

CAPÍTULO XIII

Menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la determinación de su edad

Rebeca Castrillo Santamaría

Universidad del Atlántico Medio y Universidad Isabel I (ESPAÑA)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. 1. El interés superior del menor. 2. El principio de presunción de minoría de edad. 3. El principio de no discriminación. III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA. 1. Incoación. 2. Tramitación: eventual presencia de la persona en Fiscalía y autorización de pruebas médicas, información y consentimiento. 3. Finalización. IV. UNA CONTROVERSIA AÑADIDA: EL VALOR DE LA DOCUMENTACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS. V. LA TUTELA JUDICIAL CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA. 1. Jurisdicción y competencia. 2. Procedimiento. A. Posición procesal del Ministerio Fiscal. B. Tramitación preferente, ¿y sumaria?. 3. Fundamento de la impugnación: derechos fundamentales vulnerados. VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL NUEVO PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EVALUACIÓN DE LA EDAD. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En un siglo como el actual, en el que se está produciendo la movilidad de un importantísimo número de menores procedentes de países en vías de desarrollo, sin referentes adultos y en el contexto de flujos migratorios de gran complejidad (económicos, refugiados, desplazados y víctimas de trata, entre otros), la cuestión de la determinación de la edad es trascendental. Especialmente, en países occidentales como España, en los que las concretas medidas a adoptar respecto de menores extranjeros no acompañados¹ en situación irregular dependen del resultado de la determinación de la edad.

Según la Observación General número seis del Comité de Derechos del Niño (2005), la primera medida a adoptar para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia es la determinación de la edad que, en España, tratándose de un menor indocumentado, le corresponde al Ministerio Fiscal, a través del llamado «Expediente de Determinación de la Edad» (en adelante, EDE).

Se trata de un expediente administrativo que termina con un decreto en el que el representante del Ministerio Fiscal debe precisar si la persona interesada debe ser considerada menor o mayor de edad, o si el propio expediente debe archivarse. Se trata, también, de un procedimiento no exento de crítica, al igual que la actuación del Ministerio Fiscal, pues dudando de la minoría de edad manifestada por la persona interesada e, incluso, evidenciada por la documentación oficial que portaba, ha venido ordenando la práctica de unas pruebas médicas de determinación de la edad ampliamente cuestionadas para, a la postre, sin posibilidad alguna por parte del menor de formular oposición, proceder a la declaración de su mayoría de edad, mediante un decreto no

¹ La Directiva 2011/95/UE define al menor extranjero no acompañado como aquel menor que llegue al territorio de un Estado miembro de la Unión Europea sin estar acompañado por un adulto responsable de él según la ley o la práctica del Estado miembro de la Unión de que se trate y mientras no esté efectivamente al cuidado de esa persona o que queda sin compañía después de haber entrado en el territorio del Estado miembro de la Unión Europea. En similares términos se pronuncia el artículo 189 del *Real Decreto 557/2001, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (REX)*, añadiendo la apreciación respecto de dicho menor del riesgo de desprotección, en tanto en cuanto el adulto responsable no se haya hecho cargo del mismo, y la consideración de cualquier menor extranjero que, una vez en España, se encuentre en la situación anteriormente descrita.

susceptible, al menos por falta de previsión legal, de impugnación directa en la vía jurisdiccional.

En estas circunstancias, pudiera parecer que la única opción de la persona interesada es la de recurrir los efectos que se deriven del decreto de determinación de edad, que no el propio decreto, siempre y cuando dichos efectos se produzcan, en su caso, a través de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, a la que se refiere el artículo 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Por ejemplo, frente a la resolución determinante del cese de la tutela por parte administrativa como consecuencia de la determinación de la mayor edad en el EDE.

En estos casos, la oposición a la resolución administrativa de cese de la tutela de un menor –que se dicta con apoyo en un decreto de la Fiscalía de mayoría de edad–, permite a los tribunales pronunciarse sobre dicho decreto. Ahora bien, cuando se produce tal decreto de determinación de la mayor edad y no consta la existencia de una resolución de la entidad pública que deniegue la declaración de desamparo, la doctrina jurisprudencial ha reconocido la posibilidad de impugnación directa del referido decreto del Ministerio Fiscal. Solicitando la tutela judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española (en adelante, CE) y que pudieran ser vulnerados tanto por el decreto de determinación de la edad del Ministerio Fiscal como con ocasión de la tramitación del EDE, al que dicho decreto pone fin. Se trata de una impugnación que, en el orden jurisdiccional civil, puede tener lugar por la vía del proceso declarativo ordinario y, más concretamente, mediante la interposición de la demanda a la que se refiere el artículo 249.1.2º LEC, para la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental, excepción hecha del derecho de rectificación.

Partiendo de lo anterior, y previo planteamiento de la situación fáctica y jurídica que da lugar a la controversia, constituye el objetivo general de este trabajo dar visibilidad a la escasamente explorada fórmula de protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España y que, además, constituye la vía idónea para la

práctica, con todas las garantías procesales y constitucionales, de cuantas pruebas resulten necesarias en orden a la determinación de la edad.

II. PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

El procedimiento de determinación de la edad es un trámite esencial y trascendental para las personas menores de edad no acompañadas. La edad no solo es la medida de la duración de vivir. Desde el punto de vista jurídico, la edad da lugar a dos estados civiles, la mayor y la menor edad, acarreando consecuencias jurídicas de diversa índole, al ser el dato objetivo que permite tanto atribuir la capacidad de obrar de una persona, según dispone el artículo 246 del Código Civil, como determinar el grado de responsabilidad de sus actos, en cada momento de su vida, así como, en su caso, el sometimiento a la jurisdicción penal de adultos, en lugar de la de menores, tal y como así se desprende del artículo 19 del Código Penal.

Además, la determinación de un menor extranjero en situación irregular en España como mayor de edad implica que no se adopten las medidas de protección de menores por las administraciones autonómicas. Tratándose de un extranjero indocumentado mayor de edad será un infractor de la normativa de extranjería, por encontrarse irregularmente en territorio español, según el artículo 53 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, LOEX), hecho que constituye una infracción grave de las que pueden sancionarse con la expulsión del territorio español (art. 57.1 LOEX). En cambio, si se tratare de un menor de edad deberá ser puesto a disposición de los servicios de protección de menores, al tiempo que habrá de resolverse entre su repatriación o permanencia en España, conforme a los artículos 35 LOEX y 92.2 y 4 del *Real Decreto 557/2001, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, REX).

1. El interés superior del menor

Cualquier acción que se realice o decisión que se adopte y que deba afectar a un menor tiene que estar inspirada por el «interés superior del menor» que, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional «[...] es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos»², primando dicho interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, tal y como así establece el artículo 2 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM), cuyo ámbito de aplicación (art. 1) se extiende a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, sean nacionales o extranjeros, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

La identificación del interés superior del menor requiere una valoración particularizada de cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, y, en supuestos como los de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados, debiendo conciliarse el celo dirigido a evitar el fraude y otros graves inconvenientes, como es el peligro que representa para los menores que están tutelados en un centro el ingreso y la convivencia con quien no lo es, con el riesgo que, por otro lado, supone tratar como mayor y dejar sin protección a quien sí es menor.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, no existiendo instrumentos jurídicos que especifiquen de manera clara cuál es su contenido. En el caso de los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España qué duda cabe que ese interés superior del menor pasa, en primer término, por la protección del menor que se encuentra en nuestro país sin familia pues, como en el ámbito de la Unión Europea puso de manifiesto la *Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la*

² STC 64/2019, 9 mayo, f.j. 4º.

situación de los menores no acompañados en la UE, un menor no acompañado es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, debe ser el principio rector de los Estados miembros y la Unión Europea en este ámbito. Tal interés sería quebrantado tanto cuando un menor sea tratado como mayor de edad, como cuando un mayor de edad sea considerado menor de edad, pues en estos casos al conjunto de los menores amparados por el sistema público de protección se les impone una convivencia no deseable para su adecuado desarrollo.

2. El principio de presunción de minoría de edad

En relación con dicho «interés superior del menor» y por lo que se refiere a la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse poniendo el acento en la importancia de la protección de sus derechos y en la aplicación de la normativa nacional, europea e internacional que protege los derechos de los menores, desde el momento en que la persona afectada es identificada como menor, de acuerdo con el principio de presunción de minoría de edad, que la STEDH de 21 de julio de 2022, asunto *Darboe y Camara c. Italia*, consideró «un elemento inherente a la protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad» (§ 153). Este principio, por demás, se encuentra enunciado expresamente en el artículo 12.4 LOPJM, para el caso concreto de no poderse establecer la mayoría de edad de una persona, en tanto en cuanto se determina su edad.

3. El principio de no discriminación

Además, no debe olvidarse que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España exige tener presente que, cuando nos referimos a menores, no cabe distinción entre nacionales y extranjeros.

En España, los niños gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE), que válidamente firmados forman parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96 CE) y entre los que destaca la Convención de Derechos del Niño (1989), cuyo artículo 2 consagra el principio de no discriminación. Por tanto, los derechos que el ordenamiento jurídico español reconoce a los niños lo son para todos los niños, nacionales y extranjeros³.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

Una de las cuestiones más difíciles de abordar en relación con los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España es la determinación de la edad. Por regla general, se trata de personas cuyas manifestaciones o apariencia física hacen surgir dudas acerca de su mayor o menor edad, estando indocumentadas o a la vista de la documentación que portan, que pudiera resultar contradictoria con la apariencia que de aquellas se desprende, generando desconfianza en las autoridades nacionales.

No obstante, como ya se avanzó, la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados es una cuestión de gran trascendencia puesto que la edad de una persona es un medio de identificación personal y el procedimiento para su evaluación, cuando la persona alega ser menor, esencial para garantizarle todos los derechos derivados de su condición de menor⁴.

En España, para los supuestos de localización por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de una persona indocumentada cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el artículo 35.3 LOEX dispone, de forma inmediata, tanto la atención que la persona precise por parte de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo en lo establecido

³ CABEDO MALLOL, Vicente, «Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección de la infancia y adolescencia: luces y sombras», en AAVV.: *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia* (coords. CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 55.

⁴ STEDH 21 de julio de 2022.

en la legislación de protección jurídica del menor, como la puesta en conocimiento inmediato del hecho al Ministerio Fiscal⁵, para la determinación de su edad, en la que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas realizando, con carácter prioritario, las pruebas necesarias.

Ello, de acuerdo con el artículo 190.2 REX, que previó la adopción de un *Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados* destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación, cumpliéndose tal previsión con el dictado de la *Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados*⁶, en la que se contiene la regulación del EDE, que en resumidos términos se expone a continuación.

1. Incoación

De conformidad con la anterior Resolución de 13 de octubre de 2014, el EDE se incoará mediante decreto, de forma inmediata, y se tramitará siguiendo las formas de las diligencias preprocesales del artículo 5 de la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento o reciba comunicación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, autoridad, institución, entidad local o autonómica, de localización de un extranjero indocumentado cuya minoría de

⁵ Cabe poner de manifiesto, como así hiciera la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, 680/2020, de 5 de junio (f.j.4º), que se trata de una puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal que la LOEX establece en atención a su condición de garante y defensor del menor, según las funciones que le atribuyen los artículos 3.7 y 3.13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por *Ley 50/1981, de 30 de diciembre*, sin perjuicio de las demás que establece la misma LOEX (artículos 19.2, 31 bis, 57.7.a/ y b/, 59.4, 62.1, y 62.3, 62 bis.1.i/).

⁶ La Fundación Raíces denunció el Protocolo Marco alegando que las pruebas que se llevan a cabo para determinar la edad de los supuestos menores son intrusivas y denigrantes, concluyendo al respecto la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, 131/2018, de 31 de enero, que se trataba de una instrucción interna contra la que no cabía recurso (f.j. 2º).

edad no pueda ser establecida con seguridad y que no aparezca inscrito en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, al que se refiere el artículo 215 REX.

Por tanto, la decisión del Ministerio Fiscal de incoar el EDE implica, en primer término, el conocimiento de la localización de una persona extranjera indocumentada cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad y que dicha persona no haya sido evaluada debidamente con anterioridad e identificada de manera adecuada. Así, a los efectos de incoación del EDE, lo primero que debe descartarse es que la persona se encuentra inscrita en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, puesto que en caso contrario la edad que refleje dicho Registro es la que debe ser tomada en cuenta para decidir si el mismo ha de ser tratado como adulto o como menor.

2. Tramitación: eventual presencia de la persona en Fiscalía y autorización de pruebas médicas, información y consentimiento

Descartada la inscripción de la persona interesada en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, en orden a la determinación de la edad, se dictará el decreto de incoación del EDE, correspondiéndole al Ministerio Fiscal, en exclusiva, la decisión sobre la práctica de las pruebas médicas dirigidas a eliminar las dudas sobre la mayoría o minoría de edad del extranjero indocumentado, mediante acuerdo adoptado al respecto. No obstante, con carácter previo a la autorización y práctica de las pruebas médicas, la persona podrá ser trasladada a presencia del Ministerio Fiscal, cuando así este lo disponga, tras valorar la información que reciba por las fuerzas policiales

No se autorizarán pruebas médicas repetitivas de otras practicadas ni otras nuevas cuando se aprecie riesgo para la salud del menor (según informe previo del facultativo o del médico forense) y cuando se autoricen se practicarán conforme al principio de celeridad, con respeto a la dignidad de las personas, previo consentimiento del afectado y con control médico-sanitario.

La persona debe ser informada de sus derechos a fin de que manifieste su voluntad a favor o en contra de la realización de las pruebas de determinación de la edad, pues el Ministerio Fiscal solo podrá autorizar las pruebas médicas si el interesado presta su consentimiento tras haber sido fehacientemente informado sobre el tipo, características y riesgos de las pruebas a las que va a ser sometido así como la finalidad que se persigue con la realización de las pruebas y las consecuencias que se derivarían de su negativa a practicarla.

Téngase en cuenta que en el supuesto de negativa a prestar su consentimiento para la práctica de las pruebas, el Ministerio Fiscal, tras recibirle declaración y tomando en consideración todas las circunstancias obrantes en el expediente, podrá determinar que se trata de un mayor de edad⁷. Por ello, no deja de llamar la atención, y más tratándose de menores, que la práctica de las pruebas médicas de determinación de la edad e, incluso, la debida prestación del consentimiento por parte de los interesados, pese a la afección que suponen en la órbita de los derechos fundamentales, queden al margen de cualquier garantía jurisdiccional.

3. Finalización

El EDE concluye tras el decreto del Ministerio Fiscal cuya parte dispositiva podrá determinar: (i) si el interesado debe ser considerado menor de edad, declarándose expresamente en ese caso y acordándose su puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores; (ii) el archivo provisional de las diligencias, si no es posible pronunciarse sobre la mayoría o minoría de edad, por no haberse presentado el interesado a la práctica de las pruebas médicas; (iii) si el interesado debe ser considerado mayor de edad, declarándose así expresamente y comunicándolo a la mayor urgencia a la Brigada Provincial de

⁷ La Consulta 1/09 de la Fiscalía General del Estado sí prevé, sin embargo, la entrevista personal del Ministerio Fiscal con el menor, cuando éste no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, y de los efectos que podrían resultar de su negativa a la práctica de la prueba, ya que «podrá valorarse, junto con los restantes datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad. Se tratará de un indicio poderoso, pero no determinante, pues la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso».

Extranjería y Fronteras del CNP y, en su caso, al Cuerpo policial que realice la investigación.

No obstante, como se desprende de todo lo hasta ahora expuesto, el EDE se desarrolla sin ningún tipo de asistencia legal para quienes hasta ese momento – por disposición de la normativa nacional e internacional– gozan de la presunción de la menor edad, sin posibilidad alguna por su parte de formular más oposición que la propia a la práctica de las pruebas médicas, sin mediar garantía jurisdiccional alguna y, en todo caso, sin previsión legal de impugnación judicial frente al decreto del Ministerio Fiscal que pone fin al EDE.

IV. UNA CONTROVERSIA AÑADIDA: EL VALOR DE LA DOCUMENTACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS

Además, el EDE no solo ha sido empleado en relación con personas extranjeras indocumentadas cuya minoría de edad no pudiera ser establecida con seguridad sino, también, respecto de aquellas personas cuya documentación identificativa no generaba confianza de autenticidad a la Administración y que pueden considerarse indocumentados a los efectos del Protocolo⁸.

En este contexto, ha sido frecuente la problemática sobre el valor de la documentación que portan o que aportan, con posterioridad a su localización, los presuntos menores; generalmente, pasaportes expedidos en sus países de origen, cuando dicha documentación contiene datos aparentemente contradictorios con la apariencia o realidad física de la persona⁹. En estos casos,

⁸ De conformidad con el apartado sexto del Capítulo II del Protocolo, cuando en la documentación presentada concurre alguna de las circunstancias siguientes: A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados; B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente; C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos; D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española; E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado; F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento; y G) Incorporen datos inverosímiles.

⁹ En cuanto a los requisitos para la entrada en territorio español, debe tenerse en cuenta que el artículo 25.1 LOEX exige, entre otras circunstancias, la tenencia del pasaporte o documento de

la Administración también se ha servido del EDE para desarrollar los trámites tendentes a la averiguación de la edad real del sujeto, mediante la práctica de las pruebas médicas, concluyendo, generalmente, con el decreto del Ministerio Fiscal determinando la mayor edad de la persona en cuestión y la consiguiente negación por parte de la Administración tanto de la protección propia de los menores como la derivada de las normas de extranjería.

Sin embargo, a la vista de lo dispuesto en los artículos 35.3 LOEX y 190 REX, y a partir de las SSTs, Pleno, Sala Civil, 453/2014 y 454/2014, de 23 de septiembre, la doctrina jurisprudencial determinó que:

[...] el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para, a la postre, ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido¹⁰.

Al mismo tiempo, imponiendo la realización de un juicio de proporcionalidad y ponderación de las razones que llevan a considerar que el documento de identidad no es fiable y determina la procedencia de realizar las pruebas de determinación de la edad, tanto cuando se trate de personas documentadas como indocumentadas, supuesto respecto del que afirmó la doctrina jurisprudencial, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no puede aplicarse indiscriminadamente.

viaje acreditativo de la identidad. En los mismos términos se pronuncia el artículo 6 REX que, además, añade que los pasaportes, los títulos de viaje y demás documentos que se consideren válidos deben estar expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho Internacional y contener datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los titulares.

¹⁰ Repetida con posterioridad en las SSTs, Sala Civil, 452/2014, de 24 de septiembre, 11/2015, de 16 de enero, 13/2015, de 16 de enero, 318/2015, de 22 de mayo, 319/2015, de 23 de mayo, 320/2015, de 22 de mayo, 329/2015, de 8 de junio, 368/2015, de 18 de junio, 411/2015, de 3 de julio, 507/2015, de 22 de septiembre, y 720/2016, de 1 de diciembre.

Esta doctrina jurisprudencial fue incorporada al artículo 12.4 LOPJM¹¹ que, actualmente, para los supuestos en los que no pueda ser establecida la edad de una persona, afirma que será considerada menor de edad, en tanto se determina su edad, debiendo el Ministerio Fiscal realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. Además, tal y como se puso de manifiesto a partir de la STS, Sala Civil, 307/2020, de 16 de junio, sin que las dudas de Ministerio Fiscal suscitadas acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, puedan prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal, a efectos de obtener la protección de menores¹².

V. LA TUTELA JUDICIAL CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

No estando previsto legalmente ni que el interesado pueda formular oposición en el EDE ni la impugnación judicial del decreto de terminación de dicho expediente, pudiera parecer que cuando el interesado no esté de acuerdo con la decisión contenida en tal decreto, no tendrá otra opción que la de recurrir los efectos derivados de dicho decreto y no el propio decreto. Siempre y cuando tales efectos se hayan producido, y, en su caso, a través del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780 LEC). Por ejemplo, cuando se produzca la resolución determinante del cese de la tutela por parte de la Administración y la

¹¹ A través del artículo 1.7 de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en vigor desde el 18 de agosto de 2015.

¹² La misma doctrina ha sido reiterada por las SSTS, Sala Civil, 357/2021, de 24 de mayo, 410/2021, de 18 de junio, 412/2021, de 21 de junio, 610/2021, de 20 de septiembre, y 796/2021, de 22 de noviembre.

denegación de la declaración de desamparo, tras ser decretada la mayoría de edad por el Ministerio Fiscal¹³.

Se plantea así qué ocurre cuando se tiene lugar el decreto de terminación del EDE, declarando la mayor edad de la persona interesada, y no consta la existencia de una resolución de la entidad pública que deniegue la declaración de desamparo, a través de la cual poder impugnar, al menos indirectamente, el decreto de determinación de la mayor de edad del extranjero, que si bien es revisable, de oficio o a instancia de quienes ostenten un interés legítimo¹⁴, *a priori*, no es susceptible de impugnación judicial.

En esos casos, aparentemente, no hay posibilidad de atacar ese decreto de determinación de la mayor edad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la determinación de la edad tiene una evidente repercusión sobre la esfera de los derechos del interesado, dependiendo de cuál sea el juicio o la decisión que, sobre su mayoría de edad, se adopte. Como se ha expuesto precedentemente, puede comportar la aplicación de todo un régimen jurídico de protección integrado por normas internacionales, estatales y autonómicas sobre la protección de los menores, o bien puede dar lugar a uno de los presupuestos para iniciar un procedimiento de expulsión del extranjero del territorio nacional, de reagrupación o de repatriación.

Tales efectos han sido considerados por la doctrina jurisprudencial lo suficientemente relevantes como para que, por exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y, por supuesto, de la protección del menor, puesto que al declararse su mayoría de edad se le excluye del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores y se le niega el reconocimiento de los derechos del niño, aquella reconozca expresamente la posibilidad de

¹³ Así lo evidencian las SSTs, Sala Civil, 453/2014, 452/2014, de 24 de septiembre, 11/2015, de 16 de enero, 13/2015, de 16 de enero, 318/2015, de 22 de mayo, 319/2015, de 23 de mayo, 320/2015, de 22 de mayo, 329/2015, de 8 de junio, 368/2015, de 18 de junio, 411/2015, de 3 de julio, 507/2015, de 22 de septiembre, 720/2016, de 1 de diciembre, 307/2020, de 16 de junio, 357/2021, de 24 de mayo, 796/2021, de 22 de noviembre, 218/2022, de 21 de marzo, 319/2022, de 20 de abril, 336/2022, de 27 de abril, 564/2022 y 535/2022, de 12 de julio, y 590 y 591/2022, de 27 de julio.

¹⁴ Apartado Sexto (Finalización del expediente. El decreto del Ministerio Fiscal), del Capítulo V de Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

impugnación directa del referido decreto del Ministerio Fiscal, pese a no existir norma procesal alguna que así lo establezca¹⁵.

Esa posibilidad de impugnación directa del referido decreto del Ministerio Fiscal es la que cabe realizar solicitando la tutela judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la CE y que, en el caso que nos ocupa, pudieran ser vulnerados por el decreto de determinación de la edad del Ministerio Fiscal o con ocasión del EDE.

1. Jurisdicción y competencia

Se trata de una impugnación para cuyo conocimiento es competente el orden jurisdiccional civil, en atención al contenido de los derechos fundamentales invocados, siempre y cuando estén vinculados a la determinación de la edad del menor, lo que tiene trascendencia a la hora de fijar su identidad y estado civil y resulta ser competencia propia de la jurisdicción civil a la que, en última instancia, le corresponde conocer, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, tal y como así determina el artículo 9.2 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Será competente para el conocimiento de dicha pretensión, el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandante y, cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho vulnerador del derecho fundamental de que se trate (arts. 45 y 52.6 LEC).

2. Procedimiento

Esta impugnación puede tener lugar por la vía del procedimiento de juicio ordinario y, más concretamente, mediante la interposición de la demanda a la

¹⁵ SSTS, Sala Civil, 410/2021, de 18 de junio, 412/2021, de 21 de junio, 610/2021, de 20 de septiembre, y 760/2022, de 8 de noviembre.

que se refiere el artículo 249.1.2º LEC¹⁶, para la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental (arts. 14 a 29 CE), pues la falta de previsión legal de un recurso directo contra el decreto de determinación de la edad no permite acudir directamente al recurso de amparo constitucional, dada su naturaleza subsidiaria y teniendo el interesado abierta la vía jurisdiccional ordinaria indicada para impugnar las resoluciones del Ministerio Fiscal en esta materia¹⁷.

Se trata de un procedimiento que presenta algunas singularidades procesales respecto de otros de su misma clase, tanto por la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal como por su tramitación preferente, y en relación con el que no cabe dudar respecto de la capacidad procesal de los menores de edad, en tanto en cuanto, tal y como así expuso la STC 183/2008, de 22 de diciembre, el derecho al a tutela judicial efectiva exige que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier órgano jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal.

A. Posición procesal del Ministerio Fiscal

Una de esas singularidades procesales atañe a la posición procesal del Ministerio Fiscal. El artículo 249.1.2º LEC determina que en todos los procesos en los que se pretenda la tutela de cualquier derecho fundamental sería siempre parte el Ministerio Fiscal. Sin embargo, la LEC no determina la posición procesal que ostentará el Ministerio Fiscal. En un caso como el que nos ocupa,

¹⁶ Y que derogó la garantía jurisdiccional civil prevista en la Sección Tercera de la *Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*, introduciendo una nueva regulación de la tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito civil, estableciendo una serie de procedimientos para la defensa de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios.

¹⁷ Tal y como expuso el ATC de 9 de septiembre de 2013, cuyo objeto directo y principal del recurso de amparo fue un decreto de determinación de la edad emitido por la Fiscalía Provincial de Madrid: «Nuestro ordenamiento solo contempla el recurso de amparo directo contra los actos sin valor de Ley de las Cámaras (art. 42 LOTC), con lo que, consideremos los decretos del Fiscal como actos del poder ejecutivo o los consideremos como actos del poder judicial, resulta exigible para abrir el acceso al recurso de amparo constitucional, tal y como se deriva de la lectura de *los arts. 43 y 44 LOTC* el agotamiento de la vía judicial previa, aunque esa vía, en este caso, no pueda ser más que una vía indirecta de recurso en la que, quien considera lesionados sus derechos fundamentales por el decreto de determinación de la edad, pueda impugnar las consecuencias asociadas a la aplicación de ese decreto».

tratándose de la impugnación de un decreto de determinación de la edad dictado por un representante del Ministerio Fiscal y promovida por el supuesto menor, qué duda cabe que el Ministerio Fiscal no podrá ostentar la posición procesal correspondiente a la parte demandante (la decisión supuestamente vulneradora de los derechos fundamentales emana del propio Ministerio Fiscal).

Así, parece evidente que la posición procesal del Ministerio Fiscal en este procedimiento no podrá ser otra que la de parte demandada Y no, precisamente, como una parte demandada *sui generis*, cuya intervención se deba, *ex Constitutione*, a la defensa de la legalidad y del interés público (art. 124 CE), sino como titular y sujeto responsable de la vulneración de los derechos fundamentales del presunto menor con ocasión del EDE y el decreto de declaración de la edad que finaliza el mismo.

B. Tramitación preferente, ¿y sumaria?

Otra de las notas características del procedimiento contemplado en el artículo 249.1.2º LEC es su tramitación preferente, expresamente declarada por la norma, lo que según la doctrina científica se identifica con la prioridad de su tramitación, alterando el régimen del orden de reparto y turnado de asuntos, anteponiéndose a aquellos que incluso hayan ingresado con antelación en el tiempo¹⁸.

Más controvertida es, sin embargo, la nota que se desprende del artículo 53.2 CE que, estableciendo la posibilidad de recabar ante los tribunales ordinarios la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 CE, indica como vía a tal efecto un procedimiento basado, no solo en la preferencia sino, también, en la sumariedad, a la que no se refiere el artículo 249.1.2º LEC, pese a ser este el cauce procesal que vino a dar cumplimiento al mandato previo del

¹⁸ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los otros procesos del amparo judicial ordinario. Procesos específicos y genéricos”, en AAVV.: *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, pp. 285-289. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2021, pp. 75-76. STC 81/1992, de 28 de mayo.

texto constitucional (art. 53.2 CE), una vez que la Disposición Derogatoria única de la LEC derogó, de forma expresa, los artículos 11 a 15 de *la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, que hasta entonces configuraban la garantía jurisdiccional civil de tales derechos. A partir de entonces, el único cauce procesal adecuado para recabar la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales es el del proceso declarativo ordinario, lo que implica que la sumariedad a la que no alude de forma expresa el artículo 249.1.2º LEC, tal y como así expresa la Exposición de Motivos de esta norma:

[...] no ha de entenderse en el sentido estricto o técnico-jurídico, de ausencia de cosa juzgada a causa de una limitación de alegaciones y prueba, resulta imprescindible, para un adecuado enfoque del tema, la distinción entre los derechos fundamentales cuya violación se produce en la realidad extraprocesal y aquellos que, por su sustancia y contenido, sólo pueden ser violados o infringidos en el seno de un proceso¹⁹.

Al margen de lo anterior, cabe reseñar que teniendo lugar la impugnación del decreto por la vía del juicio declarativo ordinario, el procedimiento quedará sujeto a las normas contenidas en los artículos 399 a 430 LEC, si bien, a diferencia del resto de juicios declarativos ordinarios, no será factible la ejecución provisional de la sentencia, salvo en los aspectos puramente patrimoniales (art. 525.1.1º LEC), teniendo en este caso carácter preferente (art. 524.5 LEC). También debe señalarse la posibilidad de interponer recurso de casación frente a la sentencia dictada en apelación (art. 477.2 LEC), siendo necesario el agotamiento del amparo ordinario como requisito imprescindible para instar el amparo constitucional (arts. 53.2 CE, 43.1 y 44.1.a, LOTC).

¹⁹ Coincidiendo con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la LEC, ROVIRA SUEIRO, María E., «La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002, p. 647.

3. Fundamento de la impugnación: derechos fundamentales vulnerados

Tratándose de un medio de impugnación judicial del decreto de finalización del EDE, con ocasión del cual se haya declarado que el presunto menor debe ser considerado mayor de edad, la pretensión deberá consistir en la solicitud de tenerle por menor, de acuerdo con la documentación de la que se desprenda tal minoría de edad o, en su caso, las pruebas que, con plenitud de garantías jurisdiccionales, puedan practicarse durante el procedimiento.

Solicitando, al tiempo, la tutela judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la CE y que a juicio del interesado, hubieran resultado vulnerados, puesto que la determinación de la edad del menor tiene trascendencia a la hora de fijar su identidad y estado civil -vinculados a la fecha de nacimiento-, considerados como un derecho básico de los niños de acuerdo con el artículo 8 de la Convención (1989), vinculante para España (arts. 96.1 y 10.2 CE)

Ello exige determinar en la demanda que se interponga qué derechos fundamentales pueden ser vulnerados por el decreto de determinación de la mayor edad del menor. Como tales, se advierte, en primer lugar, el derecho a la igualdad y no discriminación ante la ley (art. 14 CE), debido a la falta de consideración como fiables de los documentos aportados por el interesado extranjero para la acreditación de la menor edad, generalmente expedidos por su país de origen, suponiendo irregularidades, falsedad o manipulación no acreditadas, lo que pudiera comportar una vulneración del derecho de igualdad y no discriminación ante la ley basada en el origen nacional del menor. También, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por vulneración del derecho del menor, o de la persona que pudiera serlo, a ser oído (art. 9 y ss. LOPJM), en relación con la consideración del interés superior del menor (art. 3 Convención, 1989), que debe inspirar cualquier procedimiento de determinación de la edad²⁰, o, incluso, por no contar con la debida asistencia

²⁰ SSTC 64/2019, de 9 de mayo, f.j. 4º, y 141/2000, de 29 de mayo, f.j.5º. Respecto de la íntima relación existente entre el interés superior del menor y el derecho de este a ser oído y escuchado, véase RAMON FERNÁNDEZ, Francisca, «El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten», en AAVV.: *Comentarios sobre las Leyes de reforma del*

letrada durante el EDE, en el que además, y como consecuencia de las pruebas médicas, podría verse afectado el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL NUEVO PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EVALUACIÓN DE LA EDAD

Para concluir, no puede dejar de hacer una breve reseña del actual *Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad*, consecuencia del mandato contenido en la Disposición final vigésima cuarta de la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia*, que estableció que el Gobierno, en el plazo de doce meses desde la aprobación de dicha ley, procedería al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores, de forma tal que se garantizase el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España, así como la prevalencia del interés superior del menor, sus derechos y su dignidad.

A través de dicho Anteproyecto, y en el contexto del Libro IV LEC («Procesos especiales»), se prevé la introducción de un nuevo Capítulo V bis, titulado «De procedimiento de evaluación de la edad», en el que se configura un procedimiento de evaluación de la edad del que están llamados a conocer los Juzgados de Familia o de Primera Instancia del lugar donde se encuentre la persona que alega su minoría de edad, salvo en el caso de encontrarse detenida, en cuyo caso la competencia recaerá en los Juzgados de Menores.

La legitimación para promover el procedimiento ya no corresponderá, en exclusiva, al Ministerio Fiscal. El nuevo procedimiento podrá promoverse tanto por el Ministerio Fiscal como por la persona que alegue su minoría de edad, asistida por su representante legal, o un defensor judicial nombrado al efecto, y

sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (coords. CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 141-145. También, ARCE JIMÉNEZ, Elena, «El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 38, 2018.

la entidad pública de protección del lugar en el que se encuentre la persona afectada.

Pretendiendo, en todo caso, garantizar el derecho a la identidad de todo niño, niña o adolescente no acompañado que alegue su minoría de edad como medio de acceso al sistema de protección para el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad reconocidos en la normativa interna en LOPJM y en la Convención (1989), a través de un procedimiento judicial declarativo civil, preconizando así la condición de persona de menor de edad frente a la de extranjero, de carácter preferente y urgente –no sumario–, regido por el principio del superior interés del menor y la presunción de minoría de edad –durante todo el procedimiento–, el derecho del presunto menor a ser oído y a tomar parte en dicho procedimiento, la prohibición de realizar sistemáticamente pruebas médicas invasivas, debiendo contar las que se realicen con el consentimiento de la persona afectada y la especialización de los profesionales intervinientes. Especial mención merece el carácter multidisciplinar con el que se configura el informe pericial de evaluación de la edad sobre el desarrollo físico y psicológico de la persona afectada.

Un procedimiento que solamente podrá iniciarse cuando la persona alegue su minoría de edad y se encuentre indocumentada, en el que la validez de la documentación aportada debe ser impugnada motivadamente y en el que, con todas las garantías de respeto a los derechos de la infancia y adolescencia reconocidos en la normativa nacional, europea e internacional que resulta de aplicación, la autoridad judicial decida sobre una cuestión que, en definitiva, afecta al estado civil de la persona y sus derechos fundamentales. Lo que debe llevarse a cabo garantizando la asistencia jurídica gratuita del presunto menor de edad desde el inicio del procedimiento, así como la asistencia de intérprete y de la correspondiente representación legal, con la intervención de un Ministerio Fiscal que desarrollará su clásica función de garante de la legalidad y del principio del interés superior del menor.

Todo ello, para concluir con una sentencia que, siendo susceptible de recurso de apelación, en su caso, no se limitará a determinar la minoría de edad, sino que

fijará la fecha en la que el menor cumple la mayoría de edad, cumpliendo así las exigencias del principio de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE JIMÉNEZ, Elena, “El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 38, 2018.

CABEDO MALLOL, Vicente, “Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección de la infancia y adolescencia: luces y sombras”, en AAVV.: *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia* (coords. CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 52-86.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

FERNÁNDEZ, Francisca, “El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten”, en AAVV.: *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coords. CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isacc), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.132-158.

ROVIRA SUEIRO, María E., “La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002, pp. 643-662.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los otros procesos del amparo judicial ordinario. Procesos específicos y genéricos”, en AAVV.: *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, pp. 275-297.