respecto vamos a citar los dos documentos que consideramos más importantes, a la par que recientes: la *Circular de la Fiscalía General del Estado a raíz de la Consulta núm. 1/2009, de 10 de noviembre*, y las *Conclusiones del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería celebrado en Madrid el 20 de abril de 2010*. Su trascendencia radica en la posterior codificación que han tenido mu-

¹² El Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el primer Reglamento de la Ley 4/2000, reformada por Ley 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, recogió en su artículo 60, apartado 2 la existencia de un Registro de Menores Extranjeros en situación legal de desamparo a efectos puramente identificadores. La denominación de este Registro se ha cambiado por la de Registro de menores extranjeros no acompañados en el art. 111 del RD 2393/2004 que desarrolla actualmente la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras derogar al RD 864/2001. Dicho Registro ha sido a dicho registro le otorga cobertura legal el art. 35.5 de la LOEXIS, que dispone: «Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado».

¹³ Ley de Enjuiciamiento Civil, «artículo 317. Clases de documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: (...) 6. Los que, con referencia o archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades». El NIE o tarjeta de residencia del menor, expedido con base a la información contenida en el Registro de menores extranjeros no acompañados, se convertiría en documento público, con validez probatoria plena.

¹⁴ «Artículo 319. Fuerza probatoria de los documentos públicos. 1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.»

chas de las conclusiones de la Fiscalía tanto en la legislación de extranjería como en la actuación administrativa y judicial relativa a los menores extranjeros no acompañados.

La Circular de 2009, surge en «un contexto de ausencia de documentación acreditativa de la identidad y/o de la edad del presunto menor, o de exhibición de títulos con indicios de falsedad o generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos, por lo que, existiendo dudas al respecto y no habiendo otros medios para despejarlas, puede ser necesario acudir a la práctica de ciertas pruebas médicas para poder determinar aquélla de modo aproximado».

De este planteamiento se derivan dos cuestiones fundamentales, sobre las cuales se pronuncia la Fiscalía General del Estado.

1) La cuestión de la capacidad de los miembros del Ministerio Fiscal para decidir acerca de la práctica de las pruebas de determinación de la edad, aun en ausencia de consentimiento del menor. En segundo término, si persiste la negativa del menor a su ejecución, la cuestión de si es posible emplear la coerción física para la realización de las mencionadas pruebas. Se trata de dos problemas distintos aunque vinculados entre sí.

2) La pregunta sobre si el Decreto dictado por un Fiscal por el que se determina la edad de un menor puede ser posteriormente modificado. Y, de admitirse tal posibilidad, la cuestión de si tal modificación la puede realizar un Fiscal perteneciente a un órgano territorial diferente del que dictó el primer Decreto de determinación de la edad.

Comenzando con la primera cuestión, y siguiendo la argumentación que hace el Fiscal General del Estado (en adelante FGE) en su Circular, cabe apuntar que el Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias sobre la invasión del derecho a la intimidad del art. 18 de la Constitución española derivado de pruebas radiológicas ha establecido que tales pruebas son una especie de lo que la doctrina ha denominado «intervenciones corporales» (STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996). Esta misma Sentencia distingue, en su fundamento jurídico segundo, entre intervenciones corporales graves y leves, atendiendo al grado de sacrificio que impongan al derecho a la intimidad¹⁵. En las intervenciones leves, si media el consentimiento de la persona afectada, no es necesaria la intervención judicial para su autorización. Cuando una persona se somete, v.gr. a una exploración radiológica para ver si ha escondido droga dentro de sus cavidades corporales, no está detenida y no necesita asistencia letrada ni la previa instrucción sobre sus derechos. La prueba radiológica se considera una intervención corporal leve si el sometido a examen consiente, por lo que en el caso de los menores no acompañados, es posible realizarla sin intervención judicial, mediando dicho consentimiento.

Sin embargo, cuando quien va a ser sometido a la medida se opone a la realización de la misma, la situación cambia, y en esta coyuntura la actuación de los representantes del Ministerio Fiscal no puede llegar al extremo de suplir el consentimiento del menor, puesto que supondría vulnerar el derecho fundamental a la integridad física y moral del menor reconocida en el artículo 15 CE¹⁶.

Recuerda también en este sentido el FGE acertadamente, en relación con el consentimiento del menor, su derecho a ser oído si tiene suficiente juicio, como apuntan la STC 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71); el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; el art. 12 Convención de los Derechos del Niño; el art. 92, 4 Reglamento de Extranjería, y el artículo 9, 3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650), reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece que el menor que ha cumplido doce años debe ser oído y que no cabe el consentimiento por representación una vez alcanzada la edad de 16 años.

El FGE recomienda a los Fiscales que en esta materia, y en relación con el juicio de ponderación de la necesidad de la medida, recurran al principio de proporcionalidad cuyo ámbito de aplicación por excelencia es el de los derechos fundamentales. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a una valoración negativa desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (STC 49/1999, de 5 de abril). No es aquí el lugar para desarrollar *in extenso* la doctrina constitucional sobre este principio, pero sí es necesario recordar, como hace el FGE, que tal doctrina no estamos en un proceso penal, ámbito en el que se ha desarrollado esta doctrina, y que por tanto deben adaptarse a la situación que aquí discutimos, un menor que no ha cometido delito ni falta penalmente sancionable.

¹⁵ Según la Circular 1/2009 del FGE del Estado, las intervenciones corporales: «serán leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).»

¹⁶ Cita en apoyo de esta argumentación las SSTC 120/1990, f. j. 8º, 137/1990, 215/1994 35/1996 y 206/2007, de 24 de septiembre.

A este respecto, el fin constitucionalmente legítimo que justifica en estos casos la intromisión corporal y sobre el que se establece el juicio de proporcionalidad, es el interés del Estado en determinar la edad de las personas que se encuentran en su territorio, teniendo en cuenta las diferentes consecuencias jurídicas que de ello se pueden derivar y que se concretan, en relación con los menores de edad, en el establecimiento de medidas de protección en tanto no hayan alcanzado la mayoría de edad.

En opinión del FGC, «el juicio de idoneidad y de adecuación de la medida al objetivo propuesto, se supera fácilmente si consideramos que, dentro de sus limitaciones, las pruebas radiológicas son, junto con otras más complejas como la ortopantomografía, unas de las más fiables en el actual desarrollo de la ciencia médica, dado que, aunque ninguna aporta unos resultados absolutamente determinantes, ofrecen una horquilla de edad, dentro de la cual, en caso de duda, habrá que inclinarse por la más baja, esto es, la más favorable a la persona cuya edad ha de determinarse». En cuanto al juicio de necesidad que exige el respeto del principio de proporcionalidad, lo considera superado por el hecho de que en la actualidad no existe otra medida más moderada para la consecución del objetivo con igual eficacia, puesto que la alternativa a esta prueba sería un reconocimiento físico por un médico, comprensivo del peso y la talla, el índice de masa corporal, estructura ósea y muscular, el sistema piloso, las características de la voz (en varones) y los signos evolutivos de maduración sexual, cuyos resultados en conjunto son mucho menos fiables.

Considera igualmente la Fiscalía superado el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, considerando que el riesgo médico de la prueba, aunque existente, es residual, y la misma no produce dolor alguno al sometido a la intervención, razones por las que, en una contemplación global, origina más beneficios que perjuicios, al permitir determinar con relativa exactitud la edad del presunto menor, y el régimen jurídico que le es aplicable, «sin generar inconvenientes dignos de mención a quien es sometido a esta leve intervención».

El FGC del Estado concluye que las pruebas radiológicas suponen una intervención corporal leve y que por tanto pueden ser acordadas directamente por el Ministerio Fiscal, y realizadas siempre que se cuente con el consentimiento del interesado para su práctica, se efectúen por personal sanitario y se lleven a cabo con respeto a la dignidad de la persona.

En la valoración relativa a la necesidad de realizar la prueba exige, en la medida de lo posible, que la Fiscalía compruebe antes de decidir si existe anotación sobre el mismo menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados (aunque ya hemos manifestado que tal Registro no funciona en la práctica). También deberá ponderar el Fiscal todas las circunstancias concurrentes, teniendo especialmente en cuenta el criterio médico y la búsqueda de la solución menos gravosa para la persona cuya edad se cuestiona.

Reconoce además que la conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas supone una situación de privación de libertad que debe prolongarse el menor tiempo posible.

En caso de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, establece que el Fiscal deberá informarle personalmente acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, de la misma, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarían, dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba. En el mismo acto, el Fiscal debe oír al menor acerca de las razones de su negativa y sobre su posible disposición a someterse a otro tipo de pruebas alternativas. En caso de persistir la negativa del presunto menor a someterse a la realización de la prueba radiológica o de cualquier otra prueba médica que afecte a ese mismo derecho, el Fiscal no puede imponer coactivamente su práctica, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor.

El Fiscal puede valorar la negativa a la práctica de la prueba, junto con el resto de los datos que figuren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad. Se considera «un indicio poderoso, pero no determinante, pues la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso».

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a la posibilidad de modificación del Decreto de la Fiscalía estableciendo la edad del menor, el FGC determina que, al tener el decreto inicial de determinación de edad efectos provisionales, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales sobre su edad por otros motivos que no se tuvieron en cuenta en el primer procedimiento - especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque, aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por parte de la Fiscalía correspondiente al lugar del domicilio o en el que se encuentre el presunto menor, por el que se acuerde una nueva determinación de su edad. Antes de efectuarse la nueva determinación de edad, deberá solicitarse la remisión de una copia de las actuaciones practicadas por el órgano territorial del Ministerio Fiscal que actuó en

primer término. En cualquier caso, este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión.

En relación con los informes médicos sobre la determinación de la edad, y sus consecuencias, la Fiscalía es ineludible que hagamos mención de las Conclusiones del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería celebrado en Madrid el 20 de abril de 2010:

Los informes médicos sobre determinación de edad deben especificar el porcentaje de incertidumbre o desviación estándar. Cuando se reciban informes que por no incorporar la horquilla de edades o que por cualquier otro motivo deban considerarse insuficientes, habrán de solicitarse las ampliaciones o aclaraciones oportunas.

No se dictará decreto de determinación de la edad sin disponer de un informe médico suficiente. En caso contrario, habrá de esperarse a la realización, ampliación o aclaración de las pruebas sin perjuicio de que el presunto menor quede mientras tanto bajo la custodia de los servicios de protección de menores, debiendo a tales efectos el Fiscal remitir el correspondiente oficio.

No son admisibles informes en los que se haga referencia a que la edad es de "aproximadamente 18 años", o expresiones similares ("alrededor de 17 años" o "superior de 17 años").

Siempre se estará, provisionalmente, a la edad inferior de las posibles que se establezcan en el informe médico.

Los criterios interpretativos de los informes de determinación de edad deben ser puestos en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a fin de que adecuen su actuación a los mismos.

CONCLUSIÓN 5

5-1. Si tras el decreto del Fiscal aparecen datos que cuestionen la edad determinada, la Entidad Pública de Protección de Menores podrá realizar pruebas de determinación de edad complementarias.

Si el menor fuera mayor de 16 o si siendo menor de 16 años tuviera suficiente madurez, tras informársele de sus derechos conforme a la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2009 y de la naturaleza y finalidad de las pruebas, podrá prestar su consentimiento a la realización de las mismas (art. 9.3 c) 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 clínica). Si se pretende realizar pruebas complementarias a menores de 16 años no maduros, será necesario nombrarle defensor judicial.

5-2. La Entidad Pública de Protección de Menores no puede, unilateralmente, fijar una edad distinta a la previamente establecida en el decreto del Fiscal.

5-3. La Entidad Pública de Protección de Menores una vez practicadas las pruebas complementarias las pondrá en conocimiento del Fiscal para que, en su caso, modifique el decreto de determinación de edad.

5-4. Sin el consentimiento del menor "maduro" o del defensor judicial en el caso del menor de 16 años "no maduro", no se podrán practicar las pruebas médicas de determinación de la edad, sin perjuicio de que la negativa, en los términos que señala la Consulta 1/2009, pueda valorarse después por el Ministerio Fiscal como indicio de mayoría de edad.

5-5. La resolución de cese de la tutela que pudiera dictar la Entidad Pública de Protección de Menores tras la nueva determinación de la edad será susceptible de impugnación por los cauces previstos en los arts. 779 y ss LEC.

5-6. El consentimiento informado del presunto menor para poder ser sometido a las pruebas puede ser prestado en situación de urgencia ante la Policía, tal y como previene la Consulta 1/2009 conforme a la que "... ha de recordarse que, en general, en caso de anuencia del menor, no es preciso que éste sea puesto físicamente a disposición del Fiscal de Guardia. Por razones de urgencia y para evitar traslados innecesarios que puedan producir dilaciones, se puede acordar la práctica de la prueba sin tener al menor a presencia del Fiscal. ... Desde este planteamiento y ante la reticencia del menor, el Fiscal encargado del asunto, si opta por solicitar del menor el sometimiento a dicho examen, deberá informarle personalmente acerca de las pruebas que se van a practicar y de las consecuencias de su negativa a someterse a ellas". Se entiende que dicha situación de urgencia concurre cuando el menor no está en un centro de protección.

Cuando no existe tal situación de urgencia porque el menor está atendido en un centro de protección, la audiencia la realizará directamente el Fiscal.

Cuando la Entidad Pública de Protección de Menores realice pruebas complementarias, la audiencia se realizará ante la misma, correspondiendo al Fiscal en el control posterior de tales pruebas verificar que tal audiencia se ha practicado. Si la persona de cuya minoría de edad se duda manifiesta reticencias a la realización de las pruebas, se pondrá a disposición del Fiscal para que valore dicha negativa.

CONCLUSIÓN 6

6-1. Se constata el defectuoso funcionamiento del Registro de MENAS, y la consiguiente necesidad de arbitrar los medios para que tales deficiencias sean superadas.

6-2. Dentro de los problemas detectados se comprueba que en algunos lugares existen limitaciones horarias para consultar el Registro.

6-3. Deben establecerse vías de colaboración entre Policía Nacional, Guardia Civil y Policías Autonómicas, a fin de que todos ellos puedan tener acceso al Registro único previsto en el art. 111 REX y a efectos de que todos los asientos se incorporen al mismo. La Policía Nacional debe compartir con las Policías Autonómicas la información sobre MENAS.

6-4. Igualmente, cuando las actuaciones se inicien por Cuerpos de Policía Local se darán instrucciones a éstos para que pongan al presunto menor a disposición de la Fuerza Policial competente para que realice las gestiones oportunas.

6-5. Es imprescindible que se registren los datos establecidos por el art 111 REX, en especial la reseña decodactilar y la fotografía.

Todo MENA debe tener su correspondiente asiento en el Registro, incluso cuando por ser indubitadamente menores de edad no se practican las pruebas por la vía prevista en el art 35 LEX.

6-6. Los Fiscales no autorizarán la práctica de pruebas ni determinarán la edad antes de conocer el resultado de la consulta al Registro. La Policía deberá siempre comunicar al Fiscal el resultado de la consulta al Registro.

Las Diligencias de determinación de edad de Fiscalía no deberán cerrarse sin constatar que se ha practicado el correspondiente asiento en el Registro, tras la recepción del acuse de recibo.

En los casos en que se dicte nuevo decreto de determinación de edad habrá de modificarse el asiento registral, debiendo el Fiscal a tales efectos oficiar al Registro.

6-7. Al amparo del último inciso del art. 111.1.g) del REX que prevé la anotación en el Registro de "cualesquiera otros datos de relevancia a los citados efectos de identificación", debe anotarse en el Registro la existencia de decreto del fiscal de determinación de la edad.

CONCLUSIÓN 7

En cuanto a la concreta fecha de nacimiento de los MENA, a falta de otros datos, debe partirse del tramo inferior de la horquilla y de la fecha en que se practica la prueba, de forma que, salvo que se acabe probando lo contrario, si un MENA en fecha 1 de abril de 2010 ha resultado tener una edad mínima de 16 años y seis meses, su 18 aniversario será el 1 de octubre de 2011.

A partir de estas directrices, y en base a la convocatoria de numerosos expertos, tanto de las áreas sanitaria como de la jurídica realizada por el Defensor del Pueblo en dos ocasiones en 2010 (especialmente la celebrada en noviembre de 2010 en Madrid), el Defensor del Pueblo estatal ha adoptado las siguientes conclusiones en materia de determinación de la edad:

- 1- La determinación de la edad en menores no acompañados por medio de la estimación de la madurez ósea y la mineralización dental es un método sujeto a grandes variaciones y no debe ser usado a menos que no se disponga de otro método más fiable.
- 2- La estimación médica de la edad en un supuesto menor debe ser ordenada por la Autoridad Judicial o por el Ministerio Fiscal, y realizado preferentemente por el Instituto de Medicina Legal. El informe resultante debe ser presentado a la autoridad que lo solicitó, a la que corresponde tomar la decisión definitiva, con las garantías del procedimiento judicial.
- 3- La estimación médica de la edad es un proceso que debe ser realizado por profesionales con formación específica acreditada y los informes emitidos deben ser sometidos a algún sistema de control de calidad.
- 4 y 5- Los Institutos de Medicina Legal deben asignar facultativos expertos para realizar de forma centralizada este tipo de exámenes, y es necesario desarrollar dichos Institutos en las provincias en que no existen.
- 5- La estimación médica de la edad es un procedimiento complejo que requiere un tiempo suficiente para su realización, por lo que debe evitarse que se asigne a los servicios forenses en funciones de guardia.
- 6- Es necesario establecer convenios con establecimientos públicos o privados para realizar los exámenes radiológicos complementarios de forma que se garanticen condiciones técnicas adecuadas.
- 7- La exploración debe preservar la dignidad y seguridad de la persona explorada, debe ser expresamente consentida y comprensible para el presunto menor.
- 8- La identificación del presunto menor debe hacerse de forma fehaciente, mediante técnicas que minimicen la posibilidad de reevaluación y reexposición de la persona.
- 9- La evaluación médica de la edad debe seguir un procedimiento técnico basado en evidencias científicas, por lo que el Defensor del Pueblo respalda expresamente el «Documento de Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados» que se presentó en la propia Jornada organizada por el Defensor del Pueblo el 10 de noviembre de 2010.

4. CONCLUSIONES. LA CUESTIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA DE 2011

Las decisiones jurisprudenciales y las actuaciones en este ámbito de la Fiscalía o el Defensor del Pueblo no sólo tienen el máximo sentido, sino que han tenido y continúan teniendo efecto directo en la modificación de la legislación de extranjería. Esto puede comprobarse en las modificaciones en materia de menores extranjeros no acompañados que recoge el borrador del Reglamento de la Ley de Extranjería hecho público en febrero de 2011, cuya aprobación definitiva se espera en el curso del mismo año. El borrador incluye un Título completo (el Título XI, artículos 182 a 195) en materia de menores extranjeros y dedica el capítulo III del mismo (los artículos 186 a 195) a los menores extranjeros no acompañados y específicamente el artículo 187 a la cuestión de determinación de su edad.

Los menores extranjeros no acompañados recoge con algunas variantes relativas a la mención de la situación de desprotección de estos menores (posibilidad de ser declarados legalmente en situación de riesgo o desamparo) la definición incluida en diversas Directivas de la UE¹⁷, aplicándose el término al

extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.

¹⁷ En las Directivas 2003/9/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes y Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, se define al menor extranjero no acompañado como «el menor de dieciocho años que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable de él». En este concepto se incluye también «a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros».

El artículo 187 del Reglamento, relativo a la determinación de la edad, trata de resolver las cuestiones más relevantes que hemos analizado en esta materia. Así, establece distintos supuestos:

1) 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 entregado a los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. A continuación, los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de menores extranjeros no acompañados. Esperemos que una vez entre en vigor la norma, y con la cooperación de todos los poderes públicos implicados, el Registro de menores extranjeros no acompañados sea realmente operativo y cumpla su misión de identificación auténtica de la identidad de los menores.

2) En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad (caso de indocumentación o dudas coherentes sobre autenticidad de la información contenida en la documentación), 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. Aquí se incluiría toda la doctrina de la Fiscalía respecto a la realización de las pruebas médicas. Debe ordenarlas el Fiscal (o el Juez, en su caso), y mediando el consentimiento del propio menor si ha cumplido dieciséis años o a través de su defensor judicial si es menor de 14 años o no tiene juicio suficiente, no habrá más objeciones a su realización. En caso contrario, el Fiscal tendrá que ponderar las circunstancias y decidir si es necesario realizar la prueba de forma coercitiva, o el valor como prueba de la negativa del presunto menor a no realizarse la prueba, en caso de negativa. La determinación de la edad por medio de la estimación de la mineralización dental y la madurez ósea deberá realizarse sólo si no se dispone de un método más fiable, y dentro de la incertidumbre, con el máximo de garantías médicas y preferentemente por órganos especializados como los Institutos de Medicina Legal que aplicarán las recomendaciones sobre métodos de estimación forense en estos casos, preservando los derechos del menor y de la forma menos gravosa para el mismo.

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.

En el Reglamento se establece un compromiso para la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, que deberá impulsar 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 de la Entidad Pública de protección de menores y documentación (existe ya un Protocolo aprobado por el Observatorio del Menor que constituiría una base adecuada en este sentido).

En casos de que 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.

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. Finalmente, 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 212 de este Reglamento, cuestión que veníamos reclamando desde la doctrina (Durán Ruiz, 2009). La edad del menor que constará en el decreto del Ministerio Fiscal de determinación de la misma será la menor de la horquilla marcada por las pruebas médicas.

Si posteriormente a la determinación de la edad surgen pruebas que hagan dudar a la entidad pública que tiene su tutela de tal dato, podrán practicarse pruebas complementarias para determinar la edad y, tras remitirse los nuevos datos al Fiscal, éste podrá dictar un nuevo decreto de determinación de la edad. Compartimos con el Fiscal Lafont Nicuesa (2010), su conclusión, tras analizar la controvertida relación entre pruebas de determinación de la edad y pasaporte para determinar la edad de los MENAs, de que:

unas pruebas médicas practicadas bajo el control de la Fiscalía y con un nivel suficiente de detalle prevalecen frente al contenido del pasaporte, que en cuanto no resulte avalado por un Estado con un sistema de Registro Civil homologable al español, no puede dar una fe indubitada de los datos, entre ellos la edad, que constan en él. En consecuencia, cuando generen dudas son atacables por otros medios probatorios.

No olvida el Reglamento que los menores extranjeros no acompañados pueden ser a su vez refugiados y merecedores del derecho de asilo en España, por ello, en su último apartado (187.5), dispone que una vez puesto el menor a disposición de la entidad de protección de menores, ésta le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa española en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.

Con la entrada en vigor de esta normativa y las Sentencias más recientes, se va esclareciendo, como era necesario ya desde hace más de una década, el régimen jurídico aplicable a los menores extranjeros no acompañados, garantizando que se benefician de la normativa de protección de menores y que no se les trate por la legislación de extranjería como adultos en situación irregular, vulnerando sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- Durán Ruiz, F.J. (2007). Las Administraciones Públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección. *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de Granada*, 2007, 1-41.
- Durán Ruiz, F.J. (2008). *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*. Granada: Editorial UGR.
- Durán Ruiz, F.J. (2009). Los menores extranjeros no acompañados y su protección normativa. Especial referencia a la Comunidad Autónoma andaluza. En R. Barranco Vela (Dir.) y F. J. Durán Ruiz. (Ed.-Coord.). *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes. Estudios, Documentos y Selección normativa, con atención especial a la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Granada: Comares.
- Durán Ruiz, F.J. (2010). Los derechos de los MENA: el despertar a su eficacia real a través de la jurisprudencia. En I. Lázaro González y B. Moroy Arambarry. (Coords.). *Menores extranjeros no acompañados* (pp. 229-261). Madrid: Tecnos.
- Lafont Nicuesa, L. (2010). La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 24, 173-186.
- Martínez de Aguirre, C. (1992). La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. *Anuario de Derecho Civil*, XLV (4), 1422 - 1423.
- Ruiz Huidobro y de Carlos, J.M. (2002). El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores. En I. Lázaro González. (Ed.). *Los menores en el Derecho español* (pp. 33-34). Madrid: Tecnos.
- Tolivar Alas, L. (1991, enero-abril). Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores. *RAP*, 124, 39-40.