



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA**

PRIMER SEMESTRE.2018

**INDICE**

**I.NOTA PRELIMINAR...P.3.**

**II.CIVIL**

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....P.6.

A. Documentos y prueba médica contradictorias.....P.6.

a. Prevalece la prueba médica.....P.6.

b. Prevalece el documento.....P.10.

B. Únicamente hay pruebas médicas.....P.12.

a. Se confirman las pruebas médicas.....P.12.

b. Son insuficientes.....P.13.

2.OTROS.....P.15.

**II.PENAL**

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....P.17.

A. Documentos y prueba médica contradictorias.....P.17.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

- a. Prevalece la prueba médica
- b. Prevalece el documento.....p.17.
- B. Únicamente hay pruebas médicas.....P.18.
  - a. Se confirman las pruebas médicas
  - b. Son insuficientes.....P.18.
- III.CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....P.21.**
  - 1.CONFIRMACIÓN DEL PROTOCOLO MARCO ....P.21.
  - 2.DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....P.29.
    - A. Competencia de la Jurisdicción Contenciosa. Recursos contra el Decreto del Fiscal .....P.29.
    - B. Documentos y prueba médica contradictorias
      - a. Prevalece la prueba médica
      - b. Prevalece el documento
    - C. Únicamente hay pruebas médicas
    - D. Únicamente hay documento.....P.36.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## 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:

### **DETERMINACIÓN DE EDAD**

#### **CIVIL**

-Documentos y pruebas médicas contradictorias

Prevalecen las pruebas médicas

Es legítimo hacer pruebas médicas si el documento es falso (SAP de Barcelona, secc.18ª, nº469/2018, de 22 de junio) o hay una contradicción sustancial entre el contenido del documento (fecha de nacimiento y país de nacimiento) y sus manifestaciones ante la autoridad sin que ante el Fiscal se dé una explicación satisfactoria sobre esa diferencia. SAP de Asturias, secc.1ª, nº 128/2018, de 28 de marzo. Es acorde a la jurisprudencia del Supremo cuestionar un documento cuando hay una justificación razonable como que el interesado esté registrado como mayor en una orden de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

expulsión. Ello justifica llevar a cabo las pruebas médicas. SAP de Álava, secc.1ª, nº 189/2018, de 19 de abril.

Prevalece el documento

Cautelarmente el recurrente debe ser protegido como menor al tener un certificado de nacimiento de Mali del que se desprende que es menor ya que no consta el informe médico de mayoría. No obstante, se presume que tal informe existe con lo que en cualquier momento el ente de protección lo expulsara del centro. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 343/2018, de 30 de mayo.

Únicamente hay pruebas médicas

Cuando no hay documento, cabe autorizar pruebas médicas sobre la base de la apariencia de mayoría de edad que figure en una fotografía. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 459/2018, de 18 de junio.

Al no existir documento está justificado realizar pruebas médicas pero una edad ósea de 19 años y una ortopantomografía de 17 años supone una duda que se resuelve a favor de la minoría de edad. SAP de Barcelona, secc.19, nº 441/2018, de 12 de junio.

## **PENAL**

Únicamente hay pruebas médicas

No es válido en el proceso penal la declaración hecha por el interesado en el expediente de Fiscalía de determinación de edad porque no fue informado de su derecho a no declarar contra sí mismo. El acusado puede dar diversas identidades porque forma parte de su derecho a no declarar contra sí mismo. STSJ, secc.1ª, Sala de lo Civil y Penal, de la Comunidad Valenciana nº 13/2018, de 26 de febrero.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## **CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Recurribilidad del Decreto del Fiscal y otras cuestiones ligadas a la prueba de la determinación de la edad.

Recurribilidad directa, en todo caso, y sin sujeción a límites de cualquier acto de aplicación del protocolo. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) nº 131/2018, de 31 de enero.

Irrecurribilidad del Decreto del Fiscal conforme al art.1.1 LJCA o al art.25 LJCA. El Decreto del Fiscal no se ha concretado en una acción específica de extranjería que pueda recurrirse. STSJ de Madrid, secc.10ª, nº189/2018, de 15 de marzo.

Hay un deber del interesado de someterse a las pruebas médicas. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) nº 131/2018, de 31 de enero.

Validez del Protocolo cuando establece causas para poder dudar de un documento. No se extralimita de lo que reconoce la norma. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) nº 131/2018, de 31 de enero

## **OTRAS**

### **CIVIL**

No puede solicitarse ninguna medida de protección si el menor está ilocalizable. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 456/2018, de 11 de julio (Jurisdicción Voluntaria)

## **CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Se confirma el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados. No puede recurrirse directamente porque no es una norma jurídica sino una instrucción u orden de servicios fruto de la potestad de dar instrucciones a órganos subordinados. Cualquier acto de aplicación del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Protocolo puede recurrirse sin límite alguno. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) nº 131/2018, de 31 de enero.

## II. CIVIL

### 1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

#### A. Documentos y prueba médica contradictorias

##### a. Prevalece la prueba médica

Audiencia Provincial

*Falsedad del documento*

#### 1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 469/2018, de 22 de junio

La interesada reconoce que compró el pasaporte por lo que no había una duda razonable sino la certeza de que el pasaporte no se correspondía con la identidad declarada. En consecuencia estaba plenamente justificado llevar a cabo las pruebas médicas. El informe forense señala que la edad mínima es de 18 años . No se ha practicado prueba indiciaria para contrarrestarla. El interesado no compareció al acto del juicio. Tampoco se trajo al juicio a su madre que vive en Francia. El Consulado del Congo señala que no puede expedir la partida de nacimiento u otros documentos de la interesada porque no está registrada.

Como razona la sentencia apelada y admite la propia apelante en su escrito de oposición, la documentación que portaba no era válida y no puede considerarse a los efectos de su identificación. Ella reconoce que había comprado el pasaporte. Por lo tanto en este caso existía -no duda más que razonable- sino certeza de que el pasaporte no se correspondía con la identidad declarada por lo que era procedente y totalmente justificado en este caso según la doctrina antes citada realizar las pruebas necesarias para la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

determinación de la edad.

Las conclusiones del informe médico legal de fecha 21 de julio de 2017 consignan que la edad mínima más probable sería de 18 años o más (folio 120).

La prueba de la edad practicada señala de forma clara su mayoría de edad.

No se ha aportado prueba - siquiera indiciaria - para contrarrestarla. Ella dice que tiene 16 años en el 2015 y en ese momento el médico forense concluye que tiene unos 18 años. Ante la ausencia absoluta de identificación debemos conjugar los documentos obrantes, la prueba médica, la imposibilidad de identificarse y su ausencia en el acto del juicio. Tampoco se ha traído al proceso a la madre que vive en Francia, según declara. No hay datos de otros parientes.

La ausencia de documento u otra prueba que al menos de forma indiciaria acredite lo que afirma es total.

Al folio 32 El CRAE Kairos, donde recibió atención inmediata, indica que la joven solo preguntaba cuando podría marchar del centro y la joven se encuentra en paradero desconocido una vez concluido el expediente de la DGAIA y Fiscalía de Menores.

A petición de la DGAIA se requirió la presentación del pasaporte al que se refieren las actuaciones y no se ha aportado. Se ofició a la República del Congo para que se remitiera la partida de nacimiento de Lourdes / Marí Trini y documentación sobre ella. La embajada contesta que la joven no está registrada por lo que es precisa documentación para poder expedir el documento solicitado. (folio 114).

*Contradicción entre el documento y las manifestaciones del interesado*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## **2.SAP de Asturias, secc.1ª, nº 128/2018, de 28 de marzo**

**Está justificada la realización de las pruebas médicas. Aunque el interesado tiene un pasaporte de Ghana, al llegar a España dio una fecha de nacimiento con más de cinco años de diferencia respecto a la que consta en el pasaporte. Dijo además ser de Togo aunque el pasaporte es de Ghana. En la comparecencia ante el Fiscal no dio una explicación razonable en relación a las diferencias sobre fecha y lugar de nacimiento.**

Atendiendo a lo expuesto, y, en concreto, al existir dudas de que la identidad del pasaporte no se correspondiese con la realidad, pues existía una diferencia de más de cinco años entre la fecha de nacimiento que Luis Enrique dio tras su llegada a España en el 2014 (año de nacimiento 1994) y la que consta en el pasaporte obtenido estando ya en nuestro país (año de nacimiento 1999), siendo también diferente el país de su nacionalidad, al referir haber nacido en Togo y serle expedido pasaporte de Ghana, es por lo que el Fiscal acordó incoar diligencias informativas para la determinación de la edad del joven Luis Enrique y practicar la prueba radiológica para la determinación de edad del sujeto. Diferencias que fueron plasmadas por el Fiscal en su decreto de 9 de septiembre de 2015 y que este Juzgado considera que justifican la realización de las pruebas médicas que se llevaron a cabo. A la vez que en la entrevista mantenida con el menor por el Fiscal, el joven no pudo dar ninguna explicación razonable sobre las contradicciones de su lugar y fecha de nacimiento.

Tales pruebas médicas dieron como resultado una edad aproximada de 19 años, con una desviación standard de 15,4 meses. Por lo que el decreto del fiscal de 13 de noviembre de 2015, teniendo en cuenta el margen de error, considera como fecha de nacimiento el NUM002 de 1997 y, por tanto, menor de edad a esa fecha."

## **3.SAP de Álava, secc.1ª, nº 189/2018, de 19 de abril**





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**Errónea interpretación por el Juzgado de Primera Instancia de la jurisprudencia de la Sala 1ª TS. La Sentencia de instancia acepta el pasaporte de Camerún expedido en Madrid ya que se considera válido por la Brigada de Policía Científica que señala que no hay motivos para dudar del mismo. La jurisprudencia del Supremo dice que cuando hay un pasaporte no se deberían realizar las pruebas médicas, pero las mismas sentencias dejan muy claro que si hay una justificación razonable, existiendo indicios, deberá realizarse una ponderación de porque el documento no es fiable. En este caso , el documento aportado es dudoso por cuanto el interesado está registrado como mayor en una orden de expulsión anterior a la expedición de pasaporte . Es correcta la realización de las pruebas médicas que dieron un resultado de mayoría.**

Jurisprudencia aplicable. Error en la valoración de la prueba .

Los antecedentes descritos en el fundamento anterior han quedado acreditados por la documentación anexa en el procedimiento.

Ya hemos dicho que en el momento en que Inocencio acude al Área del Menor de Álava portaba un pasaporte expedido en Madrid en junio de 2.015, documento que se considera válido por la Brigada de la Policía Científica, no existen motivos para dudar del documento expedido por un funcionario. En base a este documento la sentencia de instancia afirma que Inocencio era menor de edad en el momento que se acuerda su custodia y su posterior tutela, sin tener en cuenta el resto de los indicios que constan en el expediente y que vienen a acreditar lo contrario, conclusión que infringe la doctrina del Tribunal Supremo examinada.

Las sentencias de Pleno del TS indican que cuando se dispone de un pasaporte válido no se deberían realizar las pruebas médicas para determinar la edad, considera que estas pruebas son invasivas y no pueden aplicarse indiscriminadamente, podrían afectar a los derechos del menor. Ahora bien, las mismas sentencias dejan claro que cuando existe una justificación



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

razonable, existiendo indicios que indican lo contrario, se deberá realizar una ponderación de las razones por las que no se considera el documento (pasaporte) fiable.

Y en este caso concreto, los documentos aportados junto al expediente son más que suficientes para dudar de la edad de Inocencio, al averiguar su identidad la Unidad Territorial de Extranjería y Fronteras informó que el joven aparecía registrado con anterioridad, con una orden de expulsión de fecha 29 de mayo de 2.015, anterior a la fecha en que expide su pasaporte en Madrid. Y añade que Inocencio era mayor de edad, consta en los archivos nacido el NUM001 de 1.989, y que tiene prohibida su entrada en el territorio Schengen.

Estos datos se ponderaron por la Fiscalía para realizar las pruebas sobre la mayoría de edad, que a mayor abundamiento resultaron positivas, realizadas con pleno conocimiento y consentimiento de Inocencio.

En suma, la Sala considera que la sentencia no valora de forma adecuada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permite realizar las pruebas sobre mayoría de edad cuando existen indicios suficientes de que el pasaporte no plasma los datos verdaderos sobre el extranjero, como ha ocurrido en este caso.

Así las cosas el recurso debe prosperar.

## b. Prevalece el documento

Audiencia Provincial

### **1.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 343/2018, de 30 de mayo**

**Se estima la medida cautelar por la que el interesado debe permanecer en el centro mientras se sustancia el procedimiento. Fumus bonis iuris: Se atiende al certificado de nacimiento de Mali de minoría de edad ya que no consta en la pieza ni el informe forense ni las pruebas**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**médicas. Periculum in mora: Aunque no se haya dictado por el ente de protección resolución dando por finalizado el desamparo, el ente de protección no ha señalado su posición diciendo que vaya a proteger al menor. Aunque no consta en las actuaciones el Decreto del Fiscal o el informe médico de mayoría, este existe por lo que es razonable pensar que en cualquier momento puede ser expulsado del centro.**

## 2. EL FUMUS BONIS IURIS

El certificado de nacimiento, librado el 6 de julio de 2017 y acompañado con el recurso de apelación, reza que Saturnino nació en Mali el NUM000 de 2001, lo que supone entender que, aún hoy, es menor de edad. La inscripción en el Registro civil se lleva a cabo fuera de plazo (en 2017).

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, 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 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.

## 3. EL PERICULUM IN MORA



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

El 2 de noviembre de 2017 la DGAIA dictó Resolución en la que acordaba la atención inmediata y transitoria del demandante, como menor, y autorizaba su ingreso en centro y el 7 de diciembre de 2017 continuaba bajo la guarda del centro de acogida. (f.27).

No constan en este expediente ni el Decreto de Fiscalía, ni el informe médico forense contrario a los intereses del menor, pero las partes no niegan su existencia. Parecería que, si el muchacho está acogido y no consta que se haya dictado Resolución dando por finalizado el desamparo, la medida cautelar sería innecesaria. Pero la DGAIA no ha especificado su posición (no dice que vaya a mantener protegido al menor), optando por un "impasse" que puede llevar en cualquier momento a la expulsión del centro por la vía de hecho. No consta que el menor pueda ser protegido de otra forma (no constan familiares que puedan acogerlo) y es razonable pensar que, si aquellos informes médicos eran desfavorables al demandante, en poco tiempo se hubiera alzado la medida y el reclamante hubiera debido abandonar el centro, por lo que el peligro en adoptar la medida está acreditado

## B. Únicamente hay pruebas médicas

a. Se confirman las pruebas médicas

Audiencia Provincial

### **1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 459/2018, de 18 de junio**

**El joven no ha aportado documento en momento alguno. El aspecto del joven según la fotografía que consta en el procedimiento es de mayor por lo que era procedente realizar pruebas médicas que dieron un resultado más probable de 19 años.No se aportó prueba identificativa sobre los familiares**

En este caso y en primer lugar indicar que el joven, ni en el momento de su personación ante la Fiscalía de Menores, ni durante su estancia en el centro



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de protección ni en la demanda, ni el día de la vista o con posterioridad a ella, ha presentado documento que le identifique. Únicamente constan los datos de filiación que proporciona ante la Policía y, en el expediente del menor abierto por la DGAIA donde refiere que es menor, no tiene familia en España y carece de documentación (folios 26 y 27). Pese a facilitar la identidad de padres y un primo en Almería y proporcionar un teléfono móvil de sus familiares en Marruecos no se ha completado ni adicionado prueba identificativa en este sentido.

A la falta de documentación del actor, hecho acreditado y no cuestionado por el recurrente, se une el aspecto del joven según las fotografías que constan en el procedimiento, por ello compartimos la procedencia de la realización de pruebas de determinación de la edad de conformidad con el *artículo 35.3 Ley 4/2000, de 11 de enero* y en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia.

En segundo lugar el resultado de las pruebas médicas practicadas fija como edad más probable los 19 años. No hay reservas y se ha considerado en su realización el principio del favor minoris por lo que concluimos que en este caso no se ha producido infracción de la normativa citada por la parte apelante como razona la resolución de instancia en concordancia con el informe emitido por el Ministerio Fiscal.

## b. Son insuficientes

Audiencia Provincial

### 1.SAP de Barcelona, secc.19, nº 441/2018, de 12 de junio

**El interesado no ha presentado en momento alguno documento que lo identifique por lo que era procedente realizar las pruebas médicas. Los resultados de las pruebas son una edad ósea de 19 años y una ortopantomografía que refleja 17 años. No estamos ante una conclusión inequívoca al existir un margen de error no estimable**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Estamos ante la disyuntiva de cual es la valoración probatoria en un supuesto planteado como de menor no acompañado e indocumentado.

En primer lugar indicar que el joven, ni en el momento de su personación ante la fiscalía de Menores, ni durante su estancia en el centro de protección ni en la demanda, ni el día de la vista o con posterioridad a ella, ha presentado documento que le identifique. Únicamente constan los datos de filiación que proporciona a la Policía y, en el expediente jurídico del menor abierto por la DGAIA.

En la demanda se interesaba la práctica de prueba anticipada y respecto a ella el 27 de febrero de 2017 se resuelve acordar lo procedente en el acto de la vista y finalmente no se acuerda su práctica.

Ante la falta de documentación del actor , hecho acreditado y no cuestionado por el recurrente, afirmamos y en este caso compartimos por lo tanto también la procedencia de la realización de pruebas de determinación de la edad de conformidad con el *artículo 35.3 Ley 4/2000, de 11 de enero* .

En segundo lugar respecto de las circunstancias alegadas en el escrito de recurso y relativas a las deficiencias de la notificación , indicamos que no consta documentado retraso en este trámite ni que la causa alegada sea imputable a la DGAIA. Este procedimiento se notificó en tiempo y forma. ( folios 30 a 35).

En tercer lugar debemos valorar el resultado de las pruebas médico-legales practicadas y obrantes en autos.

En la valoración médica realizada en 17/3/2017 el médico forense, tras la exploración del joven, determinó que la edad mínima del apelante estaba en 18 años.

En el protocolo general para la determinación de la edad consta como edad referida 17 años, una edad ósea de 19 años y el resultado de la ortopantomografía indica 16 años. ( folios 35 a 40). No se realizaron más



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

pruebas complementarias.

(...)

Por lo tanto y si atendemos a la doctrina más reciente sentada por el Tribunal Supremo para estos casos, no podemos compartir que en este concreto supuesto de las pruebas médicas se extraiga una determinación segura y exacta de la edad del joven, ni por lo tanto que estemos ante una conclusión inequívoca ni una afirmación indubitada de su edad, derivada de las pruebas médicas realizadas con virtualidad para rechazar la minoría de edad alegada. Esto determina, existiendo un margen de error no exactamente estimable y aplicando el principio del Favor Minoris, que en este concreto supuesto el recurrente debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

## 2. OTROS

Audiencia Provincial

**1.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 456/2018, de 11 de julio (Jurisdicción Voluntaria)**

**Validez de la desestimación de la solicitud de protección al estar el interesado en ignorado paradero. Fiscalía acordó el archivo provisional del expediente al no poder practicarse todas las pruebas ,acordando su reapertura si fuera localizado. No ha sido localizado. Cualquier medida que pudiera adoptarse carecería de virtualidad.**

El *auto de fecha 1 de febrero de 2018* que ha desestimado la solicitud de medida de protección es apelado por el demandante . El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso y también la DGAIA.

**Segundo.** - El recurrente alega que la Fiscalía ha archivado el expediente al considerarle mayor de edad. Fiscalía indica que el 13 de agosto



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

abrió expediente y fue ingresado en centro de protección OIKIA de Deltebre. Se le recabó consentimiento para la práctica de las pruebas tendentes a la determinación de la edad pero se fugó el 17 de octubre de 2017 causando baja en el centro el día 24 habida cuenta su falta de localización. Al tiempo de fugarse no se habían practicado todas las pruebas del protocolo de determinación de la edad por lo que Fiscalía acordó el archivo provisional del procedimiento incoado, sin perjuicio de su apertura en caso de conocerse su paradero. A fecha 28 de marzo de 2018 no consta su localización lo que hace que cualquier medida tuitiva que pudiera adoptarse careciera de virtualidad.

Como razona el auto recurrido en este caso la DGAIA ha dictado las resoluciones pertinentes y ha acordado las medidas necesarias para brindar protección al recurrente por lo que nada procede establecer ahora y en este procedimiento cuando de lo informado por el Ministerio Fiscal en escrito de marzo de 2018 se deduce que el apelante está fugado del centro y permanece ilocalizable.

Por todo lo expuesto y razonado procede desestimar el recurso y confirmar el auto recurrido sin imposición de costas.

**II.PENAL**





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## *1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD*

### A. Documentos y prueba médica contradictorias

#### b. Prevalece el documento

Audiencia Provincial

#### **1.AAP de Zaragoza, secc.3ª, nº 101/2018, de 7 de febrero**

**El Juzgado de lo Penal considera que el interesado es menor. Fiscalía que es mayor. El Juzgado plantea conflicto de competencia ante la Audiencia que resuelve a favor de la minoría . Ante la divergencia del informe de Policía que avala el documento con fecha de nacimiento de minoría y el informe forense que señala que es mayor de 20 años se aplica el documento como más favorable al reo**

Con fecha 27 de noviembre de 2017 la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº Uno de Zaragoza Juzgado de esta Ciudad dicto Auto por el que se declara incompetente para entender del Procedimiento Abreviado nº 174 de 2016 seguido por supuesta falsedad documental, al considerar que el acusado en dicho procedimiento era menor de edad en el momento de la comisión de los hechos a enjuiciar y, por tanto, la competencia para el conocimiento y fallo de la causa corresponde a la jurisdicción de menores.

**SEGUNDO** .- Con fecha 9 de enero de 2018 la Fiscalía de Menores no admitió la competencia para entender de dicha causa.

**TERCERO** .- Con fecha 12 de enero de 2018 la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº Uno de Zaragoza rechazó de nuevo la competencia para el conocimiento de la causa remitiendo la misma a la Audiencia Provincial a fin de que esta resolviese el conflicto de competencia entre ambos órganos jurisdiccionales.

(...)



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**PRIMERO** .- A la vista de lo actuado se desprende que la controversia en la presente causa se centra en determinar la edad de Lorenzo en la fecha de la comisión de los hechos a enjuiciar en la misma.

A este respecto obran dos informes en autos divergentes pues es mientras el emitido por la Policía Científica manifiesta que el documento objeto de pericia es auténtico y allí se pone de manifiesto que Lorenzo tenía en el momento de la comisión de los hechos enjuiciables 16 años en informe médico forense obrante en la causa se manifiesta que tenía 20.

**SEGUNDO**.- Ante dicha divergencia esta sala entiende que, conforme al Principio General de Derecho en cuanto a la aplicación de las normas de carácter penal debe ser la que más le favorezca al supuesto reo, que Lorenzo era menor de edad en el momento de la comisión de los hechos y que, por tanto y de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal con fecha 30 de enero de 2018 la competencia es de la jurisdicción de menores.

B. Únicamente hay pruebas médicas

b. Son insuficientes.

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ, secc.1ª, Sala de lo Civil y Penal, de la Comunidad Valenciana nº 13/2018, de 26 de febrero**

**Se revoca la Sentencia de la Audiencia de Valencia. Las pruebas médicas dan un resultado de mayoría de edad pero en el acto del juicio el forense señala que hay un margen de error de seis meses abajo. Por tanto el informe no es concluyente El interesado da una explicación no inverosímil sobre sus declaraciones contradictorias en cuanto a la edad. No se considera válida la declaración prestada en el expediente de determinación de la edad de Fiscalía porque el interesado no fue informado de su derecho a no declarar contra sí mismo No se acepta el argumento de la Audiencia de la falta de colaboración del acusado que**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**dificultó su identificación dando lugares de nacimiento distintos por cuanto el penado tiene derecho a no declarar contra sí mismo. No se admite la apreciación directa de la apariencia física por parte de los miembros del Tribunal**

1º) El informe médico de Urgencias del Hospital " DIRECCION001 " emitido el 4-10-2016 llegó a la conclusión de que Octavio tenía de entre 17 años y 6 meses hasta más de 18 años atendiendo al cierre de las metáfisis en metacarpianos y a la fusión del extremo distal del radio y cúbito. Por su lado, el informe del Forense Sr. Geronimo (de 4-4-2017) tuvo en cuenta a su vez el anterior informe así como la ortopantomografía (cierre completo de raíces de los terceros molares inferiores, en estadio H de Demirjian) y la radiografía de clavícula y húmero derechos, concluyéndose por el forense que "los resultados de las pruebas se compatibles con una edad ósea y maduración dental superiores a 18 años, incluso en la fecha de realización del estudio del carpo (octubre de 2016)". A su vez, la Forense Sra. Eulalia ratificó el informe del Sr. Geronimo el día 14-4-2014 y ambos se ratificaron más adelante en el juicio oral, matizando el Sr. Geronimo que, en un caso como el examinado, el 90% de la población habría alcanzado los 18 años y que el margen de error podría variar "6 meses abajo".

Así pues, el dictamen médico-forense sobre la mayoría de edad del acusado no fue concluyente, de ahí las justificadas prevenciones expresadas en la sentencia *a quo* consciente de que la acreditación de aquel extremo precisaba ser apuntalada con datos probatorios adicionales.

2º) La declaración exploratoria de Octavio ante la Fiscal de Menores el día 3-4-2017 tuvo como antecedente un informe de la entidad colaboradora "Diagrama".Lo que Octavio manifestó en dicha declaración fue: "*no es verdad que sea mayor de edad ni que tenga 24 años, ni que tenga hijos, lo que pasa es que cuando dice en el Centro que tiene 17 años no le creen, y por ello cuando le han preguntado unas veces les dice que tiene 21 años y otras veces que tiene 24 años. Que el 15 de abril de este año cumplirá 18 años*".



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

*La anterior declaración exploratoria no tiene el valor indiciario que le atribuye la sentencia apelada, ello porque, en dicha declaración, el explorado siguió negando su mayoría de edad penal el día de los hechos y porque dio una explicación atendible y no inverosímil sobre las contradicciones que se le atribuyeron a partir de una información meramente referencial.*

*Por otro lado, la referida declaración exploratoria ante el Ministerio Fiscal se prestó en un "expediente de determinación de edad" el día 3-4-2017. Esto es, se prestó después de los hechos delictivos que tratamos y sabiéndose que el explorado era sospechoso de su comisión. Mediante la exploración se indagaba la mayoría de edad penal del explorado y la declaración podía contribuir a su incriminación, como en efecto ha sido; al explorado, sin embargo, no se le informó de su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse [ art. 520.2 a ) y b) LECrim ]*

*3º) La falta de colaboración del acusado para obtener documentación o datos mediante cooperación internacional u otras vías tampoco puede considerarse como un elemento de cargo, aunque esa falta de colaboración resultase de un cambio de versión sobre el lugar de origen. El art. 24.2 CE La Constitución Española reconoce como derechos fundamentales de "todos" en su art. 24.2, el de "no declarar contra sí mismos" y el de "no declararse culpables"; dicho en términos que incluyen a los dos, reconoce el nemo tenetur o derecho a no autoincriminarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala como una de las garantías integrantes del proceso equitativo ( art. 6.1 CEDH).*

*Este derecho faculta al sospechoso, durante una causa penal, a no realizar declaraciones que le perjudiquen, esto es, como se ha dicho en alguna ocasión, a decidir por sí mismo la forma y el modo en que sus declaraciones pueden convertirse en prueba, en el correcto entendimiento de que en el proceso penal no pueden imponerse al sujeto pasivo del mismo deberes de colaboración en el descubrimiento de la verdad*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

(...)

*Por último, la apreciación directa de tribunal sentenciador basada en la apariencia física del acusado el día del juicio y según la cual estaba muy lejos de la de un adolescente o de un joven de 18 años tampoco es asumible, ello teniendo en cuenta que el juicio se celebró el día NUM003 -2017 (más de 1 año y dos meses después de los hechos) y los posibles márgenes de error sobre la apreciación de la edad a que más arriba nos hemos referido cuando repasamos el informe médico-forense.”*

Comentario : La cuestión de la presunción de inocencia está única y exclusivamente ligada a la culpabilidad o inocencia. Por todas, SSTC 219/2006, FJ 9 y 220/2006, FJ 8.

### **III.CONTENCIOSO –ADMINISTRATIVO**

#### *1.CONFIRMACIÓN DEL PROTOCOLO MARCO*

Tribunal Supremo

**1.STS ( Sala de lo Contencioso-administrativo) nº 131/2018, de 31 de enero**

**Distinción de los reglamentos de aquellas otras resoluciones que propiamente no comporta una norma en el sentido de innovar el ordenamiento jurídico, sino una manifestación del poder autoorganizativo que es propio de las Administraciones Publicas y su manifestación en la potestad de dar instrucciones a los órganos jerárquicamente vinculados. Los MENAs es una materia muy compleja. Como señala el art.190 RE interviene en la misma personal de la Administración de la más diversa composición. La finalidad del Protocolo no es otra que la de dar las concretas instrucciones a cada**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**cuerpo funcional que está llamado a esa intervención, sin que su contenido exceda de ese mero cometido interno, teniendo como finalidad coordinar la intervención del personal administrativo que asume competencias en esta materia.**

No obstante lo anterior, debemos señalar, como acredita la abundante cita jurisprudencia que se hace en la sentencia y en el mismo motivo que examinamos, que el debate de la impugnación directa de las disposiciones generales, de los reglamentos, suscita contornos de difícil solución cuando se trata de distinguir los reglamentos de aquellas otras resoluciones que propiamente no comporta una norma en el sentido de innovar el ordenamiento jurídico, sino una manifestación del poder autoorganizativo que es propio de las Administraciones Públicas y su manifestación en la potestad de dar instrucciones a los órganos jerárquicamente vinculados en cómo actuar en una determinada actividad administrativa, sin afectar a la propia normativa general de dicha actividad.

Es decir, las Circulares a que se refería el artículo 21.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual " Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio." Precepto que se reproduce ahora en el artículo 6 de la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Esa dificultad ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina y la misma jurisprudencia ofrece supuestos de la más variada naturaleza en los que es difícil alcanzar unos criterios generales desvinculados de cada caso, siendo de apreciar una abundante casuística que no se puede desconocer a la hora de examinar el debate en concreto.

Vaya por adelantado, y es relevante por la invocación que se hace del artículo 24 en el motivo del recurso, que la imposibilidad de impugnación directa de la disposición general no comporta, en ningún caso, que no puedan impugnarse en vía contencioso-administrativo los concretos actos de aplicación, incluso cuando estén fundados en dichas disposiciones internas, conforme autoriza, sin límite alguno, el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, con mayor claridad y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

amplitud, en su artículo 25. Lo que se está suscitando ahora es la posibilidad de que dicha disposición general pueda ser objeto del recurso directo que se autoriza en los mencionados preceptos, recurso directo que, en palabras de la norma procesal administrativa, procede contra las " disposiciones de carácter general ", es decir, contra los reglamentos, conforme a la terminología unánimemente adoptada por nuestra Doctrina administrativista y por nuestra legislación (v. gr. Artículo 71 de la Ley citada ).

Conforme a lo expuesto, el debate se suscita fuera de la norma procesal, en el sentido de que deberá determinarse si realmente el objeto de la pretensión de quien impugna directamente lo hace contra una auténtica disposición general o si, por el contrario, el objeto es una decisión administrativa que no puede acceder a esa vía de la impugnación directa, sin perjuicio, eso sí, de la impugnación de los actos de aplicación, en el bien entendido de que esa impugnación contra los actos no habilita la modalidad de impugnación indirecta de la propia norma, que, para los reglamentos, también se autoriza en el artículo 26 de la Ley procesal , porque sería tanto como admitir la existencia de aquel recurso directo. Lo que se quiere decir es que los actos que aplican las disposiciones generales no reglamentarias, no pueden excluir "a limine" el recurso contencioso-administrativo que se deduzca con tales actos directamente, dejando a salvo el derecho fundamental invocado.

Pues bien, si se ha de suscitar el debate fuera del ámbito procesal, es cierto también, como se razona en el recurso, que la jurisprudencia de esta Sala Tercera --se deja constancia en el escrito de interposición-- ha venido declarando reiteradamente, que para determinar la naturaleza de una norma reglamentaria debe prescindirse de la denominación que se haya dado a la disposición general, y que la mera denominación como instrucción interna, por ejemplo, no puede excluir la consideración de naturaleza reglamentaria si por su contenido ciertamente que tiene esa naturaleza. Porque la regla general en nuestro Derecho es que las instituciones tienen la naturaleza que se corresponde con su contenido, con independencia de la denominación que se le haya dado.





**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**UNIDAD DE EXTRANJERÍA**

A la vista de lo expuesto y sin perjuicio de considerar la abundante doctrina sobre la naturaleza del reglamento a los efectos que nos ocupa, debemos partir de la idea básica de que el reglamento es una norma y que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico y su aplicación no solo no lo agota sino que lo hace patente en su eficacia y permanencia, circunstancias que lo diferencia del acto administrativo que no participa de esas circunstancias. Pero aún cabría concluir en un efecto más de esa consideración como norma del Reglamento, porque así como el acto es una manifestación de la Administración, el reglamento, en sí mismo considerado, va más allá de esa manifestación y responde a un mandato general del Legislador expreso o implícito --al que se podrían vincular los reglamentos independientes-- de integrar el ordenamiento jurídico, de completarlo, que es la función tradicional y la génesis de estas especiales normas jurídicas.

Diferente de esas normas son las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de " dirigir la actividad " interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, no trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos.

Sobre esa premisa, lo que se suscita en vía procesal en relación con este debate es determinar el alcance que la norma procesal confiere al recurso directo contra disposiciones reglamentarias, exigiendo que los Tribunales determinen si lo pretendido en ellos es realmente la impugnación de un reglamento o, por el contrario, no es tal, quedando extramuros de la mencionada vía privilegiada de impugnación.





**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**UNIDAD DE EXTRANJERÍA**

Pues bien, sobre esa premisa, ya conocemos los acertados razonamientos que se dan por la Sala de instancia para rechazar que el Protocolo que se aprueba en la disposición impugnada en este proceso no puede considerarse como un reglamento y no puede ser revisada en vía contencioso-administrativa por el recurso directo.

No obstante lo anterior, hemos de examinar los concretos reproches que se hacen a los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia a la vista de lo que se razona en el motivo que examinamos. Y en esa labor, no está de más recordar lo que ya se hace constar en la sentencia impugnada en cuanto a la elaboración y aprobación del mencionado Protocolo, su contenido y sus efectos. No obstante lo cual, si queremos destacar la pluralidad de órganos e Instituciones que lo suscriben (Ministerio de Justicia, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Fiscalía General del Estado, Secretaría de Estado de Seguridad y Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación), lo cual debe ponerse en relación con la circunstancia, recogida por la Sala de instancia, de la complejidad de la materia que, desde el punto de vista de las actuaciones administrativas, comporta la materia a que se refiere el Protocolo, el régimen de los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA).

En efecto, como se razona en la sentencia de instancia, las peculiaridades de estos MENA ya merecen una atención especial en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el cual pone ya de manifiesto la complejidad que comporta la entrada en España de estos menores y la necesidad de una intervención simultánea y sin demora de varias instituciones públicas, cuya actuación debe estar siempre presidida por la "protección" de estos menores. Sobre esa premisa, el artículo 190 del Reglamento de la mencionada Ley Orgánica (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), regula una de las cuestiones más problemáticas que puede surgir con la presencia en España de estos menores extranjeros, la determinación de la edad, partiendo de que es esa una circunstancia que adquiere especial relevancia y premura porque será a partir de la cual deberá aplicarse el régimen especial que requieren los menores.



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**UNIDAD DE EXTRANJERÍA**

Pues bien, no puede desconocerse que, como pone de manifiesto el mismo artículo 190 mencionado, en esa determinación se ven obligados a intervenir personal de las Administraciones Públicas de las más variada composición y competencia que, no obstante lo cual, han de actuar coordinadamente para la plena efectividad de la exigencia impuesta, no se olvide, por la Ley Orgánica.

De esa circunstancia deja constancia la misma Exposición de Motivos del Protocolo para justificar la suscripción por las Autoridades e Instituciones que lo suscriben al asignársele la finalidad de " coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación. " Coordinación que, por cierto, solo puede alcanzarse mediante un instrumento como el Protocolo, aprobado en cuanto no se alcanzaría con que cada uno de los órganos de la Administración General --que es quien tiene asumidas las competencias respectivas-- e Instituciones que lo suscriben hicieran para su personal, para los que están jerárquicamente subordinados a las autoridades que lo suscriben, que tienen encomendadas funciones para intervenir en la actuaciones necesarias de realizar ante la presencia de un MENA en nuestro País. Y esa era el mandato que se imponía en el artículo 190.2º del Reglamento, que es al que viene a dar cumplimiento el Protocolo.

Y es que, en definitiva y como se concluye en la sentencia de instancia, la finalidad del Protocolo no es otra que la de dar las concretas instrucciones a cada cuerpo funcional que está llamado a esa intervención, sin que su contenido exceda de ese mero cometido interno, y con la confesada finalidad de coordinar la intervención del personal administrativo que asume competencias en esta materia.

No es cierto, pues, lo sostenido en el motivo del recurso sobre que el Protocolo no se aplica solo a quienes tienen encomendadas actuaciones administrativas, a las autoridades o funcionarios, sino que trasciende a terceros, en concreto a los MENA. Y en ese sentido es cierto que el Protocolo se aplica a estos menores, como también se aplican los mencionados preceptos del Reglamento de la Ley de Extranjería incluidos en el Capítulo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

al que pretende dar coordinación aquel en las actuaciones afectadas precisamente por las disposiciones reglamentarias. Y así, es cierto que el menor ha de someterse a pruebas sobre la edad, como se objeta en el motivo del recurso, pero porque así lo impone el artículo 190 del Reglamento y el Protocolo no hace sino establecer la coordinación de las diferentes autoridades y funcionarios que deben intervenir en ello.

Con tales premisas, acordes a lo ya declarado por la sentencia de instancia, hemos de examinar los preceptos, denominados apartados, del Protocolo en que se considera por la defensa de la Fundación que hay un auténtico precepto reglamentario a los que no se pueden asignar la naturaleza de instrucción o circular a los funcionarios o autoridades a quienes va dirigido

#### **Deber del interesado de someterse a las pruebas médicas**

Y así, es cierto que el menor ha de someterse a pruebas sobre la edad, como se objeta en el motivo del recurso, pero porque así lo impone el artículo 190 del Reglamento y el Protocolo no hace sino establecer la coordinación de las diferentes autoridades y funcionarios que deben intervenir en ello.

Con tales premisas, acordes a lo ya declarado por la sentencia de instancia, hemos de examinar los preceptos, denominados apartados, del Protocolo en que se considera por la defensa de la Fundación que hay un auténtico precepto reglamentario a los que no se pueden asignar la naturaleza de instrucción o circular a los funcionarios o autoridades a quienes va dirigido.

**Validez del artículo del Protocolo Marco que establece causas para poder dudar de un documento. El art.190 RE permite dudar de la minoría de edad personas documentadas y fija como debe actuar el funcionario al que se le presenta un documento y resolver la disyuntiva de cuándo debe dudar de la minoría o no hacerlo. El Protocolo no invade competencias reglamentarias . Con base en el art.190 RE que establece**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**que la edad de una persona puede ser indubitada por la apariencia o por el documento, el Protocolo resuelve cuando se puede dudar de la edad de una persona documentada**

A la vista del contenido del precepto no puede apreciarse, a juicio de la Sala, que su contenido exceda del carácter que ya antes se ha expuesto en cuanto a la finalidad de marcar las pautas de actuación de los distintos funcionarios y autoridades ante las diversas circunstancias en que pueden encontrarse los menores, para cuando hayan de intervenir en la actividad que han desplegar la Administración y demás Instituciones firmantes; más concretamente, cómo ha de ser dicha actuación a la vista de la documentación que pudiera presentar para acreditar la edad, sin que se haga definición alguna.

(...)

Donde sí se define al MENA, con documentación o no, es en el artículo 189 del Reglamento, conforme al cual “Definición. Lo previsto en el presente capítulo será de aplicación al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.” Y ante esa definición, se hace referencia en el artículo 190 del Reglamento a que “la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad”, haciéndose referencia en el mismo precepto a que esa “minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física “; disyuntiva que resuelve el Protocolo con la finalidad de establecer la actuación de las autoridades y funcionarios afectados. Es decir, se imponen criterios para determinar una u otra situación, pero sin afectar a la propia norma reglamentaria, sino entrando de lleno en la función de coordinación que tiene el Protocolo y como norma interna para dicho personal de las Administraciones Públicas.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## 2.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

A. Competencia de la Jurisdicción Contenciosa. Recursos contra el Decreto del Fiscal

Tribunal Supremo

**1.STS ( Sala de lo Contencioso-administrativo) nº 131/2018, de 31 de enero**

**Recurribilidad directa , en todo caso , y sin sujeción a límites de cualquier acto de aplicación del protocolo**

La imposibilidad de impugnación directa de la disposición general no comporta, en ningún caso, que no puedan impugnarse en vía contencioso-administrativo los concretos actos de aplicación, incluso cuando estén fundados en dichas disposiciones internas, conforme autoriza, sin límite alguno, el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, con mayor claridad y amplitud, en su artículo 25 LJCA.

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ de Madrid, secc.10ª, nº189/2018, de 15 de marzo**

**Falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer del recurso contra el Decreto del Fiscal de determinación de edad. Nada se dice sobre que la edad determinada por el Fiscal se haya concretado en una acción en materia de extranjería que pudiera recurrirse conforme al art.1.1 LJCA. El Decreto del Fiscal sólo podría recurrirse como acto de trámite si concurrieran los requisitos del art.25 LJCA que no se dan: No impide continuar el procedimiento que debe culminar con una resolución administrativa dictada tomando en consideración dicho Decreto; y no produce indefensión ni perjuicios irreparables, dado que el interesado puede articular los medios de**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**defensa previstos para la impugnación de la resolución administrativa que, tomando como referencia la edad del Decreto, establezca la consecuencia jurídica de forma definitiva, pudiendo solicitar las medidas cautelares oportunas**

La cuestión controvertida se centra, por tanto, en examinar si es impugnable ante esta jurisdicción del Decreto de edad dictado por el Ministerio Fiscal que considera mayor de edad al extranjero don Germán.

Hemos de precisar, antes de continuar con el análisis de la presente cuestión, que no consta pues nada dice la recurrente al respecto, que dicha determinación se haya plasmado en una actuación administrativa concreta en relación con la decisión que en materia de extranjería hubiera podido ser adoptada por la administración, o hubiera sido efectivamente adoptada.

El *artículo 1 de la Ley 29/1998* , reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa permite delimitar la actividad impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al decir:

*" 1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.*

*2. Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:*

*La Administración General del Estado.*

*Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.*

*Las Entidades que integran la Administración local.*

*Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

*vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales*

*3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:*

*a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.*

*b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de Gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General ."*

El acto impugnado, como sabemos, se trata de un decreto dictado por Ministerio Fiscal, actuación que no se puede entender y vida dentro de las descritas en el citado artículo 1 y que pueda ser objeto de manera independiente del presente recurso contencioso-administrativo.

La actuación combatida del Ministerio Fiscal se halla contemplada en el artículo 35.3 , y, 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establecen lo siguiente:

*" 3. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise,*





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

*de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias .*

*4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle " .*

Cuando resulte de actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal que el extranjero es considerado mayor de edad (como es el caso que nos ocupa), se podrá iniciar el procedimiento correspondiente si se considera que pudiera existir una infracción a la ley de extranjería (en cuyo caso, dicho acto administrativo podría ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y, mediante el mismo, discutir la determinación de edad), y también si el extranjero se hallase sujeto a la tutela de la Comunidad de Madrid por su condición de menor, podría dar lugar a la adopción de la decisión correspondiente a través del acto administrativo que, en su caso, podría ser objeto de recurso jurisdiccional y ante la jurisdicción que resultara competente, dejando sin efecto la tutela hasta el momento ejercida.

En el caso analizado no consta, como antes hemos señalado, que exista una actividad administrativa impugnada ante esta jurisdicción dado que como se pone de manifiesto por el Abogado del Estado así como por el Fiscal, no consta que se haya tramitado procedimiento alguno por infracción de lo previsto en la ley de extranjería. Y, si como consecuencia de la determinación de la mayoría de edad del interesado se hubiera dejado sin efecto la tutela sobre el menor de la Comunidad de Madrid, dicho acto sería el único acto definitivo e impugnado, si bien ante la jurisdicción civil, al versar sobre la tutela que es asunto cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, pero no ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otra parte, el Decreto de la Fiscalía de determinación provisional de edad no es una resolución susceptible de ser recurrida directamente ante





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

la jurisdicción contencioso-administrativa.

El *Tribunal Constitucional en sus autos 151/2013 y 172/2013* señala que no puede interponerse directamente recurso de amparo contra el Decreto de Fiscalía, sino que el mismo debe combatirse ante la jurisdicción ordinaria, pero no impugnándolo como tal ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino recurriendo los concretos actos y / o resoluciones dictados en aplicación de dicho Decreto, ante la jurisdicción que corresponda, que será la civil (cuando se trate de medidas de protección de menores) o la contenciosa (cuando se trate de medidas administrativas que afecten al estatuto del extranjero).

Así, el Fundamento Jurídico 5 del *auto del TC 151/2013* señala lo siguiente: (...) La determinación de la edad de un menor indocumentado se adopta por una resolución interlocutoria, que reviste los caracteres de cautelar y provisionalísima, y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, por lo que la resolución se integra en el conjunto de medidas protectoras o de otra naturaleza que se adoptan a raíz de la fijación de la edad que realiza el Fiscal.

Tales medidas son desde luego impugnables en vía judicial, ya sea ante la jurisdicción civil, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del *artículo 780 de la Ley de enjuiciamiento civil*, ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero, ya sea mediante el ejercicio de otras acciones contempladas en el ordenamiento procesal en función del contenido de las medidas adoptadas.

(...) Por tanto, el recurso de amparo sólo puede iniciarse una vez agotada la vía impugnatoria ante la jurisdicción ordinaria. En efecto, nuestro ordenamiento solo contempla el recurso de amparo directo contra los actos sin valor de ley de las Cámaras ( *artículo 42 LOTC* ), por lo que cualquiera



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

que sea la naturaleza de la resolución interlocutoria dimanante del Ministerio Fiscal resulta exigible para abrir el acceso al recurso de amparo constitucional, tal y como se deriva de la lectura de los *artículos 43 y 44 LOTC*, el agotamiento de la vía judicial previa, aunque esa vía, en este caso, no pueda ser más que una vía indirecta de recurso en la que, quien considera lesionados sus derechos fundamentales por el decreto de determinación de la edad, pueda impugnar las consecuencias asociadas a la aplicación de ese decreto.

(...) En el supuesto que nos ocupa, entiende este Tribunal que los órganos judiciales son quienes deben reestablecer primariamente los derechos que se consideran vulnerados por los recurrentes en amparo, puesto que 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 procedimiento en cuestión.

Por lo tanto, serán los actos o resoluciones que se dicten teniendo en cuenta el Decreto los que podrán ser impugnados ante la jurisdicción ordinaria, y en ese procedimiento podrá discutirse lo determinado provisionalmente por el Ministerio Fiscal; lo que no cabe es interponer recurso contencioso-administrativo directamente contra el Decreto de Fiscalía."

Sobre la naturaleza jurídica del citado Decreto de la Fiscalía, debe rechazarse de plano y en contra de lo que se sostiene por la parte apelante, que se trate de un acto administrativo definitivo recurrible de forma directa ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dado su carácter provisional y modificable en cualquier momento posterior si aparecen datos que contraríen lo inicialmente resuelto. La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado recuerda que "dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No puede olvidarse que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad y disponiendo de más tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v.gr. ortopantomografía) o llevarse a cabo otro tipo de investigación (v.gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor etc.)".

Igualmente, la Consulta 1/2009, de la Fiscalía General del Estado, también establece que "Obviamente, una vez fijada la edad de un menor pueden aparecer nuevos elementos de juicio que generen dudas razonables sobre esa primera valoración. En consecuencia, nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor, o en el supuesto de persistencia de las dudas sobre la edad del supuesto menor, o en caso de transcurso del tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos acerca de la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo, o porque aparecen nuevos procedimientos en que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulte necesaria la revisión del decreto de determinación de edad. Esta revisión puede llevarse a cabo por la misma Fiscalía que dictó el Decreto de determinación de edad o por otro órgano territorial distinto del Ministerio Fiscal".

Las conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialistas en Menores y Extranjería, que tuvo lugar en Madrid el 20 de abril de 2010, también hacen mención a que si, después del decreto de Fiscalía, aparecen datos que cuestionen la edad determinada, la entidad pública de protección de menores puede practicar pruebas de determinación de edad complementarias (aunque no puede, unilateralmente, fijar una edad diferente a la previamente establecida en el decreto de Fiscalía).

Siendo, por tanto un acto de trámite, sólo sería recurrible de forma directa si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el *artículo*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

25.1 de la LJCA , y ello no ocurre a juicio de la Sala, ya que no decide ni directa ni indirectamente el fondo de la cuestión (sólo determina provisionalmente una edad); no impide continuar el procedimiento, pues debe culminar con una resolución administrativa dictada tomando en consideración dicho Decreto; y no produce indefensión ni perjuicios irreparables, dado que el interesado puede articular los medios de defensa previstos para la impugnación de la resolución administrativa que, tomando como referencia la edad predeterminada, establezca la consiguiente consecuencia jurídica de forma definitiva, pudiendo solicitar las medidas cautelares oportunas en pro de la suspensión de lo resuelto en vía administrativa.

#### D. Únicamente hay documento

Tribunal Superior de Justicia  
*Autorización de residencia*

#### **1.STSJ del País Vasco, secc.3ª, nº 160/2018, de 26 de marzo**

**Presentación de la autorización de residencia fuera del plazo de noventa días a computar desde la mayoría de edad. Se atiende a la fecha de nacimiento que consta en el pasaporte y no a la que figura en el expediente de diputación por lo que la solicitud se presentó fuera de plazo ( Noventa días desde que cumplió 18 años**

La sentencia recaída en la instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de fecha 15 de marzo de 2017, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 1 de enero de 2017, por la que se acuerda denegar la solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales inicial que al llegar a la mayoría de edad no es titular de autorización, por cuanto que la solicitud se presentó fuera de plazo establecido.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En el F.D. 1º la sentencia expone cual es la resolución impugnada, objeto del procedimiento y la pretensión del recurrente, que alega se le denegó por cuanto que se presentó el día 27/09/2016, y la fecha del nacimiento en el pasaporte lo es de NUM000 /1997-(expedido por las autoridades marroquíes, folio 7 expediente administrativo)-, sin embargo, en el expediente de la Diputación Foral de Bizkaia relativo a la guarda del recurrente se fijó una fecha de nacimiento del mismo el día NUM001 /1998, alcanzándose en este caso la mayoría de edad en fecha NUM001 /2016, y solicitada la autorización de forma temporánea según este dato y no el otro, especificando el recurrente que esto supone una circunstancia sobrevenida que no puede dejar sin efectos prácticos la posibilidad de acogerse a lo estipulado en el *Art. 198 RLOEX*, y que constituye una interpretación contraria a las previsiones contenidas en la *Ley Orgánica 1/1996, de 15/01 de Protección Jurídica del Menor*. Asimismo, expone la oposición de la Administración<sup>1</sup>, que se presentó la solicitud de forma extemporánea, partiendo de su fecha oficial de nacimiento y que no cumple ninguno de los requisitos que, alternativamente debía cumplir el extranjero recurrente a los efectos de la autorización pretendida por aplicación de lo dispuesto en el *Art. 198.2 RLOEX*.

Y a continuación en el mencionado Fundamento de Derecho 1º de la sentencia partiendo de la normativa referida, esto es, el *Art. 198 RLOEX* desestima la pretensión al considerar que:

*"En el caso presente, obra en el expediente el pasaporte del recurrente (folio 7 del e.a.) pasaporte expedido por las autoridades marroquíes en el que consta la fecha de nacimiento del recurrente ( NUM000 de 1997). Aduce la recurrente que en el supuesto planteado debió tenerse en cuenta a efectos de concesión de la autorización interesada la fecha de nacimiento consignada por la Diputación Foral en el expediente relativo a la guarda del recurrente (7 de diciembre de 1998). Pues bien, la Instrucción del Fiscal General del Estado 1/2012 sobre la coordinación del Registro de menores extranjeros no acompañados, establece para los menores extranjeros no acompañados cuya minoría de edad resulte indubitada para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que "La*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

*fecha de nacimiento será determinada a los efectos registrales por la documentación genuina en posesión del menor, o por su obtención posterior de las representaciones consulares o diplomáticas correspondientes, o por cualquier otro medio admitido en Derecho, e incorporada al registro por el Cuerpo Nacional de Policía; por la que fije la Administración del Estado en resolución administrativa dictada al efecto; por la que establezca la Comunidad Autónoma, fuera del ámbito de aplicación del art. 35.3 LOEX, con el consentimiento informado del interesado, cuando precise fijar una edad concreta dentro de la minoría de edad; por resolución judicial dictada en cualquier orden jurisdiccional, en cuyo caso tendrá carácter prioritario".*

*En este sentido, resulta procedente citar la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014, la cual dispone las siguientes conclusiones:*

*"1.- El pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. Como tal, vale o no vale, con o sin visado, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tenga o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular.*

*2.- Dispone el artículo 35.3 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que "En*





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

*los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias", señalando en su artículo 25.1 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, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000).*

( ... )

*Pues bien, siendo el pasaporte conforme a la legislación vigente, el documento que hace prueba plena de la fecha de nacimiento de una persona, sin que tenga la determinación de la edad de un extranjero efectuada por la Diputación Foral en el ejercicio de sus competencias carácter definitivo, debe concluirse que fue ajustada a derecho la resolución administrativa recurrida cuando atendió, a los efectos de determinar la fecha de nacimiento del recurrente, a la que constaba como tal en el pasaporte obrante en el expediente administrativo (folio 7 del e.a.); de tal manera que, siendo la fecha del nacimiento del recurrente según su pasaporte el día NUM000 de 1997, la mayoría de edad del mismo (18 años) de alcanzó el día NUM000 de 2005, con lo que resulta ajustada a derecho la conclusión alcanzada por la resolución recurrida de considerar que en la fecha de presentación de la solicitud de la autorización interesada por el recurrente (27 de septiembre de 2016, al folio 1 del e.a.), ya había transcurrido el plazo de los noventa*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

*días naturales posteriores a la fecha en que el recurrente cumplió los dieciocho años; incumpliendo el requisito exigido en el artículo 198.2 del Reglamento de la LOEX y siendo, en consecuencia, extemporánea su solicitud.*

(...)

así, sobre el plazo de presentación de la autorización de solicitud en el Art. 198 del RD 557/201(RLOEX), la norma de aplicación establece que ésta será presentada personalmente por el extranjero durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años, y en el caso enjuiciado no ha sido así, alegando circunstancias que no se pueden considerar, dado que el plazo lo es aplicable a todos los menores, que tutelados adquieran la mayoría de edad y no se puede estar a circunstancias concurrentes, siendo concorde nuestro criterio con el mantenido por el Sr. Magistrado de instancia que, en síntesis, razona ser conforme con la legalidad la resolución impugnada tomando como dato el del pasaporte, correspondiente a la fecha del nacimiento del recurrente y que cumplió 18 años en el NUM000 /2016, y cuando presento la solicitud 27/09/2016, cuya documentación entre otros, lo fue el pasaporte, fue extemporánea y no aplicable el Art. 198.2 RLOEX.