

Menores no acompañados. Impugnación del decreto de edad del Ministerio Fiscal

Comentario a la [STS de 20 de septiembre de 2021](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar, sin una justificación razonable, por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable, y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad. La admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor, puesto que, al declarar su mayoría de edad, excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores.

Si las autoridades del país de origen no cuestionan los documentos y no existe esa alteración burda ni impugnación por la vía correspondiente, no hay motivos para dudar, ni siquiera por la apariencia física, de la edad oficial derivada del documento, y habrá que convenir que el menor estaba documentado y que le correspondía la atención que dispensa la legislación española e internacional asumida por España, como un menor de edad extranjero no acompañado.

Palabras clave: menores; minoría de edad; derechos fundamentales; identidad del menor.

Fecha de entrada: 11-10-2021 / Fecha de aceptación: 27-10-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de octubre de 2021).

Antes de entrar en el estudio y comentario detenido de la sentencia, conviene aclarar algunos conceptos relacionados con la misma. En primer lugar el objeto es un MENA, es decir, un menor no acompañado, declarado mayor de edad por decreto del fiscal.

Por ello debemos reproducir aquí lo que se entiende por menor no acompañado, que viene regulado en el artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009:

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

Y como la sentencia se centra en la determinación de la edad con arreglo a un procedimiento competencia de la Fiscalía de Menores, el artículo 190, una vez detectado el presunto menor y puesto a disposición del servicio de protección de menores, se pone asimismo en conocimiento del Ministerio Público. El fiscal, entonces, dispone de un plazo, el más breve posible –dice el decreto– para determinar la edad. Y respecto de ese decreto, la norma nos dice lo siguiente:

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

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de esta es inferior a los dieciocho años. El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

Pues bien, no estamos aquí para comentar el real decreto, ni siquiera el procedimiento de determinación de la edad, pero sí llama la atención que en caso de que se establezca una horquilla de determinación de edad en el procedimiento, que es lo habitual, se entiende

que es menor de edad cuando la más baja sea inferior a 18 años. Observaremos después que las pruebas médicas se rechazan por invasivas y que solo vienen justificadas cuando no es posible determinar la edad por otros medios, bien médicos no invasivos, o por inexistencia de documentos, o porque los documentos han sido impugnados o son burdos y claramente dubitados.

Pues bien, con la aclaración de estos conceptos, empezamos:

La sala decide el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación de un MENA, contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2020, dictada por la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 728/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 372/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 49 de Madrid, sobre acción de tutela judicial civil de derechos fundamentales, y donde el Ministerio Fiscal es parte.

De esta sentencia podemos destacar muchas cosas, pero, por significativa y excepcional, empezaremos aludiendo al cambio de posición del fiscal desde la primera instancia hasta la casación. El fiscal no ha actuado de manera uniforme en las distintas fases de este procedimiento de determinación de la edad de un NENA. Porque en primera instancia sostuvo un criterio: la validez de su decreto y la duda de la documental que se aportó por el presunto menor; criterio que mantuvo posteriormente cuando el juzgado de instancia, al no acoger la tesis de la fiscalía, lo declaró menor, al apelarse la sentencia ante la audiencia provincial. Luego –y aquí cambió–, al recurrirse en casación, el Ministerio fiscal pidió la estimación de los dos recursos: el de casación y el de infracción procesal. En definitiva, la consecuencia de la estimación de la casación es la no aceptación del decreto del fiscal sobre la minoría de edad que la audiencia sí apreció al revocar la sentencia de primera instancia que declaraba lo contrario con el siguiente pronunciamiento, que va a ser el mantenido por el Supremo.

El Tribunal Supremo vuelve a resolver este asunto estudiándolo con detenimiento y haciendo referencia a otras sentencias anteriores que inciden en los documentos y en la validez del presupuesto de su edad con la documental aportada: el acta de nacimiento, el certificado judicial de nacimiento, la tarjeta de identidad consular y certificado de inscripción consular de Guinea son documentos válidos a efectos probatorios y no son suficientes las dudas de la fiscalía sobre la fiabilidad de los mismos.

Sin embargo, la fiscalía en este tipo de asuntos, en otros casos, se ampara en esa misma jurisprudencia sobre el valor de la documental, precisamente en las expresiones que utiliza sobre la ponderación razonable de cada caso. Cuando se nos dice:

No cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponde-

rar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho.

También se puede añadir que dicha doctrina general se ha incorporado al artículo 12.4 de la Ley del menor 1/1996. No se está obligando a aceptar el documento en todo caso, sino a exponer las razones por las que se duda del documento. Incluso se invoca el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a, n.º 2194/2016, de 11 de octubre que acepta como criterios aptos y suficientes para que el fiscal dude del documento y autorice la prueba médica la apariencia física de adulto, con los límites de que la apariencia no se deduzca de una foto sino del examen físico.

Por ello, las dudas razonables ponderadas nos permitirían las pruebas físicas, así como entender impugnados los documentos. De otro lado, la STS n.º 131/2018, de 31 de enero parece incidir en todo esto. El Tribunal Supremo señala, además, que la posibilidad de dudar de documentados se encuentra en la normativa vigente, en el artículo 190 del Reglamento de Extranjería. Acepta que una situación de mayoría o minoría de edad pueda ser dubitada o indubitada por la apariencia física pero también por los documentos que aporta, porque el protocolo establece las pautas de

actuación para que un funcionario ante el que se presenta un supuesto menor con documentos resuelva dicha disyuntiva, determinando si por el documento la minoría es indubitada o no, y ello, concluye, en nada afecta al Reglamento sino que forma parte de la función de coordinar propia del Protocolo.

Es decir, la sentencia que comentamos otorga plena validez a la documental, pero con base en otras, incluso en esta, se permite sostener criterios para cuestionarla. Y cuando el fiscal cambia de postura –como se ha dicho– lo hace constar así la sentencia del Supremo:

Y decíamos al principio que es curiosa la posición del fiscal porque en primera instancia se acogió el criterio del escaso valor de los documentos aportados, tarjeta consular de identidad certificado de inscripción de nacimiento, para después llegar a la conclusión de que cuando no se trata de una persona indocumentada, si no se impugnan es incuestionable el hecho de que hayan sido expedidos por autoridades u organismos oficiales del país de origen, lo cual impide, por un lado, que se puedan practicar pruebas invasivas (pruebas médicas invasivas), y tanto si está documentado como si está indocumentado no necesariamente hay que realizarlas para poder determinar su edad.

Al final, a pesar de las facultades del Ministerio Fiscal, si no se respeta la validez del documento, no se respeta el certificado de las autoridades oficiales extranjeras.

Sin embargo, no se observa un cambio radical en esta sentencia, porque si bien concede validez a la edad que se deduce del certificado, lo hace porque no existen dudas razona-

bles, y las manifestaciones de la fiscalía son consideradas subjetivas, carentes de fuerza o valor. Es decir, se mantiene la impugnación y se mantiene la duda razonable, pero es precisamente esa falta de rigor en la ponderación de los distintos elementos por parte de la fiscalía lo que hace al Supremo apartarse de esta excepcionalidad. Nos dice:

Debemos darlo por válido toda vez que el Ministerio Fiscal, más allá de sus valoraciones subjetivas, no ha desplegado prueba alguna que permita a este Tribunal determinar que dichos documentos, no olvidemos expedidos por el país de origen del actor, hayan sido manipulados o que haya indicios de falsedad.

Los indicios de manipulación o de falsedad sí destruirían la presunción de invalidez de la documental. Pero si las autoridades del país de origen no cuestionan los documentos y no existe esa alteración burda ni impugnación por la vía correspondiente, no hay motivos para dudar, ni siquiera por la apariencia física, de la edad oficial.

Más adelante, se reafirma el derecho fundamental, o los derechos fundamentales alegados por quien recurre. Cabe destacar asimismo el interés del objeto procesal –la minoría de edad– aunque ya haya alcanzado la mayoría de edad; porque la Audiencia ya había manifestado, como en otras ocasiones, que al ser mayor cuando se dicta la sentencia, se produce una pérdida sobrevenida del objeto por carencia del mismo. Destacamos cómo la sentencia hace referencia al carácter probatorio de los documentos cuando no se han impugnado, sin cuestionar, cuando de resoluciones administrativas de protección hablamos, que ha sido impugnada en el ámbito de protección, el valor probatorio de los mismos a pesar de la singularidad de dichos procedimientos, que no excluyen las garantías. Por tanto, también importa para la Administración el valor de los certificados de nacimiento o tarjetas consulares a los efectos de dispensar al MENA la protección de la entidad pública. Así se recoge en las sentencias 307/2020, de 16 de junio (NSJ061924), y 357/2021, de 24 de mayo:

Aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes.

En lo que hace referencia a los derechos fundamentales vulnerados y la carencia sobrevenida del objeto por haber alcanzado la mayoría de edad, y empezando por esto último, se recuerda que el extranjero sigue con interés en saber si le correspondía la atención «dispensada por la legislación española e internacional asumida por España a los menores de edad extranjeros no acompañados». No pierde interés y su derecho a la tutela judicial está intacto, pues se desconecta de la edad efectiva para arraigarse en el interés legítimo subsistente.

Sobre los derechos fundamentales, se ampara en otra sentencia que ya se pronunció al respecto, la n.º 410/2021, de 18 de junio (NCJ065617), y 412/2021, de 21 de junio. No se

puede cuestionar la impugnación del decreto de la fiscalía, pues es una exigencia de la tutela judicial efectiva. Si ese decreto declara mayor de edad, está privando a la persona de la protección que le dispensaría las normas protectores de la minoría de edad de un estado o de una comunidad autónoma, con lo cual se niega el reconocimiento de «los derechos del niño conforme a la Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990». Las entidades públicas amparan a los menores hasta los 18 años de edad; de ser mayores por vía del decreto de la Fiscalía, resultaría que quedarían inmersos en el procedimiento de expulsión de extranjeros indocumentados en España. La invocación, en tales casos, de sus derechos fundamentales se ampara en la necesidad de identificar al menor extranjero y fijar su estado civil, y esto se encuentra regulado en el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño; según el cual

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Y cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los 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.

Esta identidad y este estado civil están relacionados con los derechos fundamentales, y por ello la invocación de los mismos es tratada en la sentencia de la siguiente manera: como vulneración del principio de igualdad y no discriminación ante la ley cuando se duda de la documental por no acreditarse o afirmarse que sea falsa, irregular o manipulada, sin impugnación. Es cierto que, a veces, se ha relacionado la no discriminación con la comparativa con otro caso para hacerla valer. Se trataría no solo de afirmar esa discriminación respecto de otro, sino de probarla, de probar un trato desigual en situaciones idénticas; como también de no aplicar este criterio indiscriminadamente, sino más bien tratar cada caso individualmente. Incluso se podría argumentar, para complementar la sentencia, que no se puede aplicar al extranjero en cuestión un sistema de eficacia de documentos diferenciado del que tendría un ciudadano español u otro extranjero. Es decir, siendo clara la postura del Tribunal Supremo en este caso, hay matices que pueden ser valorados cuando se habla de discriminación o de vulneración del principio de igualdad.

Finalmente, diremos –porque se hace una referencia velada en la sentencia sobre las facultades del fiscal en el expediente de determinación de la edad y sobre la impugnación del mismo– que el fiscal opera en esta materia de determinación de la edad como órgano de garantías constitucionales. La STS (Sala 3.^a) n.º 12194/2016, de 11 de octubre:

Configura la legislación española al Ministerio Fiscal como la Institución encargada de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la ley (art. 124 de la CE). En el art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal concreta esta responsabilidad al encomendarle la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de

quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos, así como promover y formar parte de los organismos tutelares que tengan por objeto la protección y defensa de menores.

El fiscal actúa al margen de la Administración y por ello no puede entenderse que entre en conflicto con el menor.

Conforme reiterada jurisprudencia constitucional, los derechos del art. 24.2 CE solo son aplicables al proceso penal o al proceso administrativo sancionador. El expediente de determinación de edad carece de uno y otro carácter siendo un procedimiento de identificación, si bien el interés superior del menor exige proyectar una serie de garantías nucleares recogidas en dicho precepto, principalmente el trámite de audiencia, pero no el de asistencia letrada, por cuanto el interesado no está detenido y sus intereses se protegen por el Fiscal.