



# NUEVOS DESAFÍOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (UN ESTUDIO A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES)

JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional*  
Universidad Politécnica de Valencia

SUMARIO: I. OBJETO DE ESTUDIO Y JUSTIFICACIÓN DE SU IMPORTANCIA: LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS (MENA) Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. II. LA LOCALIZACIÓN DEL MENOR, ACTUACIONES PREVIAS Y GARANTÍAS DE SUS DERECHOS. 1. Consideraciones previas: el concepto legal y reglamentario de «MENA». 2. Las diligencias de determinación de la edad: el Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados y las garantías de sus derechos. III. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DERIVADOS DE LA FRICCIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL EXTRANJERO LOCALIZADO Y LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD PERSONAL E INTEGRIDAD FÍSICA. 1. Parámetros de la jurisprudencia constitucional española sobre las intervenciones físicas en relación con la intimidad personal. 2. Parámetros de la jurisprudencia del TEDH sobre conservación de muestras biológicas y otros datos personales en relación con la intimidad personal. 3. Líneas jurisprudenciales sobre las pruebas radiológicas de determinación de la edad de los MENA en relación con su integridad física. IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL JUICIO DE PONDERACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE UN MENA. V. REFLEXIÓN FINAL: ACERCA DE LA VOLUNTAD DEL MENOR PARA PRACTICAR PRUEBAS RADIOLÓGICAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

## **Palabras clave**

*MENA; Repatriación; Menores extranjeros no acompañados; Determinación de la edad de los MENA; Protección de menores; Derechos de los menores extranjeros; Derechos fundamentales de los menores; Reagrupación familiar.*

## **Resumen**

*El presente trabajo versa sobre las garantías internacionales y nacionales que amparan al menor extranjero no acompañado y localizado en España, en cuanto al procedimiento de determinación de su edad. El tema es y continúa siendo muy debatido en la doctrina por la trascendencia de los derechos afectados y su posible conculcación. Además, constituye un paso previo y necesario para la aplicación del régimen especial de menores, absolutamente preferente a cualquier otra legislación, por su carácter garantista para este colectivo vulnerable, y supone una premisa ineludible de la repatriación por reagrupación familiar o, en su caso, la aplicación de otras medidas de protección en nuestro país.*



El problema de la determinación de la edad de los extranjeros localizados en España deriva fundamentalmente de la implicación de todo un universo de derechos fundamentales y garantías que se ven afectados y en no pocas ocasiones friccionan cuando se aplica el protocolo contenido en el régimen jurídico. Muchas incógnitas se han ido despejando jurisprudencialmente (por las más altas instancias nacionales e internacionales) de manera casuística, pero son muchos los derechos fundamentales afectados (libertad, intimidad personal y familiar, integridad física, circulación y residencia, entre otros) y muchas las variables que inciden en la correcta aplicación del procedimiento de determinación de la edad. La presente investigación pretende esclarecer y establecer principios y referencias objetivas en esta materia, que es esencialmente casuística y dispersa, tanto en nuestra legislación como en la internacional.

## **I. OBJETO DE ESTUDIO Y JUSTIFICACIÓN DE SU IMPORTANCIA: LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS (MENA) Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

El tema nuclear, para la protección de menores extranjeros no acompañados, de las garantías jurídicas de éstos ante las diversas fases del procedimiento de repatriación, no ha sido desarrollado convenientemente (de forma homogénea y sistemática), ni por los instrumentos internacionales de protección de menores, ni en nuestra legislación de desarrollo (ámbito legal y reglamentario). Existe una regulación fragmentada y muy abierta a las exigencias del caso concreto<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ha sido amplia y heterogénea la normativa aprobada por el Estado, las Comunidades Autónomas y los propios Estados miembros de la UE. Y es que los ámbitos sobre los que debe incidir la regulación de los menores son profundamente variados y transversales. No hay una única Administración territorial o institucional que pueda culminar una política pública exitosa en esta materia. Entre otros ámbitos, se han regulado parcialmente aspectos relacionados con el tratamiento de menores infractores, el acogimiento y adopción, nacional e internacional, el trabajo del menor inmigrante, la protección de su libertad de conciencia. La consideración y protección del menor como víctima de delitos. El derecho a una educación y salud adecuadas, o la situación de los menores en las crisis familiares. Se pretende, incluso, incorporar al proyecto un estudio de las cuestiones de género entre el colectivo de menores, distinguiendo las franjas de edad. Por lo que se refiere a nuestro sistema constitucional, el fundamento constitucional de la protección del menor se encuentra definido en el art. 10 de la CE, pues de menores habla cuando se refiere al libre desarrollo de la personalidad, y, por supuesto, a los valores jurídicos que se recogen antes.

El verdadero fundamento de la protección del menor es su dignidad y el principio consecuencia de su libre desarrollo. Un menor, para desarrollar todas sus potencialidades necesita el reconocimiento universal de un estatuto mínimo, que debería respetarse en cualquier parte del mundo. Por este afán de traspasar las fronteras en este delicado ámbito, se introdujo en nuestra Constitución, un principio hermenéutico de primer orden para traspasar de internacionalidad la literalidad de las normas sobre derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 10.2 CE). Los derechos fundamentales y las libertades públicas en España, tanto para los mayores como para los menores, tienen un marcado carácter internacional cuyo fundamento es la actualización continua



La doble condición de los MENA como sujetos inmigrantes y como menores de edad supone muchas veces un trato discriminatorio hacia éstos en el caso que prime *a limine* su situación administrativa irregular —que puede llevar a los Estados a retornarlos a su país de origen— frente a su minoría de edad y consecuente protección institucional en el país de destino. Esta doble condición hace que estos menores se encuentren en una zona de intersección legal entre la normativa de extranjería y la de protección jurídica de la infancia, por lo que las legislaciones nacionales deben armonizar sus políticas y legislaciones ante la divergencia de trato en los diferentes Estados Miembros.

En el sistema jurídico español, la condición de menor prima legalmente sobre la condición de extranjero. Sin embargo, en la realidad los términos se invierten en muchos casos. Según pone de relieve De Palma, su condición de inmigrantes pesa demasiado y lo que debe primar es la condición de menor<sup>2</sup>.

Según el «Proyecto CON RED (2004)» y el Informe del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Senovilla (2007), desde una perspectiva comparada, Alemania, Reino Unido, Portugal o Dinamarca tienen modelos que se fundamentan en la consideración del fenómeno desde el prisma exclusivo del asilo; España e Italia son modelos que apuestan por los sistemas de protección. Por su lado, Francia y Bélgica constituyen sistemas mixtos que combinan ambas consideraciones: si el menor es detectado en la frontera ha de solicitar asilo, pero si es detectado en el territorio pasa a ser atendido como menor desamparado.

Además, la aplicación de los enunciados de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas por la mayor parte de los Estados miembros europeos tiende a ser excesivamente limitada en lo que concierne a los menores no acompañados. La inmigración masiva de los MENA se ha convertido en un fenómeno muy difícil de controlar por los Estados, algunos autores hablan así del papel de éstos como meros canalizadores del fenómeno<sup>3</sup>.

Algunos países han instaurado declaraciones o reservas de aplicación de los derechos reconocidos por la Convención a este colectivo (el Estado alemán ha declarado reservarse la posibilidad de aplicar su legislación de extranjería y asilo a los menores de edad no

y la potencial universalidad de nuestro sistema. Incluso los principios rectores de la política social y económica, muy a menudo denostados, por la errónea y literal lectura del art. 53.3 CE, encuentran en este precepto «internacionalizador», la posibilidad de entenderse como verdaderos derechos directamente aplicables, toda vez que ninguno de ellos ha dejado de ser objeto de regulación internacional ratificada por España. Véase, J.C. de BARTOLOMÉ CENZANO, «La poliédrica y heterogénea protección internacional de los menores», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 4, Valencia, marzo 2013, pp. 1-27.

<sup>2</sup> A. DE PALMA DEL TESO, «La condición legal de «menor no acompañado» en nuestro Derecho de extranjería; definición común en la Unión Europea. La Kafala del Derecho islámico», *RVAP*, 2011, p. 102.

<sup>3</sup> D. MOYA MALAPEIRA, «¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión migratoria», *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, 2010.



nacionales que ya hayan cumplido 16 años, y el Reino Unido mantiene una reserva de no aplicación de la Convención a los menores de edad extranjeros que se encuentren en situación irregular en su territorio).

Otros Estados, como es el caso de Bélgica y Francia, proceden de forma sistemática a la detención de las personas menores de edad que pretenden penetrar de forma irregular en su territorios o cuando éstas expresan su voluntad de solicitar asilo; si bien la Convención reconoce que puedan existir supuestos en que se proceda a la privación de libertad de los menores de edad, su art. 37.2 deja bien claro que esta medida debe utilizarse tan solo cuando no exista otra alternativa posible.

De otra parte, las legislaciones de extranjería de España e Italia llevan a cabo una interpretación jerarquizada de los derechos y principios de la Convención de Naciones Unidas, especialmente a la hora de identificar la repatriación forzosa de los menores no acompañados como la solución que mejor responde a su interés superior. De esta manera, realizan una imposición del derecho a la unidad familiar o de un supuesto derecho de los menores a vivir en sus países de origen (que estudiaremos en este artículo a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, y del Tribunal Constitucional español, TC), obviando tanto las opiniones del interesado como de sus progenitores así como toda una serie de derechos civiles y sociales a los que el niño podía tener acceso en el país de acogida y que raramente están disponibles en su país o contexto local de origen.

La aplicación restringida de la Convención de Derechos del Niño que encontramos en Europa tiene una primera explicación en la falta de contundencia de que adolece este instrumento de derecho internacional, en contraste con otras normas que sí prevén sistemas coactivos que implican una presión mayor para los Estados partes a la hora de plantearse respetar sus enunciados (en nuestro ámbito, el ejemplo paradigmático lo constituye el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que permite que cualquier persona particular denuncie la violación de los derechos contemplados en su articulado ante el Tribunal de Estrasburgo).

A pesar de que la Convención de Nueva York está considerado el principal instrumento internacional de protección de la infancia, los mecanismos previstos para controlar el cumplimiento de sus contenidos no parecen resultar hasta la fecha eficaces. Una segunda causa que motiva una aplicación menguada de los derechos de la Convención de Nueva York es la falta de concreción jurídica de que adolecen algunas de sus formulaciones, en particular el art. 3 —principio fundamental— que establece que el interés del menor de edad debe prevalecer sobre todo otro concurrente a la hora de tomar cualquier decisión que pueda afectar directa o indirectamente a éste.

Esta indeterminación de que adolece su articulado conduce en ocasiones a interpretaciones instrumentalizadas de la Convención que afectan de forma especial a los menores que migran de forma independiente. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha producido en el año 2005 una Observación general relativa al trato

de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen que se fija como objetivos poner de manifiesto la situación vulnerable que viven estos chicos, exponer los problemas que dificultan su acceso a sus derechos «y proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención de los Derechos del Niño». Siendo éste un instrumento internacional relativamente reciente de carácter no vinculante (una norma que formaría parte de lo que se denomina con el término anglosajón «soft law»), su influencia en las autoridades estatales europeas permanece, hasta la fecha, reducida<sup>4</sup>.

Lo cierto, es que ante esa búsqueda incesante del interés superior del menor, anclada en los poderes públicos y en una legislación internacional y nacional fragmentada sobre todo, ha sacrificado de una manera notable la concreción y objetivación, no sólo del propio interés superior, sino de muchas de las garantías que deben inspirar los principales procesos y protocolos en relación a los menores<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> J.C. de BARTOLOMÉ CENZANO, cap. VII, «El marco legislativo internacional y comunitario de los MENA», en la obra colectiva, VVAA, *Los menores extranjeros no acompañados en la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch (monografías), núm. 775, Valencia, 2012, pp. 87 ss.

<sup>5</sup> El interés superior del menor se concibe en nuestra legislación como un concepto jurídico indeterminado que hunde sus raíces en el propio sistema garantista de nuestra Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Y utilizamos la palabra sistema porque su sentido debe actualizarse continuamente a la realidad social en continuo cambio. Debe además formar parte, con apertura de criterios amplia, del complejo procedimiento de subsunción de la norma al caso concreto por parte del operador jurídico. Ello ha planteado problemas doctrinales importantes por los trascendentes intereses en juego y, sobre todo, por el frágil colectivo sobre el que se proyecta su eficacia y se derivan medidas que condicionan el desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Sobre este tema tan delicado, se ha dicho que independientemente de la técnica que se elija para adoptar un parámetro de conducta, y a pesar de que en la mayoría de casos ordinarios no se tenga que tropezar con graves problemas en su aplicación, en un momento dado existirán pautas indeterminadas denominadas de textura abierta, compuesta por áreas de conducta que deben ser desarrolladas por los operadores jurídicos de acuerdo a las circunstancias existentes con relación a los intereses en conflicto que varían en cada supuesto, lo que significa que el legislador no puede conocer o establecer categorías o combinaciones perfectas para una aplicación ajustada a la mejor opción jurídica.

En abstracto, en una situación de crisis familiar, el legislador ha previsto que ante todo se debe procurar satisfacer el interés del menor y, de manera específica, los operadores deben determinar el «iter» del contenido conceptual de este término, campo que se encuentra inexplorado antes del conocimiento de la causa, por parte de la magistratura o Administración. Doctrinalmente se ha afirmado pacíficamente que la técnica de dicho concepto se refiere a un ámbito de la realidad en el que los límites no se encuentran determinados, pero que se intenta precisar ante un hecho concreto, por tanto, la aplicación del concepto solamente permite una solución; pero ello requiere de un componente axiológico que será estimado del análisis del caso concreto, con todos sus matices, previa adecuación al ámbito jurídico. Ello nos guía a la exigencia de una doble labor, por una parte, se tiene que determinar en qué consiste dicho interés y, posteriormente, se debe precisar lo que más le conviene de acuerdo a una situación concreta. Véase, J.C. DE BARTOLOMÉ CENZANO, «Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español», *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, REINAD, UPV, REINAD, UPV, septiembre 2012, pp. 50 ss.

Este es el caso de la determinación de la edad de los menores tras su localización. Ello determina todo un universo de garantías y derechos y se debe determinar con la mayor claridad posible los pasos a seguir si queremos evitar el desarraigo y la marginación anómica<sup>6</sup>.

El Comité de Derechos del Niño indica que el objetivo de su Observación General es ofrecer una solución duradera para el menor extranjero no acompañado, la cual comienza con el estudio de las posibilidades de reagrupación familiar<sup>7</sup>. Sin embargo, el mismo Comité señala que en virtud del interés superior del menor se puede prolongar la separación de la familia y que la repatriación ha de ponerse en relación con otras posibilidades duraderas como pueden ser las de permanecer en el país de acogida, o en otro tercero. En fin, la Observación General no une interés del menor y solución duradera<sup>8</sup>. Ante lo anterior nos encontramos con un claro problema, pues la Convención no concreta el contenido del interés superior aplicado a los menores extranjeros no acompañados, por lo que redundaría en su carácter de concepto jurídico indeterminado. De acuerdo con Senovilla Hernández, el principio del interés superior del menor recogido en la Convención sería una garantía de la vigencia de los demás principios recogidos en ella, supeditándose nuestro principio «a que en sus acciones (los Estados) garanticen positivamente el resto de derechos de la Convención».

El Comité de los Derechos del Niño, con apoyo en los arts. 9 y 10 de la Convención, entiende que la reagrupación debe ser la solución duradera prioritaria<sup>9</sup>, si bien la propia Convención, en su art. 9 señala que excepto cuando «*las autoridades competentes determinen... que tal separación es necesaria en el interés superior del niño*». Un examen individual del caso llevará por tanto a determinar la solución duradera adecuada al menor. La Observación General recomienda que la reagrupación familiar no deba llevarse a cabo si hay un riesgo razonable de violación de los derechos del menor.

La aplicación directa, o a través de la legislación interna de cada país, de la Convención, es en realidad muy limitada debido al carácter no vinculante de la Observación General citada. Esto lleva a situaciones variadas y muchas veces alejadas del interés del menor entre los países adheridos a la Convención. La consecuencia en muchos casos es que los menores permanecen en los servicios de protección y una vez adultos pasan a la irregularidad. En otras ocasiones continúan su viaje a ninguna parte de forma independiente y carente de protección jurídica<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> V. CABEDO MALLOL (Coord.), A. CLOQUELL LOZANO, *Los MENA en los sistemas de protección a la infancia de las CCAA*, Tirant monografías, 816, Valencia, 2012, p. 167.

<sup>7</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 6, pp. 79-90.

<sup>8</sup> SENOVILLA, *El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados y separados en Europa. Un estudio comparado de seis países*, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, septiembre de 2007, p. 29.

<sup>9</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 6, 2005, párrafo 79.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Lógicamente, nos encontramos ante una aporía difícil de resolver, toda vez que las principales garantías públicas (aplicadas por los poderes públicos), jurisdiccionales, internacionales, normativas y reglamentarias se justifican y pretenden a la vez, de una manera casuística, para alcanzar mejor ese concepto omnipresente que es el interés superior del menor.

Quizás, deberíamos hablar de la mayor «proporción» de dicho interés, pues muchas medidas limitan derechos o restringen ciertos ámbitos de libertad o autonomía personal de los menores, que de alguna forma también mutilan ámbitos de aquel interés.

Por ello, tanto la legislación internacional sobre la materia, como la legislación nacional y la propia jurisprudencia, focaliza su esfuerzo en la resolución de los casos concretos, aplicando de manera muy concreta, y a través de la ponderación, este concepto jurídico indeterminado, que a la vez es causa eficiente y consecuencia de todos los procedimientos y protocolos de actuación con menores.

De otro lado, el TEDH ha realizado un gran esfuerzo en nuestro continente para conseguir una progresiva concreción de dicho concepto y por ende una protección adecuada de los derechos de los menores extranjeros no acompañados.

Como bien señala Díez Morrás, posee un sistema coercitivo propio y eficaz, por lo que su jurisprudencia es vinculante para los países miembros del CEDH, sentando una doctrina basilar y unificadora en materia de derechos fundamentales<sup>11</sup>.

Así se reflejó en la sentencia del TEDH de 12 de octubre de 2006, caso *Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*, analizada con rigor por Senovilla Hernández<sup>12</sup>, la cual se ha convertido en un verdadero referente en la protección de los derechos de los menores no acompañados. Su relevancia fue tal que provocó un importante cambio legislativo en el país condenado, Bélgica<sup>13</sup>.

En definitiva, y a la luz de la sentencia, la reagrupación familiar no será la única solución compatible con el interés del menor. No lo será por ejemplo en el caso en el que los propios familiares hayan incitado u obligado a tomar la decisión de emigrar. Como ha señalado Pérez, una reagrupación, en todo caso, colocaría al menor en una situación inhumana y prohibida por el propio art. 3 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> F.J. DÍEZ MORRÁ, «Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección», *REDUR*, núm. 10, diciembre 2012, pp. 95-104.

<sup>12</sup> D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, «Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso *Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Ed. Lex Nova, núm. 13, 2006, pp. 187-199.

<sup>13</sup> *Ídem*, p. 196.

<sup>14</sup> M.C. PÉREZ, «Interés superior del menor y retorno de los menores no acompañados a su país de origen», *II Jornadas sobre políticas migratorias, justicia y ciudadanía*, CSIC, Madrid, 2008.



En las coordenadas expuestas, el presente trabajo pretende centrarse sobre todo en la jurisprudencia del TEDH y nacional, para objetivar en la medida de lo posible, los elementos que deben inspirar la consecución del interés superior del menor en el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros localizados en España; que, por otra parte, puede llegar a ser uno de los más traumáticos para los MENA, si no se realiza de manera coordinada y con un escrupuloso respeto a ciertos derechos fundamentales del ámbito personal y a parámetros concretos que se desprenden de la jurisprudencia del TEDH y TC.

Al final, la determinación de la edad es la clave para la aplicación de todo un régimen jurídico encaminado a la protección de los menores.

## II. LA LOCALIZACIÓN DEL MENOR, ACTUACIONES PREVIAS Y GARANTÍAS DE SUS DERECHOS

### 1. Consideraciones previas: el concepto legal y reglamentario de «MENA»

En primer lugar, resulta imprescindible definir el término de menor extranjero no acompañado. Se atenderá a las directrices y criterios establecidos en sede comunitaria, ya que el tratamiento particular de estos menores en el Derecho de extranjería de los Estados Miembros viene determinado por la legislación comunitaria<sup>15</sup>.

El Real Decreto 577/2011 considera en su art. 189, Menor Extranjero No Acompañado, 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 él, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.

Además, añade el propio precepto, que el contenido del capítulo XI del Reglamento deberá interpretarse sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos establecidos en los arts. 59 y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000 (supuestos de colaboración contra redes organizadas y víctimas de la trata de seres humanos), de 11 de enero, o en la normativa española en materia de protección internacional.

En el Derecho de la Unión Europea, siguiendo la rigurosa investigación de Rocamora<sup>16</sup>, la definición de MENA se establece en la Resolución 97/C 221/03 del Consejo

<sup>15</sup> Á. DE PALMA DEL TESO, «La condición legal de «menor no acompañado», en nuestro Derecho de extranjería; definición común en la Unión Europea. La Kafala del Derecho islámico», *cit.*

<sup>16</sup> Véase, A. ROCAMORA FERNÁNDEZ, «El Plan de Acción de la Unión Europea sobre los menores extranjeros no acompañados (2010-2014) y su impacto en el ordenamiento jurídico español y catalán», Universitat de Barcelona, 2012, pp. 6 ss.



de Europa del 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados nacionales de terceros países, que dispone la siguiente: «*Menores de 18 años, nacionales de países terceros, que llegan a territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres (del Derecho consuetudinario del Estado del que sea nacional el menor), en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable (por lo tanto, sin representación jurídica), así como aquellos menores que se queden solos tras su entrada en los Estados miembros*». Más tarde, el concepto de MENA pasó a reconocerse en diversas Directivas Comunitarias en materia de extranjería: la Directiva 2001/55/CE<sup>17</sup>, 2003/9/CE<sup>18</sup>, 2003/86/CE<sup>19</sup>, 2004/81/CE<sup>20</sup>, 2004/83/CE<sup>21</sup> y 2005/85/CE<sup>22</sup> incorporando mención a los apátridas y estableciendo la edad de los 18 años como referencia para la mayoría de edad. Actualmente, la Directiva 2011/95/UE<sup>23</sup> refunde el término en el art. 2.1): «*El menor de 18 años no nacional de la UE o apátrida que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica, mientras tal adulto no se haga efectivamente*

<sup>17</sup> 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. Art. 2. f) «*Menores no acompañados: los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros*».

<sup>18</sup> Directiva 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. Art. 2. h) «*menor no acompañado: el menor de 18 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; este concepto incluye a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros*».

<sup>19</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. Art. 2. F) f).

<sup>20</sup> Directiva 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. Art. 2.f).

<sup>21</sup> Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, art. 2.i).

<sup>22</sup> Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

<sup>23</sup> Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

*cargo de él; incluyendo al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros».*

Junto con este universo conceptual fragmentado comunitario, hay Organizaciones Internacionales que han ofrecido también una definición. El ACNUR junto con la colaboración con la Organización Save the Children, elaboraron una «Declaración de buenas prácticas» dentro del programa Europeo de Niños Separados de dicha ONG en la que se introdujo también una definición algo más lacónica.

De otra parte, también se ha recogido el término en la publicación «Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados» desarrollada por el Grupo de Trabajo Inter-Agencial sobre niños y niñas no acompañados y separados, integrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Comité de Rescate Internacional y el ACNUR<sup>24</sup>.

En síntesis, la condición de menor no acompañado la tendrá un menor de edad cuando al llegar al territorio de la UE o incluso en puesto fronterizo, no se encuentre con la compañía de quienes ostentan su representación jurídica y con independencia de que se encuentre documentado o indocumentado. Ante esta situación de vulnerabilidad, los EM deberán encargarse de adoptar con la mayor brevedad posible las medidas necesarias para asegurar, en primer término, la plena representación y protección del menor<sup>25</sup>.

## 2. Las diligencias de determinación de la edad: el Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados y las garantías de sus derechos

La determinación de la identidad de los menores viene siendo objeto de tratamiento específico en muchos textos internacionales. Así, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, en su art. 3, sobre garantías mínimas para todos los menores no acompañados establece que:

*«Los Estados miembros deberían procurar determinar la identidad del menor lo antes posible tras su llegada, al igual que la circunstancia de que no está acompañado. La información relativa a la identidad y a la situación del menor podrá obtenerse de diversas maneras y en concreto mediante una entrevista adecuada con el interesado, que deberá efectuarse lo antes posible después de su llegada y de un modo acorde con su edad. La información recabada deberá registrarse de manera eficaz. La obtención, la transmisión y el almacenamiento de la información recogida deberán efectuarse con sumo cuidado y discreción, sobre todo en el caso de los solicitantes de asilo, al objeto de proteger tanto al menor como a sus familiares. Esta primera información podrá favorecer, en particular, la perspectiva de la reunificación del menor con sus familiares en el país de origen o en un país tercero. En igual sentido, la citada Convención sobre los Derechos del Niño afirma en su art. 8.2 que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los*

<sup>24</sup> «Niños o niñas no acompañados son aquellos que han quedado separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto que, por ley o por costumbre, es responsable de hacerlo.»

<sup>25</sup> Véase, A. ROCAMORA FERNÁNDEZ... *cit.*, pp. 6 ss.



*elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».*

No siempre resulta sencillo determinar la identidad ni la edad de los extranjeros inmigrantes, pues al desconocer los mecanismos de protección nacional e internacional, al principio, suelen mostrarse reacios a colaborar con la investigación; por ello, no suelen portar ni mostrar documentación, ni facilitan datos sobre su filiación, edad y circunstancias personales y familiares. En tal sentido, el art. 190 del Real Decreto, establece un procedimiento garantista para la comprobación de la edad, con las consecuencias personales, familiares y sociales que pudieran derivarse del mismo.

En primer lugar, 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, se pondrá inmediatamente a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Estos datos, de identificación del menor, se inscribirán en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor.

El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los siguientes datos referentes a la identificación de los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal:

- a. Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.
  - b. Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor.
  - c. Su impresión dactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos.
  - d. Fotografía.
  - e. Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto.
  - f. Centro de acogida o lugar de residencia.
  - g. Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle.
  - h. Traslados del menor entre Comunidades Autónomas.
  - i. Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata.
  - j. Fecha de solicitud de la autorización de residencia.
  - k. Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia.
  - l. Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.
2. Los servicios competentes de protección de menores, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la



El problema más habitual, no obstante, se produce cuando existen dudas sobre la minoría de edad del extranjero localizado. En tal caso, 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. Además, de manera inmediata, se deberá poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, lo necesario para la determinación de su edad, para lo cual, deberán colaborar las instituciones sanitarias, que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

Como puede observarse, en esta fase inicial, que resulta crucial para determinar además el régimen legal aplicable al extranjero localizado (en función de la edad), se deben coordinar perfectamente, al menos cuatro instancias públicas, de manera prácticamente simultánea: las FFCCSS, los Servicios autonómicos de Protección de Menores, el Ministerio Público y los Servicios Sanitarios. Además, por si esto no fuera suficiente, se deberá dar conocimiento de la localización del posible menor, al Delegado o Subdelegado del Gobierno, competente por razón del territorio, donde éste se encuentre.

Muchos especialistas en la materia empiezan a reivindicar la acción unitaria, a través de un servicio integral, que podría ser autonómico, del menor. Pero pensamos que ni así podría evitarse la necesaria coordinación transversal de un buen número de instituciones, pues una acción integrada de tal magnitud, difícilmente podría circunscribirse al ámbito funcional de un único servicio integrado y de carácter unitario y homogéneo.

Por añadidura, resulta crucial la intervención de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Según el Reglamento, ésta deberá impulsar la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la

---

Policía y de la Guardia Civil y a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a través de las Oficinas de Extranjería, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el apartado anterior.

3. Para garantizar la exactitud e integridad del Registro, el Ministerio Fiscal podrá requerir a los Servicios Públicos de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías autonómicas, Policías locales, Instituciones Sanitarias y a cualquier otra entidad pública o privada, la remisión de cuantos datos obren en su poder sobre menores extranjeros no acompañados. Dichos datos serán remitidos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para la actualización del Registro.

En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor.

El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los siguientes datos referentes a la identificación de los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada.



intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor, o supuesto menor, hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación<sup>27</sup>.

A este respecto, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado<sup>28</sup>, al hilo de la respuesta pública coordinada y necesariamente transversal, reconoce que la intervención de distintos organismos y entes en el tratamiento del menor inmigrante o extranjero no acompañado es una de las causas de las dificultades que se detectan en la práctica, e impone prestar la máxima atención a la necesaria coordinación. Éste es un concepto clave desde el punto de vista funcional, y el éxito o fracaso de los mecanismos jurídicos de protección del menor, dependen —como acabamos de señalar— primordialmente de la efectiva comunicación, fluidez, cooperación y sobre todo coordinación interinstitucional.

<sup>27</sup> En la actualidad existe un *Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados* aprobado por el grupo de trabajo del Observatorio de la Infancia adscrito al Ministerio de Trabajo e Inmigración, que data del 14 de noviembre de 2005. En él se establece que «sólo excepcionalmente, el supuesto menor indocumentado ingresará en un centro de protección o recurso social adecuado, cuando precise atención inmediata, si no se han podido cumplir las pruebas de determinación de la edad».

En cualquier caso, dicho protocolo no es el previsto en este Real Decreto, toda vez que éste se ha impulsado, pero no ha concluido su elaboración. Según detalló, la Secretaría general de Inmigración y Emigración, para Europa Press, el pasado 13 de agosto de 2013, está impulsando la aprobación de dicho protocolo, lo que tiene su principal exponente en la existencia de un grupo interinstitucional (integrado por representantes de la Fiscalía General del Estado y de los Ministerios de Empleo y Seguridad Social, del Interior, de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) destinado a la elaboración del mismo. «La complejidad de la materia y el número de interlocutores afectados ha implicado que los avances se hayan producido a un ritmo no tan rápido como el deseado, pero cabe afirmar que el borrador de dicho Protocolo se encuentra ya en fase avanzada, siendo el próximo hito de relevancia su presentación a los directores generales competentes en materia de asuntos sociales o de protección de menores de las comunidades y ciudades autónomas», véase:

<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-gobierno-admite-retraso-elaboracion-protocolo-acompanamiento-menores-extranjeros-20130813141214.html>, consultado el 28 de febrero de 2014.

En el ámbito autonómico, para tratar de dar respuesta a esta problemática, en la Comunitat Valenciana se aplica el «Protocolo de actuación interinstitucional para la atención en la Comunitat Valenciana, de menores extranjeros en situación irregular indocumentados o cuya documentación ofrezca dudas razonables sobre su autenticidad», de marzo de 2010.

Dicho documento establece los mecanismos necesarios con el fin de garantizar una absoluta coordinación entre todas las instituciones y organismos actuantes (Fiscalía de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Conselleria de Bienestar Social y Conselleria de Sanidad), de forma que permitan determinar con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado, esencialmente a través de la realización de unas pruebas radiológicas de exploración de la muñeca en los hospitales públicos, con el fin de determinar la edad de maduración ósea del posible menor.

<sup>28</sup> Para su consulta, en esta función unificadora de la actuación del Ministerio Fiscal en materia de inmigración y extranjería la Fiscalía General ha dictado las Consultas 5/1987, 2/1990, 12/1997 y 1/2001, las Instrucciones 6/1991, 2/2001, 4/2001, 2/2002, 3/2003 y 6/2004; y las Circulares 1/1994, 3/2001 y 1/2002, entre otras.



En este contexto, el Ministerio Público asume un rol plenamente garantista y deberá velar, dentro de sus competencias, por el respeto al *iter* diseñado en el Protocolo de menores extranjeros no acompañados, aprobado por Acuerdo adoptado en la reunión del Grupo de Menores No Acompañados del Observatorio de la Infancia, en fecha 14 de noviembre de 2005.

Dados los términos generales de dicho Protocolo, según la mencionada circular, resulta especialmente aconsejable la elaboración de Protocolos de desarrollo a nivel provincial, con intervención de Ministerio Fiscal, Entidades Públicas de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e Instituciones Sanitarias, como ya se ha llevado a efecto en algunas provincias y CCAA, con la finalidad de garantizar la plena coordinación interinstitucional y determinar así con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado, así como, en su caso, la puesta del menor a disposición de los correspondientes servicios de protección.

De otro lado, si durante el procedimiento de determinación de la edad, el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores. Se trata de salvaguardar en todo momento la integridad física y psíquica del menor. 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 y se dará conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

Otra importante garantía consiste en el establecimiento legal de una presunción «*iuris tantum*» a favor de la minoría de edad en supuestos de duda, por ello, en el caso de que la determinación de la edad se realice en base a una posible horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor siempre que la edad más baja de ésta sea inferior a los dieciocho años. Se trata así de no arriesgar en cuanto al régimen jurídico aplicable, con su particular estatuto jurídico, dirigido a preservar el interés superior del menor.

Posteriormente, será precisa la constancia registral, y a tal efecto, 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 art. 215 del Reglamento que estamos analizando. Este decreto especificará la edad del menor, de forma aproximada y conforme a los elementos de prueba de que se disponga y tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo.

Por todo ello, y al no tratarse de una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, ésta podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No debe jamás olvidarse —como hemos visto— que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad, y disponiendo de más tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v.gr ortopantomografía) o



llevarse a cabo otro tipo de investigación (v.gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor etc.).

Otra importante acción garantista del Ministerio público, en favor de la celeridad, en este momento inicial de las primeras diligencias para la determinación de la edad, y por ende del universo de medidas a adoptar con el menor, consiste en la posible resolución del Fiscal fijando provisionalísimamente la edad a los efectos del art. 35 LE<sup>29</sup>. Incluso, la edad del extranjero localizado, podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego. Como quiera que siempre habrá de tomarse como edad del extranjero no acompañado la menor que se desprenda del informe médico, tal criterio o instrucción podrá anticiparse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con el fin de evitar dilaciones en un procedimiento que debe necesariamente, en interés del menor, estar presidido por la nota de celeridad, sin perjuicio de la ulterior documentación de la decisión y de su comunicación a la Entidad Pública de Protección de Menores.

Posteriormente, el servicio de protección de menores, tras haber sido puesto el menor a su disposición, 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 vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.

### **III. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DERIVADOS DE LA FRICCIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL EXTRANJERO LOCALIZADO Y LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD PERSONAL E INTEGRIDAD FÍSICA**

#### **1. Parámetros de la jurisprudencia constitucional española sobre las intervenciones físicas en relación con la intimidad personal**

Tal y como nos recuerda la jurisprudencia reiterada del TC sobre el carácter limitado de los derechos (por todas las SSTC 231/1988, 179/1991 y 20/1992), el derecho a la intimidad personal, proclamado en el art. 18.1 de la Constitución Española, está configurado como un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona a la que se refiere el art. 10.1 de nuestra Carta Magna, entrañando la intimidad personal, constitucionalmente garantizada, la existencia de un ámbito propio y

<sup>29</sup> Con ello se pretende activar las importantes funciones tuitivas que sobre los menores precisados de protección otorga tradicionalmente el ordenamiento jurídico al Ministerio Fiscal, y agilizar la resolución del expediente, pero también evitar que la intervención del Juez de Menores en esta fase supusiera una suerte de criminalización de los menores extranjeros no acompañados por su mera presencia en nuestro país.

reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana.

Con el Tribunal Constitucional debemos afirmar que la intimidad personal *«es un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental»* (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). En todo caso, *«lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio»* (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5).

En el mismo sentido, la STC 119/2001, de 24 de mayo, expresa que *«estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las incidencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada»* (FJ 5). Por lo que nos hemos preocupado de afirmar que *«el derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas»* (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 2 a), que sigue en este aspecto la doctrina del TEDH, entre otras STEDH de 10 de octubre de 2006, caso *L.L. c. Francia*).

Además, un aspecto muy importante a remarcar en estos momentos es el teleológico de cualquier intervención corporal. Ésta puede no vulnerar la integridad física, *in abstracto*, pero puede resultar una invasión o intromisión en esa esfera cuasi sagrada que es la intimidad protegida por nuestra Constitución. En este caso se implican intimidad e integridad y se gesta una especie de intersección jurídica entre estos dos derechos, que vamos a intentar explicar a continuación.

Se ha afirmado, en general, que las intervenciones o reconocimientos corporales, aun cuando, por sus características e intensidad, no supongan una intromisión en el derecho a la integridad física, sí pueden conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal en razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretende averiguar, cuando se trata de una información que afecta a la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar.

Así, en el caso resuelto en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, se llegó a la conclusión de que la intimidad personal se veía afectada cuando se pretendía esclarecer a través del análisis de un cabello *«si el imputado en un proceso penal es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser»*. Es decir, se trata de información objetivamente perteneciente al círculo de lo íntimo cuya revelación podía tener una incidencia especial por *«la condición de guardia civil del imputado al que se ordena*



soportar la intervención y pericia, dado que, si los resultados de la misma fueran positivos, en el sentido de demostrar su consumo de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y aunque ello no llegara a tener para él consecuencias de orden penal en la causa, sí podría acarrearle eventualmente responsabilidades de tipo disciplinario» [FJ 3 B)].

A la misma conclusión se llegó en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, con ocasión de un análisis de orina realizado a un trabajador de quien se descubrió que había consumido drogas, donde se remarcó que «una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes supone una afectación en la esfera privada de la persona» (FJ 5).

Por su parte, en la STC 25/2005, de 14 de febrero, se arranca de que la información relativa al consumo de alcohol afecta a la intimidad personal y que, consecuentemente, la resolución judicial que acordó incorporar al proceso la analítica obrante en el historial clínico para que el médico forense emitiera informe sobre la tasa de alcohol en sangre del demandante supone una injerencia en la intimidad personal.

Finalmente, la STC 206/2007, de 24 de septiembre, en un caso en que la Guardia Civil ordenó un análisis de sangre del imputado sobre las muestras que le habían sido extraídas en el hospital con fines terapéuticos para determinar su nivel de alcohol, constató que la determinación de si el afectado había consumido alcohol y cuál era su grado de impregnación alcohólica supone una injerencia en la vida privada de la persona.

De todo lo anterior conviene retener que en la totalidad de los supuestos de los que acabamos de dar cuenta el conocimiento que se adquiere a través de las actuaciones del poder público frente a las que se demandaba amparo se refería a aspectos que incidían en la esfera reservada o íntima de las personas concernidas (consumo de drogas, consumo de alcohol), razón por la cual se afirmaba por el TC la existencia de injerencia en la intimidad personal en atención a la finalidad a la que se encaminaban aquellas. Constatada la afectación a la intimidad, se aborda el examen de si la injerencia estaba o no constitucionalmente justificada, examen que concluye con resultados diversos, como veremos a continuación.

Por lo demás, como balance, cabe añadir que la doctrina del TC al respecto, partiendo del carácter no ilimitado de los derechos fundamentales, viene declarando (entre otras, STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2) que no podrá considerarse ilegítima «aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)». En esta misma Sentencia se recuerda que «aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad —a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE—, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información».

Por lo demás, la doctrina relevante ya había venido perfilándose a través de la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 (resumiendo lo dicho en la STC 207/1996, de 16 de

diciembre, FJ 4 y más reciente STC 199/2013, de 5 de diciembre), en virtud de la cual, los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes:

- a) La existencia de un fin constitucionalmente legítimo;
- b) Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad);
- c) Que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente,
- d) La estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones:
  - d1) «Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
  - d2) Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente,
  - d3) Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3 y STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7).

Por todo lo expuesto, en suma, resulta pacífico que este derecho a la intimidad personal, en cualquiera de sus manifestaciones, puede ceder en determinados casos ante un interés de carácter general, puesto que no existe ningún derecho absoluto e ilimitado, de modo que, cuando dos o más de estos derechos entran en colisión, se puede llegar al sacrificio total o parcial de alguno de ellos (o de ámbitos o dimensiones concretas) como resultado de una ponderación que tenga en cuenta los parámetros analizados.

## 2. Parámetros de la jurisprudencia del TEDH sobre conservación de muestras biológicas y otros datos personas en relación con la intimidad personal

El TEDH es contundente en esta materia, considerando que el derecho a la vida privada resulta comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN. Ello no obstante, una cosa es la afectación del derecho fundamental, y otra el análisis o juicio de legitimidad de la medida, en función de los intereses y bienes jurídicos afectados.

En efecto, la STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*, abordó la cuestión de si se vulneraba o no el derecho a la vida privada como consecuencia de que las autoridades policiales conservasen indefinidamente las huellas dactilares, las muestras celulares y los perfiles de ADN de dos personas (obtenidas mientras se encon-



traron detenidas) una vez que había concluido sin condena el proceso seguido contra ellos (en un caso por absolución y en otro por archivo de la causa tras retirarse la denuncia formulada). En los § 68 a 77, el TEDH considera que la información conservada de las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN constituyen datos de carácter personal al referirse a personas identificadas o identificables.

En lo que atañe a las muestras celulares, aprecia que la cantidad de información personal (íntima), contenida en ellas, conduce a considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho a la vida privada, de suerte que poco importa que las autoridades extraigan o utilicen sólo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN y que no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto<sup>30</sup>.

En lo referente a los perfiles de ADN, el TEDH razona que contienen menos información personal, pero que su tratamiento informatizado permite a las autoridades ir mucho más allá de una identificación neutra y realizar a partir de ella estudios de investigación familiar que descubran el vínculo genético entre personas, así como el origen étnico, cualidades que son indudablemente susceptibles de lesionar el derecho a la vida privada. Por todo ello concluye el TEDH que *«la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de estos últimos, al respeto de su vida privada, en el sentido del art. 8.1 del Convenio»*.

En el mismo sentido, en la decisión de inadmisión adoptada el 7 de diciembre de 2006 (caso *Van der Velden c. Países Bajos*, 29514/05), el TEDH rechazó la queja formulada en relación con la obtención de una muestra biológica de quien había sido condenado por un grave delito a fin de conservar su perfil de ADN, incluirlo en una base de datos y utilizarlo en la prevención de la comisión de delitos.

<sup>30</sup> La evolución más reciente del Derecho internacional (particular, en el ámbito del «acervo de Schengen») en esta materia es el Tratado de Prüm, firmado el 25 de mayo de 2005 por siete Estados miembros de la Unión Europea y relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. En su virtud, los Estados firmantes (entre los que se encuentra España, uno de los países promotores) se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de muestras y de perfiles de ADN a efectos de la persecución del delito, remitiendo a las disposiciones del derecho interno de cada Estado el régimen de tratamiento de los datos. De acuerdo con el art. 3 del Tratado, cada Estado miembro establecerá su fichero nacional de análisis de ADN y las condiciones para su consulta automatizada. Conforme al principio de disponibilidad de la información, los Estados miembros garantizarán la posibilidad de disponer de los índices de referencia relativos a los datos contenidos en sus ficheros, que contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante, sin que tales índices puedan contener otros datos que pudieran permitir la identificación directa de la persona. La consulta deberá formularse únicamente en casos concretos y de acuerdo con el derecho interno del Estado que la realice. Véase, I. CRESPO RUIZ DE ELVIRA, «El ADN y las bases de datos de AD en la investigación policial. Regulación actual y perspectivas de futuro», *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, núm. 4, julio-diciembre 2010, pp. 51-76.



El TEDH acepta que la obtención de la muestra bucal constituyó una intromisión en la intimidad del demandante y pone de manifiesto que, en relación con la obtención y recopilación de huellas dactilares, había considerado que no afectaba a la intimidad, pero que dado el uso que puede hacerse del material celular en el futuro, la sistemática retención de ese material excede del ámbito de la identificación neutra de caracteres tales como las huellas digitales, y que es suficientemente invasiva para considerarla intromisión en la vida privada en los términos del art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (§ 2).

Como se desprende de lo anterior, el TEDH sitúa el origen de la lesión en que la conservación de las muestras biológicas y los perfiles de ADN utilizados para la identificación supone, en sí misma considerada, una injerencia en la intimidad personal por su potencial utilización para la obtención de informaciones sensibles como son el origen étnico y la identificación de relaciones familiares.

De modo que, afirmada la existencia de injerencia en la vida privada, la cuestión se desplaza a la justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio de Roma. Y así, en la primera de las resoluciones citadas, al abordar el estudio de la existencia de un fin legítimo que justificase la injerencia apreciada, se ocupa de remarcar oportunamente la diferencia existente entre el supuesto abordado (conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de los autores de futuros hechos delictivos) de aquellos otros casos en los cuales *«la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido»* (§ 100).

El reproche del TEDH se dirige a la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos delictivos, pero no a la identificación de los autores de hechos delictivos a través del contraste del ADN obtenido a partir de muestras biológicas del sospechoso *«con vestigios anteriores conservados en la base de datos»* (§ 116).

La censura se realiza, por tanto, a la conservación de los datos personales, pues el TEDH afirma que *«se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada, tanto si se utilizan o no estos datos posteriormente»* (§ 119).

Por su parte, en la decisión de inadmisión anteriormente citada el TEDH consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada, prevista legalmente, resulta razonable en atención a que se impone a los condenados por delitos de cierta gravedad y que, a la postre, podría incluso beneficiarles al favorecer su exclusión de una eventual lista de sospechosos.

Del análisis de la jurisprudencia del TEDH realizada interesa retener que el peligro potencial de revelación o de acceso a datos que inciden en la intimidad personal constituye en sí mismo una injerencia en el derecho a la vida privada (si está o no justificada,



el TEDH ha considerado legítima la práctica de estos análisis cuando está «destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido», STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*, ya citada).

### 3. Líneas jurisprudenciales sobre las pruebas radiológicas de determinación de la edad de los MENA en relación con su integridad física

En el mismo orden de consideraciones, la naturaleza de las pruebas de análisis físico o de alguna clase de intervención (ya extractiva, ya invasiva) del cuerpo humano, ha sido objeto de análisis jurisprudencial, en cuanto podrían colisionar con el derecho a la integridad física del art. 15 CE o del art. 3 CEDH.

Entre ellas, las pruebas radiológicas constituyen, en efecto, una categoría de las denominadas por la doctrina «intervenciones corporales», que la STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, definió —a propósito del proceso penal— como «las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado».

En la práctica de estas pruebas, el derecho constitucional que generalmente se verá afectado será el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

En el fundamento jurídico segundo, de esta misma resolución, el TC distingue entre intervenciones corporales graves y leves, atendiendo al grado de sacrificio que impongan a este derecho; así, 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.)».

En este tipo de intervenciones leves, de mediar el consentimiento de la persona afectada, no se requerirá ninguna intervención judicial en su ejecución. Así lo ha proclamado el Tribunal Supremo, incluso en el ámbito penal, donde las consecuencias jurídicas que se pueden derivar para el destinatario de la prueba podrían ser gravemente perjudiciales (hipotética declaración contra sí mismo).

Un ejemplo de esta afirmación se recoge en la STS de 3 de febrero de 2000, en la que se razona, recogiendo la jurisprudencia sobre la materia, que cuando una persona se somete voluntariamente a una exploración radiológica, solicitada por la Policía Judicial a fin de comprobar si es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni su exploración constituye una actuación encaminada



a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, por lo que, no estando detenida, no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos.

En este mismo sentido, pueden citarse, entre otras, las SSTs de 15 de noviembre de 2001, 22 de diciembre de 2005 y de 31 de octubre de 2006, así como los acuerdos adoptados en Junta General de Sala de 5 de febrero de 1999. En todos estos casos, la policía actúa sin necesidad de previa autorización judicial, porque la intervención corporal consistente en la realización de una radiografía se considera una intervención leve, y se cuenta con el consentimiento del sometido a examen.

Partiendo de que la prueba radiológica es una intervención corporal leve que se efectúa a los únicos efectos de determinación de la edad, y siempre que no exista oposición ninguna por parte del presunto menor a su práctica, nada impide la realización de la misma sin autorización judicial, siempre que su ejecución sea acordada, al igual que cualesquiera otras pruebas que se estimen necesarias, por el representante del Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las facultades propias, subsanando, si resultara pertinente, las limitaciones que en la capacidad de prestar consentimiento o de apreciar, en su plenitud, su propia situación fáctica, pudieran tener los menores de edad no acompañados.

Resulta absolutamente imprescindible, por parte del Ministerio Público, realizar una rigurosa ponderación de la oportunidad de llevar a efecto la práctica de las pruebas de determinación de la edad, mediante la valoración de las circunstancias concurrentes y la búsqueda de la solución menos onerosa para la persona cuya edad se cuestiona (a ello obliga el interés superior del menor).

Ahora bien, cuando quien va a ser sometido a la medida se opone a la realización de la misma, la situación cambia radicalmente, y en este caso, la actuación de los representantes del Ministerio Fiscal no puede llegar al extremo de suplir el consentimiento del menor.

En este sentido, el TC ha desarrollado los pilares básicos de su doctrina en la sentencia 207/1996<sup>31</sup> De esta doctrina se desprende, en particular, que el posible riesgo para la

<sup>31</sup> En dicha STC 207/1996 puede leerse: «según doctrina reiterada de este Tribunal, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (SSTC 120/1990, f. j. 8.º, 137/1990, 215/1994, y 35/1996, ). Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (tal y como señalamos en la STC 35/1996, f. j. 3), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular. Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición «sine qua non» para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física. Esta doctrina es reafirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional



salud u otro bien constitucionalmente protegido pasa a un segundo plano, desplazado por la necesidad de que el afectado por la medida preste en todo caso su consentimiento a la ejecución de la misma, para salvaguardar su derecho a la integridad moral, el cual protege a la persona precisamente contra todo tipo de intervención en el cuerpo que carezca de la autorización del titular.

En virtud de todos estos argumentos, en caso de 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 Ministerio público no puede imponer su práctica, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor. Éste es el verdadero límite constitucional (de carácter jurisprudencial) que debe limitar este tipo de pruebas no consentidas y sin limitaciones judiciales previas que traten de salvaguardar cualquier otro bien protegido legal y constitucionalmente.

Quizás todo resultaría más claro, y la fundamentación jurídica más sencilla, si recordásemos en este punto, sobre el consentimiento del menor, el derecho del mismo a ser oído si tiene suficiente juicio; como apuntan la STC 71/2004, de 19 de abril; el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño; el art. 92.4 del Reglamento de Extranjería, y el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, 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.

#### IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL JUICIO DE PONDERACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE UN MENOR

El Tribunal Constitucional alemán ha inspirado de forma muy directa, en esta materia, a la doctrina constitucional española. En este sentido, ha señalado que, para poder responder al interrogante de si una concreta medida de intervención estatal es proporcionada, ha de establecerse, con carácter previo, la finalidad que con ella se persigue.

A partir de ese planteamiento, la medida será adecuada si se muestra «causal» para conseguir esa finalidad o si al menos la promueve; la medida será necesaria si no está disponible otro medio menos lesivo con la misma idoneidad, o más exactamente, si no existe ningún otro medio igualmente apropiado (o incluso más apropiado) para alcanzar

---

*206/2007, de 24 de septiembre, que recuerda en su fundamento jurídico tercero que el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) protege la inviolabilidad de la persona, no sólo en aquellos casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también —en lo que ahora interesa— contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular, por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento».*



ese fin y que a la vez sea menos lesivo para el afectado por ella; finalmente la medida será razonable —o proporcional en sentido estricto— sólo si los perjuicios unidos a la misma no guardan relación con las ventajas que produce, lo que exigirá una ponderación total de los costes y de los beneficios, teniendo en cuenta todos los preceptos constitucionales, especialmente los referentes a los derechos fundamentales en litigio<sup>32</sup>.

Resulta trascendental el jurisprudencial principio de proporcionalidad porque, aunque esta doctrina ha sido desarrollada a propósito de la ponderación que debe tenerse en cuenta en las resoluciones judiciales que acuerden una intervención corporal, también puede constituir un fundamental parámetro de actuación para cualquier poder público que proyecte sus funciones sobre el delicado ámbito de los menores.

Aquél se consagra como un principio general que puede inferirse de diversos preceptos constitucionales, en especial, de la proclamación del Estado de Derecho en el art. 1.1 CE y de la remisión por parte del art. 10.2 CE a los arts. 10.2 y 18 CEDH, de modo que el citado principio se configura como una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite ante cualquier injerencia estatal. Su ámbito de aplicación por excelencia es el de los derechos fundamentales, de manera que 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).

En tal dirección, la jurisprudencia constitucional ha destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple determinados requisitos o condiciones; concretamente debe valorarse si la medida en cuestión es adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, resulta necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; es decir, el carácter imprescindible de la misma, por no disponerse de otras menos lesivas y con igual aptitud para lograr el fin propuesto (juicio de necesidad); y, finalmente, ha de analizarse si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), o dicho de otro modo, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar.

<sup>32</sup> BVerGE 35, 382, 400 ss.; 23, 127, 133.



De otra parte, existen otras exigencias específicas establecidas por la jurisprudencia constitucional, derivadas del derecho a la integridad física y moral recogido en el art. 15 CE o el art. 3 CEDH, a las que no resulta desdeñable aludir:

a) Nunca podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla, un riesgo o quebranto no desdeñable para su salud.

b) La ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar siempre por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá disponer de la preparación especializada correspondiente en el supuesto de intervenciones graves que por sus características así lo requieran.

c) Finalmente, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 CE). (FJ 5 de la STC 207/1996).

Como no podía ser de otro modo, esta misma doctrina ya la había recogido asimismo el TEDH en distintas resoluciones como la Sentencia de 29 de abril de 1976 (caso *Han-dyside*), las Sentencias de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klass y otros*), así como la de 26 de abril de 1979 (caso *Sunday Times*) y la de 25 de marzo de 1983 (caso *Silver y otros*), de las que se concluye que para admitir cualquier limitación de los derechos y libertades no sólo es necesario que el medio utilizado sea el menos gravoso de todos los posibles, sino también que la forma de utilización del mismo sea proporcionada en sentido estricto a los fines perseguidos.

Como quiera que esta doctrina se ha desarrollado sobre todo para los supuestos de intervenciones acordadas con ocasión del proceso penal, es preciso realizar las adaptaciones necesarias para su adecuación al ámbito que nos ocupa, referido a la determinación de la edad de un menor extranjero no acompañado respecto del que no se realiza ninguna imputación de hecho punible.

El fin constitucionalmente legítimo que justifica en estos casos la intromisión corporal es el interés del Estado en determinar la edad de las personas que se encuentran en su territorio, teniendo sobre todo en cuenta las diferentes consecuencias jurídicas que de ello se pueden derivar y que se concretan, en relación con los menores de edad. Principalmente en el establecimiento de medidas adecuadas a la edad, encaminadas a la protección del posible menor, en tanto no hayan alcanzado la mayoría de edad. Ello es una consecuencia directa e incontestable de la obligación positiva de especial amparo y protección que en relación con los menores de edad obligan al Estado, tanto los instrumentos internacionales, como la Constitución y sus normas de desarrollo.

Por su parte, el juicio de idoneidad y de adecuación de la medida al objetivo propuesto, se consigue fácilmente si consideramos que, dentro de sus limitaciones propias, 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, como ya hemos visto, en caso de duda, habrá que inclinarse por la más baja, esto es, la más favorable a la persona cuya edad ha de determinarse (*favor minoris*).

Con carácter añadido, sobre el juicio de necesidad, ha de tenerse en cuenta 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 y quizás más invasivos de la intimidad e integridad de los posibles menores.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también resulta superado, ya que el riesgo médico de la prueba, aunque existente, es mínimo y residual, y la misma no produce dolor alguno ni patologías demostradas a partir de pequeñas y aisladas radiaciones muy localizadas.

## V. REFLEXIÓN FINAL: ACERCA DE LA VOLUNTAD DEL MENOR PARA PRACTICAR PRUEBAS RADIOLÓGICAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Llegados a este punto, debe hacerse notar que este aspecto se ha analizado en profundidad en la Consulta 1/2009 de Fiscalía, la cual seguimos en este tema, si bien no compartimos en todos los extremos la solución que al parecer resulta la adecuada.

En efecto, de lo argumentado hasta ahora ha de distinguirse el supuesto en que el presunto menor acepta someterse a las pruebas de determinación de la edad, de aquel otro en que se niega a dar su consentimiento para la práctica de las mismas.

La valoración acerca de la necesidad de la prueba exigirá, tanto en uno como en otro supuesto, que el Ministerio Público, antes de decidir sobre este aspecto, compruebe si existe anotación sobre el mismo menor en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Si a resultas de los datos que obrasen en el mismo fuere innecesaria la realización de prueba alguna para determinar su edad, no habría problema en este extremo.

Además, se recuerda en la Consulta 1/2009, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, el contenido de la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, según la cual «*si consultado el Registro consta practicada dicha prueba (radiológica), habrá de prescindirse de la nueva práctica solicitada, salvo que razones excepcionales aconsejen otra decisión*».

Resulta imprescindible que el Ministerio Público analice de manera rigurosa la conveniencia de realizar las pruebas de determinación de la edad teniendo en cuenta el criterio facultativo al respecto, pudiendo ser oportuno, en los casos más dudosos sobre



indicación de la prueba, remitir, previamente, al menor, al médico forense para que emita un dictamen. Así las cosas, en el caso de que el menor prestase su consentimiento para la práctica de la prueba, y el Fiscal considerase pertinente la realización de la misma, dispondrá que ésta se lleve a cabo en los términos del art. 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social.

En el 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. En este sentido se pronunció la Instrucción 2/2001 al afirmar que *«aunque la Ley no indica cómo se ha de llevar a cabo la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que sí se puede afirmar sin ningún género de dudas es que «puesta en conocimiento» no es lo mismo que «puesta a disposición», y que no es preciso, por tanto, que los agentes policiales trasladen físicamente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía, lo cual únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley. Por el mismo motivo, tampoco será necesario que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente»*<sup>33</sup>.

En el caso de que el menor se manifestara contrario a la realización de las pruebas, el Ministerio Fiscal deberá adoptar con la mayor urgencia las medidas adecuadas en orden a determinar la edad del menor con los datos que haya podido recabar. Son varias las razones que avalan esta urgencia. A este respecto, como nos recuerda la Consulta 1/2009, el art. 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social (Ley Orgánica de Extranjería), la cual otorga al Fiscal la competencia para acordar la práctica de las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, pretende que la duda acerca de su edad se resuelva en el menor tiempo posible. La referencia que al Ministerio Fiscal incorpora el citado art. 35 fue integrada en el texto legal vigente con la reforma operada en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, puesto que la redacción

<sup>33</sup> De igual manera, la Circular 2/2006 ha resaltado la celeridad que debe proyectarse sobre estos trámites: *«la resolución del Fiscal fijando provisionalmente la edad a los efectos del art. 35 LE, podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego. Como además siempre habrá de tomarse como edad del extranjero no acompañado la menor que se desprenda del informe médico, tal criterio o instrucción podrá anticiparse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con el fin de evitar dilaciones en un procedimiento que debe necesariamente, en interés del menor, estar presidido por la nota de celeridad, sin perjuicio de la ulterior documentación de la decisión y de su comunicación a la Entidad Pública de Protección de Menores»*.



primitiva de la ley atribuía la competencia para determinar la edad al Juez de Menores. Con la modificación se pretendían activar las importantes funciones tuitivas que sobre los menores precisados de protección otorga tradicionalmente el ordenamiento jurídico al Ministerio Fiscal, y agilizar la resolución del expediente, pero también evitar que la intervención del Juez de Menores en esta fase supusiera una suerte de criminalización de los menores extranjeros no acompañados por su sola presencia en nuestro país.

En segundo término, la conducción y permanencia en el centro sanitario con la finalidad de determinar la edad del presunto menor es una privación de libertad, análoga a la del art. 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sometida a las garantías del art. 17 CE, según la interpretación establecida en las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, y 86/1996, de 21 de mayo, y que, por tanto, no debe prolongarse innecesariamente.

En esta misma línea, la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado configuró la conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas como una situación de privación de libertad que debe prolongarse el menor tiempo posible y en la que el interesado ha de ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación y de sus derechos, aun cuando para garantizar adecuadamente los mismos no resulte precisa la asistencia de Abogado.

La Instrucción 2/2001 resalta, por su lado, la idea de celeridad en la tramitación del expediente, mientras la Consulta 2/2006 destaca el carácter provisional de las resoluciones que se adopten en el curso del mismo. El expediente de determinación de la edad previsto en el art. 35 de la Ley Orgánica de Extranjería, es una medida de naturaleza cautelar y provisionalísima encomendada al Ministerio Fiscal para resolver con carácter de urgencia, incluso, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, durante el servicio de guardia, cuál es la decisión a tomar con respecto de un extranjero indocumentado sobre cuya edad razonablemente se duda y que no se encuentra acompañado de un adulto que de él se responsabilice. El precepto está dirigido a solventar de la manera más urgente posible una situación de hecho, sin que tenga por objeto establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (mayoría o minoría de edad). Al carecer de efectos definitivos, en nada altera los derechos del afectado, que siempre tiene abierta la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos.

A partir de 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. Así, en primer término, deberá explicarle los aspectos médicos de la prueba, información que deberá comprender las cuestiones prácticas esenciales sobre la ejecución de la misma, esto es, su indicación desde el punto de vista médico para alcanzar el resultado pretendido, su realización de acuerdo con la *lex artis* y por personal facultativo cualificado, el riesgo residual que para la salud supone y su carácter indoloro,



así como que en ningún caso se va a efectuar de forma que suponga un trato inhumano o degradante.

La información deberá versar, en segundo lugar, sobre los aspectos legales de la misma. Así, deberá hacer saber al presunto menor que la prueba es adecuada para el fin de determinar su edad, que la misma va a ofrecer una horquilla dentro de la cual se optará por la más favorable a sus intereses, que en principio es necesaria, dado que en el estado actual de la ciencia médica puede ofrecer unos resultados fiables, y que no existe otra más moderada para la consecución del objetivo con igual eficacia.

Asimismo, la información debe hacerse extensiva a las consecuencias que se han de derivar de la práctica de la prueba, en concreto, la aplicación de la legislación de protección de menores, en el caso de que la horquilla más baja determine la minoría de edad, o, en caso contrario, de la legislación referida a los mayores de edad. Finalmente, es necesario advertir al interesado que su negativa podrá ser valorada como un indicio relevante de su mayoría de edad, dado que, a tenor del citado art. 35 de la Ley Orgánica de Extranjería, tiene la carga de someterse a la intervención.

En consecuencia, tras suministrar la debida información acerca de las pruebas que se proponen, el Fiscal, en el mismo acto, deberá oír al presunto menor sobre los motivos por los que no quiere someterse a las pruebas de determinación de la edad, con la finalidad de averiguar las razones de su reticencia. Como ya se ha indicado, el Fiscal no puede imponer coactivamente la realización de estas pruebas contra la voluntad del menor y, por tanto, ha de resolver con los datos de que disponga hasta ese momento.

El Fiscal ha de adoptar la decisión final sobre la edad del menor con la debida cautela, y para ello ha de valorar la explicación del afectado por la medida acerca de su negativa a realizar la prueba. El sentido de la exploración es averiguar si concurren circunstancias de temor al acto médico o de otra naturaleza, así como su disposición a realizar otro tipo de pruebas alternativas, pues no debe obviarse el papel que corresponde al Fiscal en orden a proteger los intereses del presunto menor dadas sus limitaciones en la capacidad de valorar de forma completa la situación fáctica en que se encuentra.

En cualquier caso, como ya se ha adelantado, la negativa a la práctica de la prueba puede ser tenida en cuenta como un indicio más en orden a determinar la edad del afectado por la medida. Para ello habrán de ponderarse todos los datos obrantes en el expediente. Como destacó la STC 7/1994 a propósito de la negativa a realizar las pruebas de paternidad mediante el análisis del ADN, si existe una decisión judicial razonada, teniendo en cuenta que estas pruebas no son denigrantes ni afectan a la dignidad de la persona ni vulneran los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando una persona irracionalmente y sin peligro para la vida se niega a someterse a las mismas, el Tribunal —en este caso, el Fiscal— puede y debe sacar las consecuencias correspondientes a esa negativa. En el mismo sentido, ATC 9 de marzo de 1990 —núm. r: 1285/1988— y en la STC 37/1989, FJ 8.



Aplicando esta doctrina a los supuestos examinados, y partiendo de una valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la mayor o menor intensidad de las dudas sobre la edad del menor, cuando, por las circunstancias personales del extranjero afectado, se encuentre éste en perfectas condiciones de madurez psicofísica para poder ser informado y comprender la finalidad que se persigue en la realización de la prueba y el Médico competente pueda adelantar un pronunciamiento según los datos de que dispone y las características externas del extranjero, mediando previa información sobre las consecuencias de su negativa, podría afirmarse que su oposición a la práctica de la prueba es injustificada y considerarse como mayor de edad a los efectos del art. 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, (solución adoptada por la Junta de Fiscales de Menores de Valencia celebrada el día 28 de octubre de 2002), pero habrán de tenerse en cuenta todos los datos recabados, de modo que si todos apuntan a la minoría de edad, deberá establecerse así, a pesar de la posición adoptada por el menor ante el requerimiento a someterse a las pruebas.

En definitiva, y recapitulando, la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso, lo que se produciría si operase automáticamente la negativa a someterse a las pruebas como un contraindicio determinante en su contra<sup>34</sup>.

#### TITLE

NEW CHALLENGES FOR AGE DETERMINATION OF FOREIGN UNACCOMPANIED MINORS (A STUDY IN THE LIGHT OF THE NATIONAL AND INTERNATIONAL STANDARDS FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS)

#### SUMMARY

I. RELEVANCE AND PRACTICAL IMPLICATION OF THE TOPIC: AGE DETERMINATION OF UNACCOMPANIED MINORS AND THE CHILD'S BEST INTEREST. II. LOCALISATION OF MINORS, PREVIOUS PROCEEDINGS AND GUARANTEES OF THEIR RIGHTS. 1. The legal and regulatory concept of «MENA»: Preliminary considerations. 2. Measures determining the age of the Protocol of Unaccompanied Foreign Minors and guarantees of their rights. III. CONSTITUTIONAL MATTERS DERIVING FROM THE CONFLICT BETWEEN THE PROCEDURE OF AGE DETERMINATION IN RELATION TO UNACCOMPANIED MINORS AND THE RIGHTS TO PRIVACY AND PHYSICAL INTEGRITY. 1. Parameters of the Spanish constitutional jurisprudence on physical interventions in relation to personal privacy. 2. Parameters of the jurisprudence of the ECHR on the conservation of biological samples and other data relating to individuals personal privacy. 3. Jurisprudential lines on radiological tests for determining the age of the MENA in relation to physical integrity. IV. THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ITS APPLICATION WHEN ASSESSING THE AGE DETERMINATION FOR AN UNACCOMPANIED MINOR. V. CONCLUDING REMARK: THE MINOR'S WILL IN RELATION TO THE PRACTICE OF RADIOLOGICAL TESTS TO DETERMINE THE AGE AND THEIR LEGAL CONSEQUENCES.

<sup>34</sup> Ministerio Fiscal, Consulta 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.

**KEY WORDS**

*Unaccompanied minors; Repatriation; Unaccompanied foreign minors; Age determination; Protection of minors; Foreign minors' rights; Minors' fundamental rights; Family union.*

**ABSTRACT**

*The present paper tackles the international and national guarantees protecting unaccompanied foreign minors who are present in Spain, in particular the procedure to determine their age. The topic has been and is currently submitted to discussion in doctrine due to the relevant character of the fundamental rights at stake and the risk of violation of them. Furthermore, this analysis is a previous and necessary condition to better apply the special minors' legal regime, which has absolute priority over other legal provisions, insofar as it aims at guaranteeing this group of vulnerable people and implies an unavoidable premise to articulate repatriation based on family unit and, eventually, the application of other protecting measure in our country.*

*The issue of age determination practices for aliens who are present in the territory of Spain essentially derives from the implications of a set of fundamental rights and guarantees at stake which very often make emerge tensions when applying the specific protocol on foreign minors' legal regime. There are important questions which have been solved through the case-law (from the highest national and international jurisdictions) on a case-by-case basis, but there are still many fundamental rights involved in this problematic issue (liberty, personal and family life, physical integrity, movement and residence, among others) together with many factors having a clear impact in the correct application of the procedure to determine the age. The present research intends to clarify and establish some principles and objective references in this area, since the main pillars (both at the national and international normative levels) are rather casuistic and heterogeneous.*

Fecha de recepción: 23/10/2015

Fecha de aceptación: 15/11/2015

