

UNIDAD DE EXTRANJERÍA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

NOTA INTERNA NÚM. 2/2018

SOBRE SEGUIMIENTO DE LOS EXPEDIENTES DE REVISIÓN DE LOS DECRETOS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS CUYA MINORÍA DE EDAD NO PUEDE SER ESTABLECIDA CON SEGURIDAD

1. Introducción. Recientemente el Comité de Derechos del Niño ha publicado unas *Observaciones Finales sobre los derechos de la infancia en España* (2018) en el que, en relación con los menores extranjeros no acompañados (Observación Núm. 44), expresa dos preocupaciones principales que afectan directamente a las funciones que están atribuidas al Ministerio Fiscal por los artículos 35 Ley Orgánica 4/2000, *sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España* (LOEX), 48 Ley 12/2009 *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria* (Ley de asilo) y 12 de la Ley Orgánica del Protección Jurídica del Menor (LOPJM).

La primera, **“que según la legislación española el Fiscal está autorizado para llevar a cabo procedimientos de determinación de edad de niños extranjeros no acompañados”**. Esta preocupación parece recoger un prejuicio asentado en un sector de la sociedad española según el cual nuestra institución actúa siguiendo las *órdenes del Gobierno de la Nación de quien depende*, de tal manera que cualquiera de las decisiones de los fiscales en materia de extranjería –como es la aplicación del artículo 35 LOEX- estaría condicionada por la necesidad de proteger la política migratoria definida por el ejecutivo español.

Esta visión es patentemente errónea. Al margen de que carece de fundamento alguno suponer que la política migratoria del Gobierno es contradictoria con la salvaguardia del interés superior del menor, es lo cierto que el Ministerio Fiscal español ni recibe ni puede recibir órdenes del Gobierno en ningún área de su actividad. Todo lo contrario, el Ministerio Fiscal sólo está vinculado al estricto cumplimiento de la legalidad de conformidad con lo prescrito en el artículo 124 CE y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Significadamente, en lo que concierne a la tramitación de los expedientes de determinación de edad de extranjeros indocumentados, está obligado a actuar como **magistratura de garantía o amparo** de los derechos fundamentales en general y el interés superior del menor en particular, supervisando la acción administrativa e institucional.

De todas formas, en relación con esta cuestión, es patente que desde nuestra Unidad no puede tomarse iniciativa alguna dirigida a paliar ese sentimiento de desconfianza. Dados los términos de la Observación del Comité, sus únicos destinatarios son los poderes del Estado que tengan capacidad para promover los cambios legislativos sugeridos.

Sin embargo, la segunda **“el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan**

ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica”, afecta directamente al ámbito de nuestra actividad, especialmente en dos cuestiones muy relevantes: una, concierne a los criterios de valoración por el Fiscal de la documentación presentada por los extranjeros a los efectos de decretar su mayoría o minoría de edad; la segunda afecta a los métodos y pruebas utilizados por los facultativos para la evaluación de la edad.

Precisamente, al día de hoy, estas dos aparentes zonas de conflicto (valoración documental y pruebas médicas) han dado lugar a la presentación de varias denuncias ante el mismo Comité en aplicación del Protocolo facultativo de la Convención.

Dispuestos a colaborar con el Comité de los Derechos del Niño, concretamente con la pretensión de eliminar cualquier riesgo de que menores no acompañados queden excluidos del sistema de protección institucional como consecuencia de la evaluación de edad, consideramos imprescindible que por parte de esta Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado se someta a **especial y riguroso seguimiento** todos los expedientes de determinación de la edad en los que se ha interesado la **revisión de los decretos** dictados por el Fiscal independientemente de su resultado final (confirmación de la mayoría de edad o modificación por otro de minoría de edad) así como de los expedientes de determinación de la edad donde se ha dictado un decreto en donde **se ha negado –prima facie- fiabilidad a la documentación presentada**.

Para ello, y con carácter previo, conviene recordar de manera casi telegráfica cuáles son los principios que rigen nuestra actividad y las reglas a las que estamos sometidos recogidas en la ley y en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (Protocolo MENA) que, en su totalidad, acoge la doctrina elaborada por la Fiscalía General del Estado sobre la materia.

2. Principios generales que ordenan nuestra actividad.

Principio del “*interés superior del menor*”. La actuación del Ministerio Fiscal en los expedientes de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser determinada con seguridad tiene como meta exclusiva y excluyente la de preservar el **interés superior del menor**. Ello significa la asunción de dos objetivos:

- a) Impedir, incluso contra su voluntad, que ningún menor sea tratado como mayor y apartado del sistema de protección institucional.
- b) Evitar que adultos que se hacen pasar por menores sean reconocidos como tales en perjuicio de los menores que se encuentran en el sistema de protección que tienen derecho a no convivir con mayores de edad (ver, Instrucción 2/2001 FGE).

Principio “*en caso de duda pro minoría*”. Cuando la minoría de edad es dudosa (*no pueda ser establecida con seguridad*) se presume que el extranjero localizado es un niño, debiendo quedar amparado por el sistema de protección

institucional (artículo 12.4 inciso primero LOPJM¹). Se trata de una **presunción *juris tantum reforzada*** que, para enervarla, exige que concurren dos requisitos:

- a) Que se haya eliminado cualquier duda razonable. Esto es, que se haya probado la mayoría de edad tras la valoración racional, lógica y conforme a los dictados de la ciencia y máximas de experiencia, de todos los elementos probatorios existentes.
- b) Que el decreto que declara la mayoría de edad esté suficientemente motivado hasta el punto que cualquier lector comprenda el hilo argumental que ha llevado al fiscal a formular su decreto, excluyendo cualquier atisbo de arbitrariedad.

Dicha fundamentación se extiende a la valoración de los documentos identificativos presentados por el extranjero, ya sea en el momento de la localización inicial o cuando pretenda la revisión del decreto del fiscal. Así lo exige el artículo 12.4 LOPJM cuando dispone que: (...) *el Fiscal deberá 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*. Los criterios valorativos sobre la fiabilidad de la documentación presentada y los argumentos que condicionan su decisión deben quedar reflejados exhaustivamente en el decreto, de tal manera que la proporcionalidad legalmente requerida sea su consecuencia lógica y racional.

3. Naturaleza del decreto del Fiscal: sus efectos.

El decreto del Fiscal es una resolución interlocutoria. El Decreto del Ministerio Fiscal determinando la edad de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad *“es una resolución interlocutoria”* que forma parte del conjunto de medidas protectoras del menor. Tiene mero carácter **cautelar** y **provisionalísimo** (Autos de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 9/9/2013, Núms. 151/2003 y 172/2013). En consecuencia:

- 1) **Puede ser revisada por el propio Ministerio Fiscal** (Consulta 1/2009 y Protocolo MENA).
- 2) **Puede ser revisada judicialmente en cualquier orden jurisdiccional.**
 - a) Nada impide a un juez de lo civil o de lo contencioso-administrativo, al hilo de un procedimiento incoado para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad que ha establecido una determinada fecha de nacimiento del extranjero, pronunciarse sobre dicho decreto, al estar éste en el origen del acto que pueda ser objeto del

¹ *“Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad”.*

procedimiento en cuestión (autos citados del Tribunal Constitucional).

- b) Del mismo modo, estando el extranjero investigado por la comisión de un delito cometido con posterioridad del decreto del fiscal, puede ser revisada por el juez penal (artículo 375 LECrim).
- 3) **Si hay una resolución judicial firme dictada por un órgano judicial, ésta prevalece siempre, debiendo el fiscal, en su caso, revisar su decreto.** Por ello, cuando existe una resolución judicial firme decretando una edad (cualquiera que sea la jurisdicción) el Fiscal deberá revisar su decreto de conformidad con la sentencia o auto que se le comunique (Capítulo Primero, apartado sexto, 2, letra B del Protocolo) y comunicarlo inmediatamente al Registro MENA.
- 4) **Impugnación de la documentación en un procedimiento judicial.** Cualquier oposición por el Fiscal a la validez de la documentación presentada en el curso de procedimiento judicial deberá verificarse de conformidad con lo previsto en la ley procesal (artículos 317 y ss LEC) mediante la impugnación que sea pertinente.

4. Decisión sobre la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad. La experiencia acredita que los supuestos con los que nos encontramos habitualmente pueden ser clasificados de la siguiente manera:

A) Expedientes de determinación de edad sin antecedentes previos. Es el supuesto más común pues afecta a los ciudadanos extranjeros localizados en las costas españolas tras su llegada –normalmente en pateras- que son sometidos a expedientes de devolución. En estos casos no existen antecedentes oficiales previos ni sobre la identidad ni sobre la edad del presunto menor, no se le han realizado pruebas de determinación de la edad con anterioridad, no está inscrito en el Registro MENA, y ninguna autoridad judicial se ha pronunciado sobre la cuestión.

En estos casos, el artículo 35 LOEX condiciona la incoación del expediente de determinación de la edad y, en su caso, la orden de la realización de pruebas médicas de determinación de la edad a dos requisitos:

Primer requisito. Que el **extranjero esté indocumentado**, entendiéndose por tal el extranjero que carezca de pasaporte o documento equivalente de identidad original y auténtico (artículos 25 y 35 LOEX, artículo 12.4 LOPJM y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo: SSTS Números 452/2014; 453/2014; 11/2015; 13/2015; 318/2015; 320/2015; etc.²).

² "Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: 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

Por ello **está indocumentado** el extranjero portador de:

- a) **Fotocopias** de pasaportes u otros documentos equivalentes de identidad.
- b) **Documentos que carecen de virtualidad identificativa.** Todos aquellos que, aunque sean de naturaleza personal, no están relacionados en el artículo 25 LOEX. Es el caso de las partidas de nacimiento, los libros de familia, los certificados de empadronamiento, los carnés profesionales, etc. Además de no ser documentos hábiles conforme a la Ley, en estos supuestos es imposible conocer que el portador del documento es la persona que se recoge en ellos.
- c) **Pasaportes falsos.** El extranjero que posee un pasaporte falso, es un extranjero indocumentado (Circular 2/2006 FGE). Pasaporte falso es aquél en que concurre cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 390 CP. A ellos se refiere el Apartado Sexto del Capítulo II del Protocolo ordinal primero: *“Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados”*.

En muchos casos la falsedad es tan burda que puede ser apreciada a simple vista (foto añadida, falta de correspondencia o continuidad de los sellos, letras distintas, tachaduras, etc.). En otros casos la duda sobre la autenticidad del documento exigirá el correspondiente peritaje de la Policía Científica.

Acreditada la existencia de documentación falsa, el Fiscal decidirá si –en atención al caso concreto (falsedad burda, inocua o irrelevante)- procede presentar querrela o denuncia criminal.

- d) **Estén en posesión de un pasaporte no fiable.** A ellos se refieren cuatro letras del Apartado Sexto del Capítulo II del Protocolo y el requisito de fiabilidad previsto en el artículo 12.4 LOPJM:

Cuando el sujeto fuera portador de varios documentos genuinos emitidos por las autoridades de origen que incorporaran datos relevantes contradictorios entre sí, dado que por sí mismos son incapaces de resolver la duda presentada (letra B *“Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el (presunto) menor extranjero ...”*; letra C *“El (presunto) menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos”*).

Cuando a simple vista se aprecia una falta de correspondencia física entre el portador del documento y los datos del documento (letra E *“Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los*

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” (Sentencia Núm. 453/2014).

datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado”) o se aprecia una clara y relevante contradicción con el relato migratorio del afectado (letra F “*Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento*”, por ejemplo, afirma que proviene de un determinado país y exhibe un pasaporte de otro distinto, etc.).

Cuando los datos que incorpora el pasaporte son inverosímiles (letra G, por ejemplo, el caso de dos hermanos gemelos que nacieron en fechas muy distintas, etc.).

En los supuestos de acreditarse la existencia de uso de pasaporte por una persona distinta de su titular el Fiscal –valorando las circunstancias concurrentes definitorias del tipo- deberá, en su caso, proceder a promover querrela o denuncia de conformidad con el artículo 400 bis CP.

En conclusión, estando en posesión de un pasaporte o documento equivalente de identidad auténtico y fiable en el sentido arriba señalado, cualquiera que sea el país de origen, es procedente reconocer la edad en él señalado (Apartado Sexto ordinal 2 inciso primero del Capítulo II Protocolo MENA) que, si es inferior a los dieciocho años, impide la ordenación de la práctica de pruebas médicas.

Segundo requisito. El segundo de los requisitos es que no pueda establecerse con seguridad la minoría de edad del extranjero indocumentado. Ello significa que la duda se proyecta exclusivamente sobre si el extranjero indocumentado es menor de 18 años (edad cronológica). En efecto, es irrelevante que no pueda ser establecida con seguridad la concreta edad del que no se duda que es menor (es indiferente que se dude si tiene catorce o diecisiete años, por ejemplo). A este respecto conviene recordar:

- a) Cuando no hay duda racional de que el extranjero indocumentado es menor de dieciocho años, el fiscal ordenará su inmediato ingreso en sistema de protección y se abstendrá de ordenar prueba alguna.
- b) La duda sobre la minoría de edad del extranjero puede llegar al Ministerio Fiscal por cualquier conducto. Lo habitual es que sea transmitida por los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado (artículo 35 LOEX) pero nada impide que el Fiscal tenga noticia directa por cualquier otra autoridad o de sus agentes estatales, autonómicos o municipales, organizaciones no gubernamentales, ciudadanos particulares o motu proprio con ocasión de una actuación con el extranjero (por ejemplo, comparecencia de aplicación de la medida cautelar de internamiento del artículo 60 LOEX, etc.).

B) Revisión de los decretos de determinación de edad (Consulta 1/2009 FGE). Los decretos del Ministerio Fiscal pueden ser de minoría o de mayoría de edad. Ambos pueden ser revisados por dos motivos: primero, al haberse decidido judicialmente en sentido distinto la edad del afectado; y, segundo, por aparecer con posterioridad al decreto elementos de prueba documental

sobrevenidos o que, siendo preexistentes, no pudieron ser tomados en consideración a la hora de adoptar la decisión contenida en el Decreto que justifican la **revisión** por el Ministerio Fiscal del decreto inicial tal y como establece el Protocolo MENA y la Consulta 2/2006 FGE.

- a) **Revisión decretos de minoría de edad.** En caso de que se hubiese decretado la minoría de edad –tras la valoración de las pruebas médicas practicadas- la inicial presunción de minoría de edad queda si cabe aún más reforzada. Los intentos del menor tendentes a que se le considere mayor de edad (bastantes habituales por la creencia de que es una manera acceder al mercado de trabajo) difícilmente pueden prosperar toda vez que cualquiera que sea la prueba médica utilizada y los parámetros de valoración (horquilla en el caso de RX del carpo de la mano izquierda, porcentaje en la valoración de la ortopantomografía, y RX/TAC/RM de la extremidad proximal de clavícula) apenas dejan margen al error cuando el menor es una persona sana y desarrollo normal. La presentación de documentación identificativa deberá ser valorada positivamente sólo si no es manifiestamente incompatible con la prueba médica (por ejemplo, los datos del pasaporte se encuentran comprendidos dentro de la horquilla señalada por el facultativo) y sea fiable en el sentido ya señalado.

- b) **Revisión de un decreto de mayoría de edad.** Cuando el fiscal –tras la práctica de la prueba médica y la valoración del dictamen del facultativo- ha decretado la mayoría de edad del extranjero indocumentado, a los efectos de la ley española (artículo 35 LOEX, artículo 12.4 LOPJM y 48 Ley de Asilo), el extranjero tiene la consideración de mayor de dieciocho años. No significa que el ciudadano extranjero **sea mayor de edad** a todos los efectos (artículo 12.4 LOTJM); implica simplemente que –dada la naturaleza cautelar del decreto del Ministerio Fiscal- la presunción *iuris tantum* inicial de minoría de edad es sustituida por otra presunción *iuris tantum* de mayoría de edad que consiguientemente puede ser revisada.

Estos últimos suelen ser los casos que plantean un mayor de conflictos, aunque los criterios de valoración de la nueva documentación presentada, el origen de la documentación, y la característica de la documentación presentada sean similares a los que se presentan para la modificación de un decreto de minoría de edad.

Dada la riqueza experimental es imposible establecer una clasificación de todas las situaciones que en la práctica pueden presentarse. Sin embargo, algunas reglas generales deben ser tomadas en consideración para adecuar nuestra intervención al principio de proporcionalidad que preside el juicio de fiabilidad de la documentación presentada:

- 1) La STS de la Sala 3ª del Tribunal Supremo Núm. 131/2018, de 31 de enero señala que el Protocolo MENA no recoge algo que no esté en nuestra norma jurídica que permite dudar o no de un menor que no esté documentado. El protocolo, sostiene el Tribunal Supremo, fija 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, (...).

- 2) Hay que evitar ideas preconcebidas de monopolios probatorios. A priori ni es prevalente el informe médico ni es prevalente el documento, cualquiera que sea su naturaleza, aportado. Debe valorarse todo tipo de documentación que –garantizada su autenticidad oficial y relación con el portador- pueda contribuir a eliminar cualquier duda razonable. Para ello podrá interesarse la información precisa de las representaciones diplomáticas o consulares de los países de origen del extranjero o, si la hubiera, de la policía de enlace a través de la UCRIF.
- 3) Hay que partir de un examen individualizado de cada caso, siendo decisiva la exposición pormenorizada de todas las circunstancias concurrentes y la argumentación fundada que llevan al fiscal a modificar o confirmar el decreto precedente.
- 4) Hay que valorar el grado de incompatibilidad entre la edad que refleja la documentación y la prueba médica practicada. Parece razonable admitir una falta de fiabilidad de aquellos documentos que reflejan una edad diferenciada en un exceso notorio del margen de error que la ciencia otorga a la prueba médica de que se trate y viceversa. Si el decreto del fiscal descansa exclusivamente en una prueba radiológica de la muñeca izquierda, y el documento presentado está fuera de los márgenes de error aceptados científicamente (+/- veinticuatro meses), deberá proponerse realizar nuevo examen médico forense y pruebas suplementarias (ortopantomografía y clavicular).
- 5) En los casos de revisión de un decreto de mayoría de edad es debido entrevistarse para que comunique las circunstancias en las que llegó a su poder la documentación que presenta, cuando formuló su solicitud y momento de su expedición, u otros datos relevantes de esta naturaleza. También para apreciar si concurren las circunstancias a las que se refiere la letra F) del Apartado Sexto del Capítulo II del Protocolo MENA.
- 6) En esta entrevista el peticionario de revisión puede estar acompañado de un representante de su confianza y, en su caso, de letrado de su elección que podrá intervenir y asesorar al extranjero.
- 7) Además de valorar con arreglo a la sana crítica las circunstancias ya citadas que enumera el Protocolo hay que tener en cuenta la falta de fiabilidad de los documentos auto certificados o “self service” que son aquellos en que el funcionario extranjero extiende la fecha de nacimiento que le da el solicitante del documento sin realizar comprobación alguna en una fuente objetiva; documentos creados con posterioridad al decreto del Ministerio Fiscal con fundamento en una inscripción registral llevada a cabo en fechas inmediatamente anteriores a la de su expedición

(inscripciones fuera de plazo sin comprobación alguna); u otras circunstancias de semejante entidad.

5. Alegación “ex novo” de minoría de edad en el Centro de Internamiento de Extranjeros.

Los menores extranjeros no acompañados que lleguen o se localicen en España no pueden ser objeto de rechazo en frontera (artículo 60 LOEX), devolución (artículo 58.3 LOEX) o expulsión administrativa (artículo 61 LOEX). Bajo ningún concepto se les pueden aplicar las medidas cautelares de privación de libertad en centros de internamiento de extranjeros. En presencia de un menor extranjero no acompañado sólo procede su puesta a disposición de las entidades públicas de protección (artículo 62.4 LOEX).

No obstante, es relativamente frecuente que, en los casos de extranjeros indocumentados sometidos a devolución por intentar introducirse ilegalmente en territorio ilegal en pateras o embarcaciones similares, tras cumplirse todos los trámites del artículo 62 LOEX y hallándose internados en el CIE que corresponda, por el interno se manifieste ante el director de Centro, Juez de Control de Estancia o Fiscal que es menor de edad. A veces acompaña su afirmación con la exhibición de documentos de distintas clases que hasta entonces eran desconocidos por las autoridades españolas. Esa alegación de minoría de edad es de carácter novedoso o sorpresivo, no debiendo ser confundidas con aquellas que pretenden originar una revisión de la resolución de mayoría de edad decretada previamente por el Ministerio Fiscal de conformidad con el artículo 35 LOEX (en su caso, artículo 48 de la Ley de Asilo) que fue valorada por el Juzgado de Instrucción que autorizó el internamiento. En consecuencia, es preciso distinguir dos supuestos:

Primer supuesto. Alegaciones sorpresivas de minoría de edad.

- La policía que lo detuvo no dudó de que se trataba de un mayor de edad, tampoco el Juez de Instrucción, ni el Fiscal ni el letrado que le asistió en la audiencia donde se decretó la privación de libertad.
- Durante todos esos trámites, en ningún momento el afectado manifestó o alegó ser menor de edad. Incluso, a veces declaró expresamente ser mayor de edad.
- En ocasiones, en apoyo a su *novedosa* alegación puede aportar distintos tipos de documentación cuya recepción se ha producido en momentos muy cercanos a la ejecución forzosa del retorno.

La respuesta institucional debe ser acorde con los principios generales ya señalados, significadamente el de impedir, *incluso contra su voluntad*, que ningún menor sea tratado como mayor y apartado del sistema de protección institucional.

En efecto, hay que recordar que:

- a) La inexistencia de dudas sobre la mayoría de edad del afectado de la Policía, del Juez, del Fiscal y del letrado durante la tramitación de las actuaciones previstas en el artículo 62 LOEX -a falta de documentación

genuina- sólo pueden fundarse en la apariencia física del afectado y las máximas de experiencia acredita que no deja de ser un criterio valorativo impreciso en relación con los “adolescentes tardíos” (los mayores de 15 años y menores de 19 años), incluso entre los que han superado esa edad y están en la fase de la juventud plena (más de veinte años). Este criterio sólo sirve, ab initio, para descartar cualquier duda razonable de quienes tienen muy pocos años o de las personas que han llegado a la plenitud de crecimiento o desarrollo (adulto).

- b) Que el adolescente extranjero puede haber ocultado su minoría de edad en la creencia errónea de que con ello garantizaba la posibilidad de desarrollar en España un trabajo y cumplir su sueño migratorio.
- c) Que la valoración de la credibilidad subjetiva del sometido a devolución debe tomar en consideración las circunstancias de una detención tras una llegada a territorio nacional después de realizar una travesía peligrosa, las situaciones de stress y la obnubilación de conciencia que pueden llegar a sufrir.
- d) Que, dadas las condiciones en las que se producen sus declaraciones - normalmente en servicios de guardia-, es probable que no esté en condiciones de asimilar la información de derechos que se le facilitan, no habiendo accedido a su adecuada comprensión hasta su ingreso en el CIE.

Es por ello que, una vez se produzca la alegación de minoría de edad, es procedente que ya sea por propia iniciativa del Fiscal, del Juez de Instrucción de quien dependa, o del Juez de Control de Estancia se ordene la práctica de prueba médica de determinación de la edad y se elimine cualquier duda al respecto. Naturalmente no es una decisión automática sino sometida al principio de racionalidad, esto es, tras valorar todas y cada una de las circunstancias concurrentes. Una vez practicadas, si resulta que es menor de edad procede así decretarlo y derivar al declarado menor a los servicios de protección.

En caso de que se produzca exhibición de documentación genuina y fiable –en el sentido señalado más arriba- no será precisa la práctica de prueba alguna remitiéndose al menor directamente a los servicios de protección.

Segundo supuesto. Peticiones en CIE de revisión del decreto del Ministerio Fiscal. Se rigen por el sistema general de revisión del decreto de mayoría de edad del ministerio fiscal (podrá ser revisado cuando se aporte documentación sobrevenida que reúna los requisitos de ser genuina y fiable en el sentido señalado en su lugar).

En cualquier caso, para garantizar que toda duda quede superada, no hay impedimento alguno para que –habiéndose decretado la mayoría con base a un dictamen médico fundado en la prueba ósea metacarpiana- tanto por el Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentra el extranjero privado de libertad

como por el Juez de Control de Estancia del CIE, como por el Fiscal del lugar donde esté ubicado el CIE, se ordenen la práctica de pruebas complementarias.

6. Las pruebas médicas de determinación de la edad y su valoración.

Los artículos 35.3 LOEX y 48.2 de la Ley de Asilo imponen a las “*las instituciones sanitarias oportunas*” el deber de colaboración con el Ministerio Fiscal en su función de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

Instituciones sanitarias oportunas: especialistas y médicos forenses. Por *instituciones sanitarias* se ha venido entendiendo las de naturaleza pública dependientes de los Servicios de Salud de cada Comunidad Autónoma. Ello ha dado lugar a que no exista un sistema plenamente unificado de pruebas de determinación de la edad en todo el territorio nacional. Es cada Comunidad Autónoma la que directamente establece cuáles han de ser los especialistas encargados de emitir el debido dictamen e, indirectamente, las pruebas que han de ser practicadas.

Pruebas a practicar. Es evidente que no es posible que el Ministerio Fiscal imponga a un médico perteneciente a las *instituciones sanitarias oportunas*, cuáles han de ser las pruebas a practicar, los métodos valorativos y el contenido del dictamen. El desiderátum es que los médicos se ajusten, como recoge el Protocolo Marco MENA siguiendo las indicaciones del Defensor del Pueblo, a las *Recomendaciones sobre métodos de estimación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Documento de buenas prácticas entre los institutos de Medicina Legal, 2010)*.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal –como garante del interés superior del menor– puede corregir determinadas insuficiencias del respectivo sistema autonómico previsto no sólo mediante la petición de que se realicen pruebas complementarias por otros especialistas cualificados, sino también acudiendo a una pluralidad de dictámenes si ello fuera preciso, proponer las aclaraciones que estime procedente, y, en todo caso, solicitar la colaboración del Instituto de Medicina Legal correspondiente, significadamente del Servicio de Patología Forense.

En este sentido, se recuerda que el Protocolo MENA expresamente afirma que “*las pruebas de determinación de la edad y los correspondientes dictámenes periciales se realizarán por personal médico especializado en la materia. También podrán ser realizadas por los médicos forenses que, además podrán ser llamados en cualquier momento por el Fiscal para completar, precisar o ampliar los dictámenes recibidos*”.

Para formar criterio acerca de la necesidad de recabar nuevos dictámenes, ampliar los existentes y recabar la colaboración forense, es preciso recordar a los Fiscales de manera casi telegráfica cuales son los dictados de la ciencia médica en relación con los métodos y pruebas a practicar y su fiabilidad.

La autoridad en la materia, el Doctor Pedro Manuel Garamendi (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Huelva, Servicio de Patología Forense),

recomienda la realización de una serie de pruebas (acumulativas en caso de dudas sucesivas) que abarcan:

- **Exploración general, entrevista y examen morfológico** con la finalidad de recopilar datos identificativos; estado de salud; de patologías y factores interferentes y el grado de maduración sexual externa de Tanner (vello facial, axilar, pubiano y genitales externos).

Evidentemente mediante esta prueba sólo se puede descartar la duda sobre la minoría de edad en casos muy patentes o flagrantes. Será el médico quien decida o no la necesidad de practicar nuevas pruebas.

- **Examen RX del carpo de la mano izquierda** (significadamente el atlas de Greulich y Pyle). Tiene como objetivo la identificación del grado de maduración radiológica de los núcleos de osificación y del cierre metafisiario en los huesos de la mano y de la muñeca.

El nivel de riesgo de la prueba en personas normales es prácticamente nulo, salvo reiteraciones múltiples en corto lapso de tiempo. Es, en todo caso, muy inferior al previsto por el Real Decreto 783/2001 por el que se aprueba el *Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes*. En todo caso es preceptivo el consentimiento informado del interesado.

Por ello el Protocolo MENA dispone que “no se autorizarán pruebas médicas que repitan otras ya practicadas ni nuevas pruebas médicas cuando, a la vista de la reiteración con las que se han practicado las pruebas anteriores y las dosis de radiación a la que el sujeto haya estado sometido se aprecie un riesgo para la salud del (presunto) menor, según informe previo del facultativo o del médico forense...”.

Horquilla de edad mínima y máxima. La horquilla sólo es aplicable a este método. La edad ósea no es equivalente a la edad cronológica del individuo. Sólo sirve para descartar los supuestos que superen una horquilla de entre veinte y veinticuatro meses más/menos de la edad que refleje el resultado. Sólo si el resultado refleja una edad igual o superior a los 20 años podrá afirmarse que “con toda probabilidad que el interesado es mayor de dieciocho años”.

En este sentido conviene recordar que el dictamen médico debe ajustarse a las prescripciones del protocolo: “justificará razonadamente el resultado de cada prueba practicada y contendrá una conclusión en la que establecerá de manera precisa una horquilla de edad mínima y, si es posible, máxima del examinado que se corresponderá con el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pueda tener. **El Fiscal pedirá la repetición o ampliación del informe cuando se omita cualquiera de los datos reseñados, carezca de suficiente grado de motivación, o se sustituya la delimitación de la horquilla con otras locuciones o expresiones ambiguas o imprecisas**”.

- **Ortopantomografía dental** (Demirjian y A.B.F.O). Maduración del tercer molar (muela del juicio).

Esta prueba también es de escasísimo peligro para el interesado (por ejemplo, la obtención de un ortopantograma exige la emisión de 52 μ sievert; desde otra perspectiva: es cien veces menos arriesgado que el uso diario de un automóvil o de transporte público). No puede reflejar una horquilla, sino un porcentaje de acierto. El método de Demirjian ha definido ocho estadios (desde el A al H). Este último (H, los extremos apicales están completamente cerrados) arroja como resultado que hay una probabilidad entre el 85 al 92 % de que sea mayor de dieciocho años.

Las sumas de todas las pruebas señaladas deben disipar cualquier duda razonable sobre la minoría o mayoría de edad del interesado. En todo caso, la incertidumbre quedará definitivamente superada realizando la siguiente prueba.

- **Examen RX o TAC de extremidad proximal de clavícula:** *consiste en la cuantificación de la maduración de la epífisis proximal de la clavícula y su unión a la diáfisis.*

Aplicable para los casos todavía dudosos es de fiabilidad máxima (recomendada por la A.G.F.A.D.). En efecto **no se ha descrito por la experiencia científica que a la persona que se le aprecie una fusión ósea completa entre la epífisis y metafisis con cicatriz epifisaria definible (estadio 4) pueda tener una edad inferior a los 19 años.**

7. Para lograr el adecuado seguimiento de las decisiones de revisión o de no revisión del decreto de mayoría de edad dictado por el Fiscal a consecuencia de la presentación de cualquier tipo de documentación, interesamos de VI/VE de las órdenes oportunas para que se remitan a esta sede de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado copia de los expedientes de determinación de la edad en los que esa pretensión se ha ejercido.