



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO  
UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

MENORES EXTRANJEROS

**BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA**

PRIMER SEMESTRE.2019

INDICE

**I.NOTA PRELIMINAR...p.3.**

**II.CIVIL**

**1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD**

- A. Documentos y prueba médica contradictorias.... p.7.
  - a. Prevalece la prueba médica.....p.7.
  - b. Prevalece el documento.....p.15.
- B. Únicamente hay pruebas médicas.....p.21.
  - a. Se confirman las pruebas médicas.....p.21.
  - b. Son insuficientes.....p.26.
- C. Únicamente hay documentos.....p.26.
  - a. Se confirman los documentos
  - b. Son insuficientes
- D. Recurribilidad de la determinación de la edad.....p.29
- E. Otras.....p.30.



## **II.PENAL**

- 1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....p.33
- A. Documentos y prueba médica contradictorias
    - a. Prevalece la prueba médica
    - b. Prevalece el documento
  - B. Únicamente hay pruebas médicas
    - a. Se confirman las pruebas médicas
    - b. Son insuficientes
  - C. Competencia para determinar la edad.....p.33.

## **III.CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

- 1.CONFIRMACIÓN DEL PROTOCOLO MARCO
- 2.DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....p.36.
- A. Competencia de la Jurisdicción Contenciosa. Recursos contra el Decreto del Fiscal
  - B. Documentos y prueba médica contradictorias.....p.36.
    - a. Prevalece la prueba médica.....p.36.
    - b. Prevalece el documento
  - C. Únicamente hay pruebas médicas
  - D. Únicamente hay documento
3. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA.....p.39.



## I.NOTA PRELIMINAR

La Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en su Apdo.10 establece que: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los delegados de la especialidad por correo electrónico. En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la página [fiscal.es](http://fiscal.es) a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de las resoluciones jurisdiccionales en materia de menores extranjeros no acompañados.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

### CIVIL

#### DETERMINACIÓN DE EDAD

##### **-Documentos contra pruebas médicas**

Prevalece el documento

La determinación de la edad carece de interés casacional. Es una cuestión de valoración probatoria. Ha habido juicio de proporcionalidad al cuestionar motivadamente el Fiscal un documento de Ghana por cuanto hay una diferencia de más de cinco años entre la edad que facilitó a la policía y la que consta en el documento. Dijo también el recurrente que era de Togo y el documento que aporta es de Ghana. El interesado no dio explicaciones



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

sobre las contradicciones. ATS de 30 de enero de 2019 (Recurso de Casación nº 2617/2018)

La determinación de la edad carece de interés casacional. Es una cuestión de valoración probatoria. Ha existido juicio de proporcionalidad al cuestionar motivadamente el Fiscal el documento. Resulta imposible determinar que se trate de la misma persona ante la carencia de cualquier soporte fotográfico. Resulta sorprendente que la fecha de emisión y registro del nacimiento coincidan y que la comunicación se realizara por el padre del joven cuando a su llegada a España este dijo que sus padres habían fallecido en accidente. ATS de 6 de marzo de 2019 (Recurso de Casación nº 3657/2018)

Carencia manifiesta de fundamento. La doctrina de la instancia respeta la jurisprudencia. Se pretende por el recurrente una nueva valoración probatoria. La huella del pasaporte, según informe policial, corresponde a otra persona. ATS de 10 de abril de 2019 (Recurso de Casación nº3212/2017).

Se deniega la medida cautelar. Se ha practicado sólo la exploración física pero el recurrente no ha aportado documentación ni prueba alguna. Si el recurrente alega ser menor tiene la carga probatoria de aportar documentos que la acrediten. La mera manifestación de la abogada sobre la fecha es insuficiente. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº1150/2018, de 27 de febrero

Negativa

La negativa a someterse a la prueba de ortopantomografía rechaza la apariencia de buen derecho para adoptar una medida cautelar. El Fiscal explica las razones para que el interesado se someta a la realización de la prueba. Se entiende que el documento está impugnado cuando el Decreto del Fiscal pivota en el rechazo al documento. Los documentos están manuscritos por dos personas y no hay acentos elementales del idioma francés. AAP de Madrid, secc.10ª, nº38/2019, de 31 de enero.

**Solo concurre la prueba médica**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Se deniega la medida cautelar. Es suficiente para considerarlo adulto el resultado de la exploración física. El interesado tiene el deber de aportar documentación. La mera manifestación unilateral de ser menor no es suficiente. AAP de Barcelona, secc.18ª; nº94/2019, de 27 de febrero

La falta de fiabilidad de las pruebas médica por no existir tablas africanas se solventa al señalar el perito en juicio que ha tenido en cuenta el margen de error. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 6/2019, de 9 de enero

### **Sólo hay un documento**

No constan pruebas médicas. La partida de nacimiento es título suficiente de minoría de edad a efectos cautelares. El Fiscal no ha justificado porque duda de la misma. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 62/2019, de 12 de febrero.

### **Recurso contra el Decreto del Fiscal**

No cabe acción directa para proteger al menor. Debe recurrirse una Resolución de la Administración expresa o por silencio administrativo. También puede recurrirse una vía de hecho. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 104/2019, de 6 de marzo.

Si se dilata el recurso contra el decreto del Fiscal hay una posible infracción del art. 728.1. 2º LEC estimándose que por inactividad se ha consentido la situación. AAP de Madrid, secc.10ª. nº38/2019, de 31 de enero.

### **Incomparecencia del interesado a juicio**

Si el interesado no comparece a juicio no puede considerarse que haya automáticamente una ficta confessio. La incomparecencia no puede reprocharse a la Administración al constatarse que la entidad ha informado al interesado sobre el procedimiento y aún con dificultades podía haber mantenido el contacto con su letrado. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº260/2019, de 29 de marzo. En el mismo sentido SAP de Barcelona,



secc.18ª, nº6/2019, de 9 de enero.

## **PENAL**

En caso de duda sobre la determinación de la edad no hay preferencia entre el órgano judicial y el fiscal para llevar a cabo las diligencias de determinación de la edad. Corresponde dilucidarlo la institución a quien Policía remita el atestado siempre que sea fundadamente. AAP de Tarragona, secc.2ª, nº52/2019, de 18 de enero

## **CONTENCIOSO**

Un certificado de nacimiento no es suficiente para acreditar la identidad. Es preciso además un pasaporte. En este caso, el interesado ni lo ha aportado ni ha hecho gestiones para obtenerlo. STSJ de Aragón, secc.2ª, nº420/2019, de 24 de junio

El que no tenga la cedula de inscripción no impide que cautelarmente se otorgue la autorización de residencia. STSJ de Cataluña, secc.3ª, nº 241/2019, de 19 de marzo.



## II.CIVIL

### 1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

#### A. Documentos y prueba médica contradictorias

##### a. Prevalece la prueba médica

Tribunal Supremo

#### 1.ATS de 30 de enero de 2019 (Recurso de Casación nº 2617/2018)

**El recurrente pretende discutir en casación valoración de prueba y que se lleve a cabo otra. La Audiencia concluyó que hubo un juicio de proporcionalidad del Fiscal al valorar el pasaporte de Ghana presentado por el interesado. Hay una diferencia de más de cinco años entre la edad que facilitó a la policía y la que consta en el documento. Dijo que era de Togo y el pasaporte es de Ghana. No dio explicaciones satisfactorias sobre la contradicción y consintió que se realizaran las pruebas médicas.**

El procedimiento se inició por demanda presentada por el recurrente, por oposición a la resolución administrativa de fecha 1 de abril de 2016 que acordó el cese de la tutela, e interesando que se declarara que es menor en situación de desamparo, solicitando que la administración asumiera su tutela hasta su mayor edad; alegaba que estaba documentado con un pasaporte de la república de Ghana, según el cual habría nacido el NUM000 de 1999. A dicha demanda se opuso el Fiscal, alegando que la edad se fijó por decreto, en el que se exponía las razones por las que estimó no era fiable la edad fijada en el pasaporte, por lo que se determinó la edad a través de pruebas biológicas cuyos resultados fueron ratificados por el médico forense, sosteniéndose que alcanzó la mayor de edad el 29 de diciembre de 2015,

Mediante sentencia dictada en primera instancia, se desestimó la oposición, en base a lo siguiente: i) que tras haber sido identificado y llevado



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

al centro de acogida, se le trasladó a dependencias policiales al objeto de su identificación e inclusión en el registro central de menores extranjeros no acompañados, y realizado el cotejo de impresiones dactilares, apareció en la base de datos policiales como nacido el NUM001 de 1994 en Togo, fue reseñado el 19 de noviembre de 2014 en Motril por paso clandestino fronterizo; ii) ante las dudas de que la identidad del pasaporte no se correspondiera con la realidad, al existir una diferencia de más de cinco años, y ser distinto el país de nacionalidad, el fiscal acordó incoar diligencias informativas para determinar su edad, y practicar prueba radiológica para su determinación, fijándose como fecha de nacimiento la de NUM002 de 1997, y siendo además que el joven no dio ninguna explicación razonable sobre al contradicciones de lugar y fecha de nacimiento, y dio su consentimiento a la práctica de la prueba. Recurrida en apelación, la audiencia desestimó el recurso, si bien sitúa el debate en realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento que se porta no es fiable y así acudir a las pruebas que determinan la edad. Y concluye que hubo una adecuada ponderación de las circunstancias en el juicio de proporcionalidad realizado por el fiscal, dada la incertidumbre generada por los datos y la propia conducta del interesado.

Estas son las circunstancias a las que atiende la sentencia recurrida para desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia dictada en primera instancia, sin que se oponga a la doctrina jurisprudencial de esta sala. En realidad, lo que la recurrente muestra es su disconformidad con la valoración de la prueba efectuada en la sentencia, pretendiendo a través del recurso una revisión de esta, que concluya de forma favorable a sus intereses. Lo cual no puede servir de fundamento al recurso de casación. Debe recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un interés casacional que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha.





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## 2.ATS de 6 de marzo de 2019 (Recurso nº 3657/2018)

**Ausencia de interés casacional. El recurrente pretende discutir en casación valoración de prueba pretendiendo que se lleve a cabo otra. La Audiencia concluyó que cuando el recurrente se presentó ante la Policía y se hicieron las pruebas médicas estaba indocumentado. Presentada con posterioridad una partida de nacimiento, Fiscalía consideró que no había elementos suficientes para determinar la autenticidad de dicha partida lo que se comparte por la Audiencia, pues es imposible determinar que se trate de la misma persona ante la carencia de cualquier soporte fotográfico. Se destaca también lo sorprendente que resulta que la fecha de emisión y registro del nacimiento coincidan y que la comunicación se realizara por el padre del joven cuando a su llegada a España este dijo que sus padres habían fallecido en accidente.**

**SEGUNDO.-** Brevemente, los antecedentes esenciales, son los siguientes: El procedimiento se inicia por demanda del recurrente por oposición a la resolución administrativa que acordaba su baja en el sistema de protección de menores de la consejería, e interesando que se declare que, nacido el NUM000 de 2001 en Ghana, a dicha fecha era menor en situación de desamparo, interesando que la administración asuma su tutela hasta su mayor edad, alegaba que estaba documentado con un pasaporte de la república de Ghana, según el cual habría nacido el NUM000 de 2001. Mediante sentencia dictada en primera instancia, se desestima la oposición, en base a los siguientes argumentos: i) que cuando se personó en la comisaría de policía estaba indocumentado, por lo que cuando se le realizó las pruebas médicas correspondientes para la determinación de su edad, estaba justificada; ii) que el certificado de nacimiento, aportado con posterioridad y en el que se apoya el pasaporte, no tiene garantías suficientes para poder desvirtuar las pruebas médicas -a tal efecto, la fiscalía expuso su falta de seguridad sobre la veracidad del contenido de la partida de nacimiento con la base a la cual se emite el pasaporte, el cual se limita a recoger los datos de aquella-.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Recurrida en apelación, la audiencia desestima el recurso; centra el debate en la situación de un menor extranjero no acompañado e indocumentado, y en concreto en el valor de la documentación que presenta con posterioridad. Considera de aplicación, por tanto, la *STS de 8 de junio de 2015*, que, en un caso semejante, consideró que la práctica de las pruebas médicas acordadas, en tal supuesto, se ajustó a la normativa. Sobre la base de lo anterior, considera la audiencia probado, que cuando el recurrente acudió a la comisaría de policía de DIRECCION000, estaba indocumentado, razón por la que, por orden del fiscal de menores, fue trasladado al centro de menores; que cuando se le realizaron las pruebas médicas de determinación de la edad, no contaba ni con pasaporte ni con otro documento equivalente de identidad del que se pudiera desprender su minoría de edad, por lo que se le consideró correctamente como extranjero indocumentado, sometiéndole sin infracción alguna a las pruebas complementarias de determinación de la edad. Continúa relatando que si bien con posterioridad se remitió a fiscalía, copia compulsada de partida de nacimiento, fiscalía consideró que no había elementos suficientes para determinar la autenticidad de dicha partida, lo que se comparte por la audiencia, pues es imposible determinar que se trate de la misma persona, ante la carencia de cualquier soporte fotográfico, y a tal efecto destacan lo sorprendente que es que la fecha de emisión y registro del nacimiento coincidan y que la comunicación se realizara por el padre del joven cuando a su llegada a España este dijo que sus padres habían fallecido en accidente de tráfico. Por ello se estima correcto el decreto de 10 de octubre de 2016 del fiscal por el que se declara al joven, mayor de edad, que es ratificado por decreto de 17 de julio de 2017. En definitiva, considera que cuando se acordó la realización de las pruebas médicas para determinar su edad, el joven estaba indocumentado, y el certificado de nacimiento aportado con posterioridad y en el que se apoya el pasaporte, carece de las garantías suficientes para desvirtuar las pruebas médicas.

**CUARTO.** - Expuesto lo anterior, y a pesar de las alegaciones efectuadas en el trámite oportuno, el recurso de casación incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, por falta de respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida y a su *ratio decidendi* (artículos 483.2. 4º, en relación con el 477.2.3 LEC).

En realidad, lo que la recurrente muestra es su disconformidad con la



valoración de la prueba efectuada en la sentencia, pretendiendo a través del recurso una revisión de esta, que concluya de forma favorable a sus intereses. Lo cual no puede servir de fundamento al recurso de casación. Elude la recurrente que la resolución impugnada, tras examinar la prueba practicada, confirma las determinaciones del juez de primera instancia; en efecto, considera que cuando se acordó la realización de las pruebas médicas para determinar su edad, el joven estaba indocumentado, y el certificado de nacimiento aportado con posterioridad y en el que se apoya el pasaporte, carece de las garantías suficientes para desvirtuar las pruebas médicas. Estas son las circunstancias a las que atiende la sentencia recurrida para desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia dictada en primera instancia, sin que se oponga a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

Debe recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un interés casacional que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha.

### **3.ATS de 10 de abril de 2019 (Recurso 3212/2017)**

**Carencia manifiesta de fundamento. La doctrina de la instancia respeta la jurisprudencia. Se pretende por el recurrente una nueva valoración probatoria. El pasaporte se aporta después del Decreto y comprobada la huella que figura en el referido pasaporte se verifica que corresponde a otra persona.**

El procedimiento se inició por demanda presentada por el recurrente, por oposición a la resolución administrativa de fecha 15 de mayo de 2015, que acordó el archivo del expediente de desamparo de Teodosio, por ser mayor edad. Solicitaba este, se dejara sin efecto, y alegaba que era menor a la fecha de dictarse aquélla, manteniendo que es Raúl y no Teodosio. La



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

sentencia dictada en primera instancia confirma la resolución impugnada, y por tanto desestima la demanda, considerando que cuando el interesado se personó en las dependencias policiales- el 14 de abril de 2015- manifestó estar indocumentado, y que el pasaporte que aporta- donde consta como nacido el NUM000 de 1998 en Gambia- se expidió con posterioridad, el 30 de abril de 2015 en Gambia. Considera que es indubitada la concordancia de las huellas digitales de quien dice ser Raúl y el mayor de edad Teodosio, cuyas huellas constan en la base policial; y que acreditado que quién fue objeto de inicial protección resulta ser Teodosio, que es mayor de edad, debe confirmarse la resolución impugnada. Recurrída en apelación, se desestima esta, sobre la base de que el demandante se personó ante la policía sin documentación, identificándose como Raúl y el cotejo de huellas y fotos dieron como resultado que figuraba en la base de datos de la policía como Teodosio nacido en Gambia; que se apreció discrepancia entre la edad que manifestó tener y su apariencia física, siendo que estaba indocumentado y se identificó con un nombre distinto del que constaba en la base de datos, por ello se acordó la realización de pruebas médicas de determinación de edad, y estaba, en principio, justificada. Sigue relatando que la documentación consistente en pasaporte expedido en abril de 2015, se aportó con posterioridad, y está emitido en nombre de una persona distinta a la que deriva de la base de datos de la policía, por confrontación de huellas y foto. En definitiva, la sentencia apelada desestima la demanda porque entiende que el interesado que se identificó como Raúl resultó ser otra persona distinta, Teodosio y es mayor de edad. Explica, que no se trata de confrontar el resultado de pruebas médicas y los datos contenidos en el pasaporte aportado, pues dicho pasaporte no es del demandante sino de otra persona. Por todo ello considera que solo existen las pruebas médicas, y el informe médico de 14 de abril de 2015, donde se indica de forma definitiva, que es mayor de edad, y no hay documento alguno que lo contradiga, por lo que procede estar a la conclusión médica del informe realizado.

(...)

ii) Igualmente incurre en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento. Y es que las circunstancias a las que atiende la sentencia recurrida para desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia dictada en primera instancia, son las expuestas ut supra, sin que lo resuelto



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

en la sentencia, se oponga a la doctrina jurisprudencial de esta sala. En realidad, lo que la recurrente muestra es su disconformidad con la ratio decidendi de la sentencia y los hechos declarados probados, pretendiendo a través del recurso una revisión de esta, que concluya de forma favorable a sus intereses. Debe recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un interés casacional que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha.

Audiencia provincial

### **1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº112/2019, de 6 de marzo**

**El documento aportado es una fotocopia no legible por lo que carece de validez probatoria alguna.**

En este caso, el documento que aporta para justificar su minoría de edad se trata de una mera fotocopia apenas legible que no puede constituir indicio probatorio alguno, ni mucho menos fehaciente, como para constituir base de su pretensión, por lo que debe considerarse, a priori y a los efectos de la medida cautelar que no es suficiente título para acreditar la minoría de edad; y no acreditándose peligro de mora procesal (riesgo o peligro para el recurrente como consecuencia de la resolución impugnada), máxime cuando la medida que se pide coincide con la del pleito principal, es por lo que debemos desestimar el presente recurso.

### **2.AAP de Madrid, secc.10ª. nº 38/2019, de 31 de enero**

*Medida cautelar*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**Se desestima. No hay apariencia de buen derecho. La Fiscalía de Madrid llevó a cabo la prueba de radiografía del carpo y ofreció hacer más pruebas a las que el recurrente se negó por ser invasivas lo que no ha demostrado. La Fiscalía explicó reiteradamente al afectado la necesidad de que se llevara a cabo la prueba de la ortopantomografía al entrar en contradicción con la prueba del carpo con la documentación. La negativa rechaza cualquier apariencia de buen derecho.**

Tampoco concurre el requisito de la apariencia del buen derecho, toda vez que en la propia demanda originadora del procedimiento principal se admite que el actor fue sometido a pruebas médicas de determinación de la edad, efectuándole una radiografía de la muñeca izquierda que dio como resultado mayor de edad (Hecho I), como también que en julio del 2017 se le ofreció por la Fiscalía de Menores de Madrid la realización de nuevas pruebas médicas, negándose el apelado por ser esas pruebas especialmente invasivas, lo que está huérfano de todo respaldo probatorio, además de que en el Decreto de 27/7/2017 aportado por la parte actora con su demanda se puntualiza que dicha prueba era una ortopantomografía y se explicó varias veces por la Fiscalía la conveniencia de su práctica, al contradecir abiertamente la documentación presentada el resultado de la prueba médico-radiológica llevada a cabo; negativa que no deja de revestir un elemento indiciario de capital relieve que volatiza la existencia del fumus boni iuris.

**No puede afirmarse que la documentación de Guinea no ha sido impugnada cuando el Decreto del Fiscal pivota en no considerar válida la documentación presentada. Es esclarecedor que la inscripción o acta de nacimiento está manuscrito por dos personas distintas, que no hay acentos en términos elementales del idioma francés o que aparezca como nombre propio un apellido. Todos los documentos son presentados después de que la Fiscalía de Almería dictara su decreto de mayoría de edad.**

En otro orden de cosas, es de resaltar que los documentos acompañados a la demanda y con cuyo acomodo se postuló están datados en el año 2017, salvo el extracto del acta de nacimiento, fechado el 11/2/2016, siendo así que en el Decreto de revisión de la Fiscalía Provincial de Madrid,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Sección de Menores, de 27/7/2017, señala que el 14/11/2016 fue explorado el 14/11/2016, lo que se ve corroborado por la data en que se emitió el Decreto de determinación de mayoría de edad, id est, el 15/11/2016. No puede redargüirse con consistencia suasoria que el acta de nacimiento, tarjeta de identidad consular y certificado de inscripción consular de Guinea no han sido impugnados y que, consiguientemente, han de surtir plenos efectos jurídicos, cuando precisamente el Decreto de 27/7/2017 de la Fiscalía de Madrid pivota en la consideración de no reputar válida la documentación presentada, extremo que constituye la cuestión angular discutida en el procedimiento principal; razonamientos que conducen ineluctablemente al acogimiento del recurso, sin necesidad de adentrarnos en analizar exhaustivamente los documentos calendados, por más que no deja de ser esclarecedor no sólo que la inscripción o acta de nacimiento está manuscrita por dos personas distintas o carecer de acentos términos tan elementales en el idioma francés como père o mènagère, sino también que aparezca en dicho documento como nombre propio el de Miguel, lo que es un apellido, como puede colegirse de los demás documentos que se adjuntaron a la demanda, todos ellos confeccionados con posterioridad al Decreto de la Fiscalía de Almería de 15/11/2016, lo que tiene una significación indiscutible en la medida en que no presentó el ahora recurrido un documento de identidad del que se desprendiese su minoría de edad y que obstase a que se sometiera a pruebas complementarias de su edad. En suma, los recursos han de prosperar.

b. Prevalece el documento

Audiencia Provincial

**1.SAP de Barcelona, secc.18ª; nº 71/2019, de 24 de enero**

**Validez de la partida de nacimiento de Mali calificada como auténtica por el Consulado de Mali. No hay sospechas de fraude. No es suficiente que el recurrente no dé explicaciones convincentes ni la cercanía temporal de la fecha de expedición del certificado con la entrada del recurrente en España. El resultado de las pruebas médicas está tan cercano a los 18 años que no puede descartarse.**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Según se desprende del expediente el 17-7-2017 se aportó un extracto de acta de nacimiento donde consta que Francisco nació el NUM000 -2002 en Kayes, República de Mali. El Consulado de Mali en Barcelona certifica que los documentos de nacimiento adjuntos a la demanda del ciudadano Francisco son auténticos y en el acta de la vista se aporta por el demandante el pasaporte, un documento de identidad y un Ficha descriptiva, así como un informe de la Fundación CEPAIM que indica que se encuentra alojado en un centro o piso desde mayo de 2017 realizando actividades.

El Informe médico que ha efectuado las pruebas al demandante subsahariano determina una edad ósea del carpo según escala Greulich-Pyle de 19 años (según atlas para población caucásica) y que la edad estimada por ortopantomografía es de 18 años. La conclusión médica, sin realizar más pruebas, que se afirma es de "edad mínima más probable mayor de 18 años".

La cuestión que procede valorar en este procedimiento a tenor de las alegaciones vertidas, tanto en el procedimiento de instancia, como en la apelación es si la documentación que llevaba el demandante cuando compareció ante la policía solicitando la protección como menor de edad es suficiente para justificar la no necesidad de realizar las pruebas médicas y si el resultado de las pruebas médicas desvirtúa los datos de nacimiento que se recogen en los documentos aportados

(...)

También hemos dicho en sentencia de 30-9-2016 (ROJ: SAP B 10463/2016 - ECLI:ES:APB:2016:10463 ) que en los supuestos en que la persona al tiempo de iniciarse el expediente ante la Fiscalía y con anterioridad cuando se persona en los Mossos porta documentación oficial, (como partida de nacimiento expedida en Mali), procede estimar la demanda de oposición, habiendo considerado que "La partida de nacimiento es suficiente a estos efectos según determina el Tribunal Supremo"

En el caso aquí contemplado el extracto de nacimiento ha sido calificado como auténtico por el Consulado de Mali en Barcelona. En el acto de la vista aportó el pasaporte expedido por las autoridades de su país de origen además de otros documentos en los que aparecen los mismos datos de identificación y no cabe exigir una justificación mayor al no concurrir





indicios de manipulación. El demandante ha expresado desde el principio su proyecto migratorio y el itinerario seguido y se encuentra en un centro o piso de una Fundación en la que está llevando a cabo las actividades propuestas con interés y de forma positiva. No cabe sospecha de fraude. No basta para cuestionar la validez de los documentos acompañados que la explicación del demandante no haya resultado convincente, ni la proximidad de la fecha de expedición del certificado de nacimiento con la entrada en España. No se justifica en este caso la necesidad de la realización de las pruebas de determinación de edad pues cuando se llevaron a cabo ya se había aportado la documentación, siendo además la conclusión médico forense de edad mínima más probable los 18 años, tan notablemente próxima a la minoría de edad de manera que ésta no podía quedar descartada, como ya hemos señalado también en otros supuestos, cuando la persona a la que se ha efectuado el reconocimiento se le han aplicado pruebas médicas confrontadas con población de raza caucásica.

Se estima por tanto que el recurrente debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados y no puede ser considerado extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad lo que determina la estimación del recurso interpuesto.

## **2.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 304/2019, de 12 de abril**

**Debió darse validez al certificado de nacimiento y al pasaporte presentado después del juicio Las pruebas no debieron autorizarse sobre la duda del aspecto físico ya que la diferencia entre la edad apreciada por los forenses (al menos 18 años) y los 17 años manifestados por el recurrente era escasa.**

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que el actor aunque no portaba un certificado de nacimiento de su país originario, Ghana, cuando se presentó en Comisaria de los Mossos d'Esquadra, manifestó desde un primer momento que su fecha de nacimiento era el NUM000 de 1999, fecha que coincide con la que consta en el certificado de nacimiento que presentó con posterioridad, de lo que resulta que cuando se presentó en Comisaria de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Mossos d'Esquadra el 15 de marzo de 2017 tenía 17 años de edad. La DGAIA le proporcionó la protección necesaria y posteriormente aporta la documentación acreditativa de su edad, certificado de nacimiento y pasaporte en el acto de la Vista, emitido por la Embajada de su país.

(...)

TERCERO. - En el presente caso, el demandante Victor Manuel aportó, aunque en un momento posterior a su presentación en Comisaria, un certificado de nacimiento y un pasaporte, que indicaba como fecha de nacimiento el NUM000 de 1999, lo que determinaba una edad de 17 años en la fecha en que el demandante se presentó en dependencias policiales, el 15 de marzo de 2017, y también menos de 18 años cuando se dictó la resolución administrativa impugnada, el 4 de abril de 2017.

Como consecuencia Victor Manuel debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados, pues no bastaba para someterle a pruebas médicas las dudas sobre su aspecto físico, cuando la diferencia entre la edad apreciada según los médicos forenses (al menos 18 años) y la que el hoy recurrente manifestaba, 17 años, era escasa.

El estudio del Sindic de Greuges de 2011 aconseja que cuando exista duda sobre la verdadera edad cronológica del extranjero, de acuerdo con el principio favor minoris, se practiquen pruebas médicas de determinación de la edad solo en el caso de que no haya duda, por apariencia física o por cualquier otra condición, de una situación de mayoría de edad, ya que en muchos casos las pruebas médicas dan como resultado que el sujeto tiene 18 años o "más de 18 años" cuando la edad que consta en la documentación que aporta era de prácticamente 18 años, siendo expuestos a las pruebas médicas para encontrar una variación solo de pocos meses, como ha ocurrido en el presente caso. Ello unido a los márgenes de error de las pruebas médicas de determinación de la edad lleva a esta Sala, a mantener la duda de cuál era la edad exacta de Victor Manuel cuando se presentó en Comisaria y, por tanto, a la aplicación del principio de favor minoris y en consecuencia a la aplicación de la presunción de la minoría de edad del actor



**3.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 257/2019, de 28 de marzo.**

**Insuficiencia de las dudas de la foto del pasaporte o la existencia de otra fecha de nacimiento anterior a la que figura en el documento para someter al interesado a las pruebas médica.**

SEGUNDO. - Como antecedentes básicos diremos que Celso llegó a Barcelona en y se presentó ante los Mossos d Escuadra diciendo que era menor de edad sin ningún familiar que lo amparara ; aportó certificado de nacimiento conforme había nacido el NUM000 -2000. Con fecha 1-2-2018 se acuerda abrir expediente de desamparo y prestarle atención inmediata y se autoriza su ingreso en un centro de acogida. Practicada la exploración radiológica de la muñeca, física , de dentición con ayuda de la ortopantomografía y de la clavícula, se le considera mayor de edad, por lo que el Decreto de Fiscalía de 19-1-2018 considera a efectos de esa sección de protección de menores, que es un adulto y como tal no puede gozar de los beneficios que para la protección de los menores prevé nuestro ordenamiento, por lo que finalmente se acuerda el archivo del expediente por mayoría de edad.

(...)

Ni las dudas que la fotografía del pasaporte pudiera crear acerca de su edad ni la existencia de otra fecha de nacimiento anterior a la que figuraba en dicho documento, cuya certeza no se acreditó, bastaban para someterle a pruebas médicas...". En consecuencia en tal caso el demandante debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados y reitera 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 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 “.

#### **4.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 202/2019, de 12 de marzo**

**Presenta en comisaria certificado de Ghana y en la vista el pasaporte con lo que no puede considerarse que sea un menor indocumentado cuya minoría pueda ponerse en duda. La diferencia entre la edad apreciada según los médicos forenses (más de 18 años) y la que el hoy recurrente manifestaba, coincidente con la que constaba en el certificado de nacimiento (17 años), era escasa.**

Debe tenerse en cuenta que el hoy recurrente portaba un certificado de nacimiento de su país originario, Ghana, que indicaba la fecha de nacimiento el NUM000 de 1999, por lo que cuando lo presenta en Comisaria de Mossos d'Esquadra resulta que indicaba que tenía 17 años de edad. La DGAIA le proporcionó la protección necesaria y cuando se celebra la Vista en 1ª Instancia ya había obtenido el pasaporte del organismo correspondiente, en base al mismo certificado de nacimiento, documento que no ha sido impugnado.

(...)

En el presente caso, el demandante Indalecio disponía de un certificado de nacimiento y posteriormente, de un pasaporte, documento oficial, que indicaba como fecha de nacimiento el NUM000 de 1999, lo que determinaba una edad de 17 años en la fecha en que se presentó en dependencias policiales, razón por la que no puede aceptarse que se tratara de un menor indocumentado "cuya minoría pudiera ponerse en duda a los efectos de la normativa citada, cuando menos sin impugnar la autenticidad del documento que acreditaba esta minoría de edad".

Como consecuencia Indalecio debió quedar bajo la protección que la



ley dispensa a los menores no acompañados, pues no bastaban para someterle a pruebas médicas las dudas sobre el certificado de nacimiento que obraba en su poder ni su aspecto físico, cuando además la diferencia entre la edad apreciada según los médicos forenses (más de 18 años) y la que el hoy recurrente manifestaba, coincidente con la que constaba en el certificado de nacimiento (17 años), era escasa. No se ha acreditado el trato denigrante y discriminatorio al menor como alegaba el recurrente.

## B. Únicamente hay pruebas médicas

### a. Se confirman las pruebas médicas

Audiencia Provincial

#### 1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 6/2019, de 9 de enero

**Se ha intentado comprobar la filiación del recurrente a través de la embajada de Ghana que no ha respondido a la Sala. Cuando el recurrente se presenta a la OAM, carece de documento. Tiene la carga de aportarlos Al no hacerlo, está justificada la realización de las pruebas médicas. La prueba médica no tiene tablas africanas pero el perito ha señalado que ha tenido en cuenta el margen de error y que no tiene dudas de que el interesado es mayor de edad. Si el interesado no comparece, no se puede alegar que no ha sido oído. Se le han explicado las razones por las cuales debía dejar el centro cuando se apreció su mayoría de edad. Ha sido informado y escuchado hasta que se ha colocado en ignorado paradero. La incomparecencia en este procedimiento solo a él puede imputarse.**

SEGUNDO.- La prueba que fue solicitada por el ahora apelante ha sido admitida en esta alzada sin resultado. La embajada de Ghana en Madrid no ha dado respuesta a la petición de esta Sala habiendo transcurrido tiempo prudencial suficiente para ello. No cabe alegar indefensión por este motivo. Por otra parte, y como ya hemos afirmado en *sentencia de fecha 6/9/2018* si el demandante reclama su protección como menor de edad, no es ajeno a la carga de la prueba que acredite que lo es, en especial mediante la documental de documento de identidad y pasaporte. El demandante compareció



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

indocumentado ante la Oficina de Atención al menor acompañado de un educador, manifestó haber nacido el NUM000 -2000, dio un teléfono diciendo que era el de su padre y explicó su proyecto migratorio. Desde el Centro de Acogida donde fue ingresado se intentó localizar al padre de Custodia sin resultado positivo y no consta se intentara su comunicación por el interesado para pedir la remisión de documentos que permitieran su debida identificación.

Se alega por el recurrente que no está justificada la realización de pruebas médicas. Nos encontramos ante un supuesto en el que la persona cuando se presenta ante la OAM lo hace sin documentación alguna, ni pasaporte, ni partida o certificado de nacimiento, o cualquier otro documento que permita su identificación, por lo que tal y como ha señalado el *Tribunal Supremo en sentencia de fecha 8-6-2015 ( ROJ: STS 2347/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2347 )* existen "razones con encaje legal para acordar la práctica de pruebas médicas de averiguación de su edad".

Entendemos por tanto justificada la necesidad de realizar pruebas médicas para la determinación de la edad del demandante ante la ausencia total de documentación y falta de colaboración por parte del interesado para obtenerla.

TERCERO. - En relación a la valoración de la prueba pericial médica realizada por el IMELEC, la Sala no puede más que compartir la realizada por la Juez de Instancia que ha tenido en consideración los protocolos de actuación y las deficiencias de fiabilidad de determinadas pruebas aplicadas a persona de raza no caucásica. Consta un primer informe preliminar en el que tras la anamnesis y exploración física se concluye que los datos antropométricos y examen dental son compatibles con haber alcanzado los 18 años, aunque puede estar próximo a esa edad por lo que se resuelve realizar pruebas radiológicas. El estudio radiológico del carpo da una edad de alrededor de 19 años según atlas Greulich y Pyle. Consta realizada la ortopantomografía y se concluye que considerando globalmente todo el estudio y las características antropométricas la edad definitiva de la persona reconocida es compatible con un intervalo de edad entre los 18 años y seis meses y los 19 años. Se precisa la edad por encima de los 18 años y seis meses. Tal y como recoge la sentencia apelada la persona reconocida es de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

raza africana respecto de la que no se han realizado tablas, pero el perito, reconociendo la existencia de un margen de error, afirma sin duda que el joven es mayor de 18 años y que cuando se concluye la edad ya se ha tenido en consideración el margen de error. Esta es la única prueba que ha podido practicarse para determinar la mayoría de edad del demandante. La edad determinada no es compatible con la minoría de edad como ha ocurrido en otros supuestos en los que se ha determinado una edad mínima probable de 18 años sin mayor precisión. En este caso el médico forense afirma una edad que está por encima de los 18 años y seis meses. Consta que cuando se notificó al demandante la resolución que ahora se impugna se le comunicó los datos de la letrada asignada sin que se haya puesto en contacto con la misma. No ha podido practicarse el interrogatorio ante la imposibilidad de su localización que no puede imputarse a la Administración. No cabe hablar de infracción de derechos propios de las personas menores de edad como el derecho a ser escuchado o demás derechos invocados en este procedimiento pues se mantiene la conclusión de la sentencia apelada de mayoría de edad. Consta que el demandante fue en todo momento informado del procedimiento y de las medidas protectoras si resultaba ser menor y de las razones por las cuales debía dejar el centro cuando se apreció su mayoría de edad. Ha sido informado y escuchado hasta que se ha colocado en ignorado paradero. Y la incomparecencia en este procedimiento solo a él puede imputarse.

## **2.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 260/2019, de 29 de marzo**

**Cuando la parte se presenta ante la Policía lo hace sin documento identificativo. Corresponde al recurrente la carga de aportarlo. La realización de la prueba médica estaba justificada.**

- Las dificultades notorias del proyecto migratorio que se explican por el demandante no justifican de forma absoluta la ausencia de documentación que puede obtenerse también con posterioridad. Como ya hemos afirmado en *sentencia de fecha 6-9-2018* si el demandante reclama su protección como menor de edad, no es ajeno a la carga de la prueba que acredite que lo es, en especial mediante la documental de documento de identidad y pasaporte.

Nos encontramos ante un supuesto en el que la persona cuando se



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

presenta ante la OAM lo hace sin documentación alguna, ni pasaporte, ni partida o certificado de nacimiento, o cualquier otro documento que permita su identificación, por lo que tal y como ha señalado el *Tribunal Supremo en sentencia de fecha 8-6-2015 (ROJ: STS 2347/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2347)* existen "razones con encaje legal para acordar la práctica de pruebas médicas de averiguación de su edad" y "la decisión inicial de la Administración de someter a pruebas médicas al demandante se ajustó a la normativa de aplicación en los estrictos términos en que ha sido interpretada por esta Sala". Como ya señalamos en la *sentencia antes referida de 6-9-2018* "si la falta de pasaporte o documento similar es debido a la sola voluntad del menor, podrían producirse situaciones de fraude de Ley que deben prevenirse, pues, por el solo expediente de no portar la documentación de identidad, se podría conseguir la consideración de la minoría de edad y la protección que supone respecto a personas adultas sometidas a una legislación y a un control administrativo para su entrada y permanencia en España. Impedido el Ministerio Fiscal de recabar pruebas médicas con base en la mera "apariencia física", la falta de soporte documental haría legal y regular la presencia de cualquier persona en nuestro país fuera cual fuera su edad y su apariencia física". En el informe preliminar del IMELEC se recoge la compatibilidad con la minoría de edad, pero en el propio informe se recoge la necesidad de realizar pruebas complementarias para poder informar de forma definitiva.

Entendemos por tanto justificada la necesidad de realizar pruebas médicas para la determinación de la edad del demandante ante la ausencia total de documentación y falta de colaboración por parte del interesado para obtenerla.

**La prueba médica concluye que la edad mínima más probable es la de 18 años.**

**TERCERO.** - En relación a la valoración de la prueba pericial médica realizada por el IMELEC, la Sala no puede más que compartir la realizada por la Juez de Instancia. Consta un primer informe preliminar en el que tras la anamnesis y exploración física valoran que los datos son compatibles con ser menor de edad requiriendo pruebas complementarias. El estudio radiológico del carpo da una edad de 19 años según atlas Greulich y Pyle y





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de 18 y seis meses según atlas Hernández. Consta realizada la ortopantomografía de la que se deriva una edad de 18 años y se concluye que considerando globalmente todo el estudio y las características antropométricas la edad mínima más probable es la de 18 años. Esta es la única prueba que ha podido practicarse para determinar la mayoría de edad del demandante.

### **3.AAP de Barcelona, secc.18ª; nº94/2019, de 27 de febrero**

#### *Medida cautelar*

**Se deniega la medida cautelar. Se ha practicado la exploración física. El recurrente no ha aportado documentación ni prueba alguna. Si el recurrente alega ser menor tiene la carga probatoria de aportar documentos que la acrediten. La mera manifestación de la abogada sobre la fecha de nacimiento que le ha dicho la recurrente no es suficiente prueba.**

Las pruebas médicas practicadas el 9 de enero de 2018, parciales (examen físico, dentario y pubograma) concluyen, de forma totalmente provisional (a falta de radiografía de mano-muñeca y ortopantomografía), que el afectado sí ha alcanzado los 18 años, pero el informe forense definitivo de 16 de enero de 2018 confirma la edad de 18 años por radiografía de carpo y ortopantomografía.

Hemos mantenido la procedencia de medidas cautelares en estos casos cuando, pese al resultado de las pruebas médicas, el interesado ha aportado un principio de prueba por escrito, mediante pasaporte o certificado de nacimiento que contradice el resultado pericial o por cualquier otro medio admitido en Derecho. Pero cuando no se aporta documentación, ni se practica diligencia alguna para aportarla, ni por vía particular, ni por vía consular, ni se arbitran otras pruebas, la apariencia de buen Derecho no concurre. El solicitante no es ajeno al deber de acreditar su edad documentalmente en el momento que se ha de decidir sobre si es un menor protegible o no. Si el demandante reclama su protección como menor de edad, no es ajeno a la carga de la prueba que acredite, cuando insta la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

protección, que lo es, en especial mediante la documental, que no consta que trajera consigo, ni que la reclamara, siquiera tardíamente (SAP, Civil sección 18 del 19 de septiembre de 2018 (ROJ: SAP B 8375/2018 - ECLI:ES:APB:2018:8375 ) SAP, Civil sección 18 del 06 de septiembre de 2018 (ROJ: SAP B 7742/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7742).

El Sr. Jose Ignacio no comparece el día del juicio y su letrada actúa del turno de oficio. El recurrente dice haber nacido en NUM000 de 2001, según su letrada, y esta sola manifestación unilateral es insuficiente para justificar una apariencia de buen Derecho. En situación de desventaja como recién llegado y presumiendo que es menor, procede su protección inmediata. Pero no se ha acompañado pasaporte, ni partida de nacimiento, ni ningún documento de identidad ni se ha practicado prueba alguna. Y si ello inicialmente puede ser comprensible, no lo es transcurrido ya un año desde que llegó a España. Aun considerando su situación de desventaja no es la Administración, ni la Fiscalía los que tiene la carga de probar la apariencia de buen Derecho, sino que dicha carga también corresponde al que reclama su protección.

### C. Únicamente hay documentos

#### a. Se confirman los documentos

*Medida cautelar*

Audiencia Provincial

#### 1.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 62/2019, de 12 de febrero

**Se estima la medida. El Fiscal no lleva a cabo en sus decretos ningún juicio crítico sobre la falta de validez de los documentos. El certificado de nacimiento es, a efectos cautelares, título suficiente para acreditar la minoría de edad. No constan pruebas médicas ni elemento que cuestione el documento. Las declaraciones del menor sobre la forma en que ha obtenido los certificados son coherentes. No cabe apreciar que por no tener foto el documento hay una suplantación de personalidad.**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**No es cierto que el padre fallecido obtuvo el certificado. El padre inscribe el nacimiento. Si el menor está en la calle hay un riesgo social.**

Un nuevo estudio de las actuaciones pone de manifiesto que la Fiscalía decretó el 4 de abril de 2018 la mayoría de edad del interesado y, presentado un escrito de alegaciones en el que se criticaban las pruebas y se mencionaba expresamente la partida de nacimiento acompañada, por nuevo Decreto de 21 de abril de 2018 la Fiscal denegó dejar sin efecto el Decreto anterior. Sin embargo, en ninguno de los dos Decretos se analiza la prueba documental, ni se incluye juicio crítico sobre su eventual invalidez. De hecho, tampoco se realiza un juicio de proporcionalidad y ponderación adecuada sobre las razones de si se considera o no que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, como reiteradamente ha establecido el Tribunal Supremo.

En este caso, el certificado de nacimiento debe considerarse, a priori y a los efectos de la medida cautelar (no consta en la pieza ninguna otra documentación, ni certificado médico forense, ni pruebas médicas, ni elementos que permitan dudar sobre el valor del certificado de nacimiento), suficiente título para acreditar la minoría de edad y ello justifica la petición de la medida.

En la fotocopia de la primera partida de nacimiento que se acompaña (f.5) figura registrado el nacimiento en 2002, unos 6 meses después del parto, el NUM001 de 2002. Una fotocopia no negada tiene el mismo valor que un original (art. 318 LEC).

Consta en autos un segundo certificado de nacimiento (f.21) en el que figura el NUM000 de 2002 como fecha de nacimiento, expedido el 18 de abril de 2018. En su declaración en juicio el interesado dice que dio a los Mossos d'Esquadra su certificado de nacimiento (y lo reconoce, exhibido), que le había enviado su entrenador de fútbol a un teléfono móvil de otra persona; le renovaron la partida para hacer futbol, después de que cambiara el sistema de Registro Civil y su padre falleció después del primer certificado y en el nuevo copiaron la información del antiguo. Estas declaraciones son coherentes con el contenido de ambos certificados y difíciles de concebir si



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

no se tratara del mismo sujeto. No cabe mantener una presunción de suplantación de personalidad porque no haya foto en el certificado de nacimiento y no es cierto que la emisión de certificado se realizara supuestamente por el padre previamente fallecido, sino que, reproducción de la inscripción inicial, se recoge en este segundo certificado que fue el padre quien en su día inscribió el nacimiento, de lo que no hay duda.

## **2.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 92/2019, de 26 de febrero**

**Se estima la medida cautelar. Aunque la petición presentada sea prematura al impugnarse la resolución administrativa por vía de hecho al presentar un principio de prueba como un documento y dar un domicilio para su localización, el interesado no puede quedar desprotegido en tanto se resuelve definitivamente sobre su protección.**

Se aprecia la infracción denunciada en la medida en que en este supuesto se solicita en julio de 2018, como medida cautelar, se mantenga la situación protectora una vez dictada resolución administrativa de cierre del expediente de desamparo y mientras se sustancia el procedimiento de oposición a la resolución administrativa.

La desviación procesal que la DIRECCION000 y el Ministerio Fiscal denuncian al oponerse al recurso o la prematura petición del recurrente - al oponerse a resolución administrativa por la vía de hecho- no puede resultar finalmente en una situación de desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones de quien afirma ser menor de edad, acompaña a Fiscalía un principio de prueba *a limine* (pasaporte, certificado de nacimiento) y ofrece un domicilio para su localización en tanto se resuelve definitivamente sobre su protección ( folios 7 a 10).

Afirmamos por ello también la concurrencia, en ese momento inicial, de los requisitos del *artículo 728 LEC, fumu boni iuris y periculum in mora*. No se produce con la medida una anticipación del fallo.



D. Recurribilidad de la determinación de la edad

Audiencia Provincial

**1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 104/2019, de 6 de marzo**

**No cabe acción directa para proteger a un menor de edad. Sólo puede protegerse a un menor recurriendo una resolución de la administración pública o contra su silencio. Puede acudir a la jurisdicción si se produce una vía de hecho. El interesado ya ha sido declarado en desamparo.**

No cabe una acción directa de protección ante los Tribunales, sino que la competencia para la protección de los menores corresponde a la Administración Pública y solo contra sus resoluciones (o contra su silencio administrativo) se puede acudir a la Jurisdicción (directamente si se produce una vía de hecho, lo que aquí no ha sucedido).

Pese a ciertos datos numéricos aportados en la demanda, no se concretó si existía o no atención inmediata y/o Decreto de Fiscalía y en qué sentido. Reclamado el expediente, consta que la DGAIA se prestó atención inmediata a Nicanor (Víctor) según Resolución de 12 de septiembre de 2017 y se acompaña un acta de nacimiento del afectado de fecha de 1 de septiembre de 2013, que confirma que es menor de edad. El 29 de noviembre de 2017 se declara el desamparo y el 15 de febrero de 2018, su traslado a otro centro (pisos DIRECCION000).

**2.AAP de Madrid, secc.10ª. nº 38/2019, de 31 de enero**

**El Decreto del Fiscal es de 27 de julio de 2017 y la demanda está datada el 26 de enero de 2018. Posible infracción del art. 728.1. 2 párrafo LECIV al pretender alterarse una situación consentida durante bastantes meses sin haber reaccionado jurídicamente.**

Además, si el 27/7/2017 se dictó Decreto por la Fiscalía de Madrid,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

declarando no haber lugar a la revisión del Decreto de determinación de mayoría del apelado proferido el 15/11/2012 por la Fiscalía de Almería en el marco de las diligencias 477/16, no se alcanza a entender que la demanda instauradora del procedimiento ordinario esté datada el 26/1/2018, como tampoco podría llenarse el requisito del párrafo segundo del apartado primero del artículo 728 del mismo texto procesal, al pretender alterarse una situación consentida durante bastantes meses sin haber reaccionado jurídicamente, además de estar ayuno de todo refrendo demostrativo que, caso de no adoptarse la medida cautelar instada, podrían producirse situaciones que dificultasen u obstasen la efectividad de la tutela

E. Otras

Audiencia Provincial

**1.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 165/2019, de 10 de abril**

**Inadecuación procedimental. No corresponde al procedimiento regulado en el art.780 LECIV conocer de la pretensión del recurrente consistente en participar en la localización de familiares del menor para que asuman la tutela.**

PRIMERO. - La representación de Eloy recurre en apelación el Auto de primera instancia que ha denegado la admisión a trámite de su demanda en la que solicitaba la protección de sus derechos por ser menor extranjero no acompañado, por el trámite previsto en el *art 780 LEC*, alzándose contra el Decreto de Fiscalía de fecha 27-11-2017.

El demandante presentó ante la Fiscalía una solicitud para que se le permitiera intervenir en el expediente de determinación de edad en un momento en que todavía se estaba tramitando y no se había dictado aún Decreto alguno sobre la edad del actor. Solicita el actor ante el Juzgado se adopten las medidas que considera deberían haberse adoptado por la entidad pública en protección de su persona.

En el Decreto de Fiscalía se hace saber al Letrado que todavía se está



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

tratando el proceso de determinación de edad, se da por recibido su escrito y se acuerda continuar el procedimiento de determinación de la edad del actor.

En su recurso el recurrente no discute la minoría de edad ni el desamparo y tampoco combate directamente la fundamentación de la sentencia que recurre se limita a reiterar la necesidad de averiguar la localización de sus familiares para que asuman la tutela o/y guarda del actor.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso y ha manifestado que el propio recurrente aportó pasaporte en el que consta como fecha de nacimiento el NUM000 -2000, fecha que se tuvo en cuenta como referencia en el tratamiento que como menor en su momento, se le dispensó.

SEGUNDO. - Como ha quedado expuesto en el fundamento precedente, la parte apelante no solicita específicamente la revocación de la resolución administrativa, sino que pide que se admita su colaboración para la averiguación de la vinculación familiar del menor en España o en el país de origen del recurrente al objeto de que sus familiares puedan hacerse cargo de él.

El objeto de este procedimiento regulado en el *art.780 LEC* es exclusivamente examinar la corrección de la declaración de desamparo de modo que la cuestión que plantea Eloy por vía de recurso excede del objeto de este procedimiento. La parte podrá en su caso oponerse a la resolución de la DGAIA que se dicte.

## **2.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 260/2019, de 29 de marzo**

**No se ha podido practicar el interrogatorio ante la inasistencia del recurrente. No cabe aplicar automáticamente ante la incomparecencia una ficta confessio. Tal incomparecencia puede estar justificada al pasar varios meses entre el cierre del expediente y el juicio, pero no cabe imputarla a la Administración. Consta que el demandante fue informado en todo momento sobre el procedimiento y las razones por las que podía dejar el centro. Pese a las dificultades podría haber mantenido un contacto con su asistencia letrada que hubiera facilitado su mejor defensa.**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

No ha podido practicarse el interrogatorio ante la incomparecencia del interesado. La Sala comparte el criterio defendido en el recurso sobre la no aplicación automática de la *ficta confessio* habida cuenta las circunstancias fácticas concurrentes en estos supuestos. La incomparecencia del demandante al acto del juicio no puede considerarse como totalmente injustificada pues cabe valorar que han transcurrido unos meses entre el cierre del expediente, momento en el que el interesado queda fuera del ámbito de protección de la entidad pública, y la celebración del juicio, pero tampoco cabe imputar la incomparecencia a la Administración. Consta que el demandante fue en todo momento informado del procedimiento y de las medidas protectoras si resultaba ser menor y de las razones por las cuales debía dejar el centro cuando se apreció su mayoría de edad. Pese a las dificultades podría haber mantenido un contacto con su asistencia letrada que hubiera facilitado su mejor defensa.





## II.PENAL

### C. Competencia para determinar la edad

#### Audiencia Provincial

#### 1.AAP de Tarragona, secc.2ª, nº 52/2019, de 18 de enero

**Tanto la Fiscalía de Menores como el Juzgado de Instrucción son en principio competentes para la instrucción de una causa en los que los implicados, aun no filiados ni verificada su edad, parecen ser menores. No hay preferencia entre ellos ni cauce legal ad hoc para resolver las controversias que puedan plantearse entre los mismos. Corresponde dilucidar la edad a quien la Policía remita el atestado. En este caso a la Fiscalía. Tal remisión no es infundada por cuanto la denunciante señaló que eran menores. Las diligencias para determinar la edad corresponden a Fiscalía.**

Al margen de la adecuación o no de la forma empleada por el juzgado instructor en su decisión, lo cierto es que se está rechazando la competencia para la instrucción de una causa por hechos con presuntiva relevancia penal. Y en este sentido, lo primero que hay que señalar es que no existe cauce legal ad hoc para los supuestos en que surgen controversias respecto a la competencia entre la Fiscalía de Menores y el Juzgado de Instrucción, siendo ambos órganos competentes para instruir diligencias en el caso que nos ocupa.

La fuerza pública puede presentar el atestado ante la Fiscalía de Menores, como ha ocurrido en el caso de autos. El art. 16.2 LORPM dispone que quienes tuvieren noticia de algún hecho delictivo presuntamente cometido por un menor de 18 años deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho. Cuando entienda que el conocimiento de los hechos no corresponde a la competencia de los Juzgados de Menores, acordará la remisión de lo actuado al órgano legalmente competente (art. 21 LORPM). Si la Fiscalía de Menores concluyese por el contrario que los hechos hubieren sido cometidos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

por menores y mayores de edad, habría de remitir testimonio al juzgado de instrucción competente.

Puede ser, no obstante, que el atestado se hubiere presentado ante el Juzgado de instrucción. En este caso, éste debería de haber incoado actuaciones y, una vez practicadas las diligencias de investigación pertinentes en términos del *art. 299 LECr y 777 del mismo texto legal*, si todos los investigados fuesen menores de edad penal, dictaría auto en el que dispusiere dar traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que iniciare los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (*art. 779.1. 3º LECr*). Y es dentro de dichas actuaciones donde se consagra la competencia del Letrado de la Administración de Justicia (y no en términos absolutos sea cuales fueran las circunstancias concurrentes), para acreditar la edad e identidad del investigado. Si, por el contrario, los hechos hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y menores de edad entre 14 y 18 años, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, comprobada la edad de los imputados, habría de remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal (*art. 16.5 LORPM*).

Por lo tanto, tanto la Fiscalía de Menores como el Juzgado de Instrucción son en principio competentes para la instrucción de una causa en los que los implicados, aun no filiados ni verificada su edad, parecen ser menores. Y lo que se deriva claramente de los preceptos legales referidos es que el órgano que conozca de las actuaciones (bien Fiscalía de Menores, bien el Juzgado de Instrucción) ha de realizar las actuaciones que resulten pertinentes para la averiguación de los hechos y de las personas responsables de los mismos, lo que conlleva necesariamente la determinación de la edad del presunto responsable del hecho, de la que se destilará el órgano competente.

En el caso de autos, los Mossos d' Esquadra presentaron atestado ante la Fiscalía de Menores y entendemos que en modo alguno de manera infundada, derivándose claramente en el mismo de las manifestaciones de la denunciante que los implicados en los hechos denunciados serían menores, en concreto de 16 años, identificándolos como Gumersindo, "un tal Jaime ", y " Justino el Raton ". Es evidente que deben practicarse diligencias sobre la



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**UNIDAD DE EXTRANJERÍA**

identidad de los responsables de los hechos y su edad, para lo cual resulta competente la Fiscalía de Menores, órgano al que se remitió inicialmente el atestado y que deberá proceder a su verificación. Cuestión distinta hubiere sido que el atestado se hubiere remitido al Juzgado de instrucción, entendemos que el primer órgano que tomó conocimiento de los hechos debe continuar en su averiguación hasta que pueda resolverse en términos en este caso del art. 16.2, 3 y/o 5 de LORPM.



## III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### 2. DETERMINACIÓN DE LA EDAD

#### B. Documentos y prueba médica contradictorias

##### a. Prevalece la prueba médica

Tribunal Superior de Justicia

#### 1. STSJ de Aragón, secc. 2ª, nº 420/2019, de 24 de junio

**Un certificado de nacimiento carece de cualquier valor identificativo si no va acompañado de un pasaporte que permita comprobar la correspondencia de ese certificado con la persona que lo presenta. En este caso el recurrente ni presenta pasaporte ni lo está tramitando. Dos informes médicos coincidentes en su resultado señalan que el afectado es mayor de edad. Se tenía que haber practicado el consentimiento. Se ha dado traslado de las pruebas médicas al fiscal que las da por válidas.**

Como resulta de la lectura de los preceptos estatales transcritos, en especial del artículo 100.1, la identidad del extranjero en España se acredita con la documentación con la que hubiera entrado en nuestro país, expedido por las autoridades de su país de origen o de procedencia. Así viene a reconocerlo la propia Administración autonómica cuando, entre las alegaciones formuladas en el escrito de interposición del recurso de casación, sostiene que, en el caso de ciudadanos extracomunitarios, cual es el caso, el único documento válido para acreditar la identidad es el pasaporte expedido por el Estado del que es nacional".

Asimismo, el *TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 15-10-2004, nº 1477/2004, rec. 1209/2002*, razona:

"Pues bien, el artículo 5.1 del Acuerdo de Schengen establece los siguientes requisitos para la autorización de la entrada del nacional extranjero:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

a) Poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Comité Ejecutivo.

b) Estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido.

c) En su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

d) No estar incluido en la lista de no admisibles.

De no reunirse alguno de los mentados requisitos "se negará la entrada" -artículo 5.3 del Acuerdo Schengen-.

Por su parte, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social EDL 2000/77473 , en su redacción dada por la *Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre en su artículo 25.1* EDL 2000/88847 , establece que "El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad , que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España ó estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios"; de no cumplirse los expresados requisitos, se denegará la entrada mediante resolución motivada - *artículo 26.2 de la expresada Ley* -".

De lo expuesto se desprende, a) que incumbe al recurrente la obligación de "conservar, en vigor, la documentación con la que hubieran efectuado su entrada en España, la que acredite su identidad , expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

que acredite su situación en España", y b) que el certificado de constante mención del que se aporta copia no acredita en modo alguno la identidad del recurrente sin un pasaporte que permita comprobar la correspondencia de dicho certificado con la persona que lo presenta a las autoridades españolas.

Hay que destacar también, como se indica en la sentencia apelada, que el recurrente no ha presentado nuevo pasaporte, ni ha justificado siquiera haber intentado su obtención pese a haber dispuesto de tiempo y posibilidad de hacerlo. En el informe social de 10 de noviembre de 2017, hace casi dos años, se hace constar que "hasta el momento no ha sido posible tramitarle el pasaporte". Desde entonces tampoco lo ha tramitado, ni consta que lo haya intentado siquiera.

Respecto a la prueba de imagen practicada se han emitido dos informes médicos absolutamente contestes en su resultado. El médico forense concluye que "En la imagen aportada no se observan centros de osificación, estando las metáfisis distales de cúbito y radio totalmente cerradas, por lo que puede establecerse que la mano estudiada pertenece a una persona con una edad biológica superior a los 18-19 años".

Es cierto que conforme al *art. 35 LO 4/2000* y 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, previamente a la práctica de la prueba médica se debía haber obtenido el consentimiento de la persona. En este caso se ha dado traslado al Ministerio Fiscal tras el dictamen del médico forense y ha informado que "nada tiene que alegar, ni acordar al respecto, dando por válidas las citadas pruebas para determinación de la edad biológica de Fausto".

Expuesto cuanto antecede procede desestimar todas las alegaciones que efectúa el recurrente acerca de la protección de los menores, porque el apelante no era menor de edad al iniciarse el expediente administrativo, y ha sido asistido en dicho expediente y en el presente procedimiento por medio de abogado, sin que haya quedado desvirtuada la conclusión ya sentada acerca de la mayoría de edad del recurrente.



### 3. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

Tribunal Superior de justicia

#### **1.STSJ de Cataluña, secc.3ª, nº 241/2019, de 19 de marzo**

#### **No se otorga cedula de inscripción al denegar el consulado rumano la emisión del pasaporte.**

El supuesto que nos ocupa presenta notables singularidades, por la condición pública de las dos partes implicadas en la controversia y la repercusión comunitaria de las resoluciones administrativas adoptadas en torno a la petición de identificación del menor extranjero, cuya tutela tiene asumida la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència, actuando en su representación.

Tenemos aquí que la apelante instó de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona autorización de inscripción de indocumentados-cédula de inscripción a favor del menor, Andrés, y que la petición fue denegada por resolución de aquella Subdelegación, de 30 de enero de 2017 (folio 34 de la pieza elevada a esta Sala), siendo el acto aquí impugnado.

En el fondo de la controversia late el intento de la Administración autonómica, que ha declarado el desamparo del menor, asumiendo su tutela (resolución obrante a los folios 37 y ss. de la pieza de medidas elevada a esta Sala), y disponiendo su acogimiento permanente en familia ajena (como resulta de la solicitud dirigida al Consulado de Rumanía, al folio 42 de la pieza elevada a esta Sala) de dotar al menor de documentación acreditativa de su identidad, y el silencio del aparato consular rumano a la solicitud de la tutora legal del menor de expedición de documentación identificativa de aquél (folios 42 y ss. de la repetida pieza).

Sin prejuzgar el fondo de la controversia, que se revela de incuestionable calado y complejidad, cuanto menos por sus repercusiones, de entrada en materia de reconocimiento entre Estados de la ejecutividad de decisiones administrativas en materia de guarda de menores desamparados, aquí hacemos frente a un supuesto en que la apelante ha asumido la representación legal del menor extranjero tras declararlo en situación de desamparo, y trata,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

en ejercicio de sus funciones tutelares, de dotar al menor extranjero de la documentación acreditativa de su identidad, lo que, al margen de aquella complejidad, revela cuando menos la seriedad de la pretensión que la actora somete a esta jurisdicción.

**Que una autoridad del Estado Española no conceda la titulación acreditativa de su identidad a un menor cuya tutela ha asumido otra institución, en este caso autonómica, del propio Estado es aparentemente una paradoja**

Al mismo tiempo existe un claro referente legal susceptible de dar cobertura a la pretensión de la aquí apelada (art. 34.2 de la LO 4/2000), actuando en representación legal del menor extranjero, dándose la aparente paradoja, que aquélla dibuja con precisión, de no prestarse autoridad del Estado español a dotar de titulación acreditativa de su identidad a un menor cuya tutela ha asumido otra institución, en este caso autonómica, del propio Estado.

Por último, y no menos importante, lo que enlazará por cierto con el juicio de ponderación de intereses a acometer, resulta que la medida cautelar a que accede el órgano a quo consiste, lisa y llanamente, en cautela positiva del modestísimo alcance apuntado, tratándose simplemente de condenar a la Administración periférica del Estado, competente en la materia de extranjería que nos ocupa, a dotar de documentación identificativa al menor, hallándose el mismo, caso contrario, en una situación de hecho cercana a o parangonable con la apatridia.

**Alcance limitadísimo de la medida cautelar consistente en otorgar una documentación identificativa al menor. No otorgarla coloca al menor en una situación cercana a la apatridia. Quien está bajo la jurisdicción de un Estado debe estar dotada de identidad. Ello es un imperativo para el Estado al ser la identidad inherente a la personalidad y a la dignidad. Tiene también una vertiente practica al ser imprescindible en orden al desenvolvimiento cotidiano de la persona.**





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Si partimos del anterior escenario, en que la pretensión de la actora en la pieza principal aparece sustentada en sólidos o, cuando menos, reconocibles argumentos, tenemos asimismo que, y para esto no resulta preciso sesudo estudio de protocolos internacionales en protección de los derechos de los menores, y aun de extranjeros, dotar de identidad a la persona que se halla, en este caso de forma clarísima, bajo la jurisdicción y aun tutela del Estado, se revela para el mismo imperativo, al ser aquella identidad inherente a la propia personalidad, y aun a la dignidad, y, ya en una vertiente práctica, imprescindible en orden al desenvolvimiento cotidiano de aquélla y el ejercicio de los más elementales derechos de la persona, incluidos los de relación con el poder público.

**Ha de atenderse al interés superior del menor, difícilmente confrontable con otro interés público. Nada en la LJCA impide adoptar dicha medida cautelar.**

Si atendemos igualmente a lo excepcional del supuesto, al limitadísimo alcance de la cautela positiva adoptada, y a la minoría de edad de la persona a dotar de documentación identificativa, concurriendo, de modo evidente, razones de interés público y humanitarias que aconsejan facilitar aquélla, parece indeclinable un juicio de ponderación en que haya de atenderse muy prioritariamente al interés del menor, que, de hecho, se antoja difícilmente susceptible de confrontación con el mismo interés público.

En el cuadro descrito, en fin, los alegatos del Abogado del Estado postulando la imposibilidad de conceder medida suspensiva de acto de contenido negativo se revelan insuficientes, pues, allí donde concurren excepcionales méritos para ello, y este es el caso, ningún precepto legal de entre los dedicados en la LJCA a la disciplina de la tutela cautelar veda el otorgamiento de medida cautelar de signo positivo como la aquí concedida, y que en esta sede no podemos sino ratificar. Procede, pues, desestimar el recurso de apelación".

**2.STSJ de Asturias, secc.1ª, nº 247/2019, de 29 de marzo**

**La solicitud de autorización de residencia debió tramitarse,**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**aunque se presentara dos días antes de que el interesado alcanzara la mayoría de edad. Irrelevancia del error sufrido por el representante legal que marca la casilla menor ya mayor en lugar de la de menor. Es un lapsus formal.**

Una vez así expuestos sucintamente los términos de la apelación y previo examen del expediente administrativo se puede apreciar que en la fecha de presentación de la Solicitud de Autorización de Residencia y Trabajo por Circunstancias Excepcionales (30-1-2018) el ahora apelante aún era menor de edad por lo que, con independencia del lapsus formal en que se ha incurrido por su representante legal al marcar la casilla correspondiente al menor extranjero ya mayor de edad, es claro que a dicha solicitud debió de darse el trámite previsto en el *art. 196 del Decreto 557/2011*, aún cuando solamente faltasen dos días para alcanzar la mayoría de edad, y siendo ello así el presente recurso debe de prosperar sin mayores razonamientos, si bien no en su integridad al no poder este Tribunal suplantar a la Administración en la adopción de la resolución que procede una vez tramitada la solicitud por los cauces previstos en el *art. 196 del Decreto 557/2011*.