

## 8. SECCIÓN DE LO CIVIL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La intervención de la Sección Civil de la Fiscalía del TS en esta materia, se limita a los recursos de casación de los que conoce la Sala 1.<sup>a</sup> del TS en que se plantea la determinación de la edad de un extranjero no acompañado a efectos de la tutela que el ordenamiento dispensa a los/as menores, bien porque carecen de documentación o bien aportan documentación cuya validez no se considera fiable y refleja datos relativos a la edad que no se corresponden con su aspecto y desarrollo físico. Estos recursos presentan dos vías:

Una se inicia con una demanda de oposición a la resolución de la entidad pública que deniega la declaración de desamparo y la asunción de la tutela automática del demandante, tras ser decretada su mayoría de edad por la fiscalía.

Otra tiene su origen en la impugnación del decreto de determinación de edad de la fiscalía que ha considerado que no había quedado acreditado que el demandante fuera menor de edad y se ha denunciado la vulneración de los derechos fundamentales del menor.

Esta segunda vía, la impugnación del decreto del Ministerio Fiscal determinando la edad del menor, ha planteado alguna duda que ha sido solventada por el TS que entiende que la admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor puesto que, al declarar su mayoría de edad, el decreto de la fiscalía excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los/as menores y le niega el reconocimiento de los derechos del niño conforme a la Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990.

Tampoco considera inadecuada la vía de los derechos fundamentales porque lo que se planteó en la demanda y ahora en el recurso versa sobre la determinación de la edad del menor, lo que tiene trascendencia a la hora de fijar su identidad y estado civil –vinculados a la fecha de nacimiento–, considerados como un derecho básico de los niños de acuerdo con el art. 8 de la Convención de los derechos del niño, vinculante para España (arts. 96.1 y 10.2 CE).

Por último, declara que la jurisdicción civil es competente para conocer de la pretensión ejercitada en atención al contenido de los derechos invocados que, como ha quedado dicho, están vinculados a

la determinación de la edad y permiten fijar el estado y la identidad del menor, cuestiones propias de esta jurisdicción.

Sea cual sea la vía utilizada, el TS desde 2015, viene desarrollando una doctrina jurisprudencial en base a la cual el pasaporte «hace prueba plena de la fecha de su nacimiento», lo que hace recaer en la Administración la carga de probar que no es cierto ese dato. En consecuencia, *«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».*

Añade que *«aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes. En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores».*

Por último sale al paso de la posible carencia sobrevenida del objeto que estima no cabe apreciar puesto que, con independencia de que haya adquirido la mayoría de edad a lo largo de la tramitación de este procedimiento (por lo que, aun de estimarse el recurso y la demanda ya no procedería su tutela inmediata por parte de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma de Madrid), el recurrente sigue teniendo un interés legítimo en que se declare que la resolución administrativa que le denegó la declaración

de desamparo no fue conforme a derecho, que es lo que solicitó en el primer suplico de su demanda.

En síntesis, la doctrina de la Sala exige una impugnación efectiva en momento procesal oportuno de los documentos que presenta el menor extranjero, recabándose a tal fin por el Ministerio Fiscal la colaboración de la Unidad Central de Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, interesando que emitan informe de comprobación llevada a cabo ente las autoridades del país de origen de los documentos.

La idea que late tras esta doctrina es, como precisa la STS 357/2021 de 24 de mayo: *la prioritaria protección del menor que se encuentra en nuestro país sin familia, lo que hace de él un menor muy vulnerable. Por esta razón, la interpretación de los textos legales debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante para España, conforme a los arts. 96 y 10.2 CE), que en su art. 3.2 ordena que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».*

Los preceptos aplicables en esta materia, el art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* y art. 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento, y art. 12.4 LOPJM) prevén la puesta a disposición de los servicios de protección de los menores no acompañados. Los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad deben ser considerados menores de edad hasta que se determine su edad.

La Sección Civil de la Fiscalía del TS a la vista de la consolidación de esta doctrina y considerándola más protectora del interés superior del menor y respetuosa con el principio de igualdad y, a pesar de las dudas que con frecuencia se plantean y el posible fraude que en alguna ocasión encubren, ha asumido la misma y desde 2020 se informa en apoyo de los recursos valorando en cada caso las circunstancias.

En el periodo objeto de esta memoria, el TS ha dictado 9 sentencias en la materia, todas ellas procedentes de la Audiencia Provincial de Madrid, salvo una de Barcelona, que han dado lugar a resoluciones estimatorias del recurso conforme con el informe del fiscal del TS y donde se reproduce la doctrina antes reflejada.

En estas resoluciones el Alto Tribunal recuerda que el art. 12.4 LOPJM ha sido modificado por la disposición final 8.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (en vigor desde el 25 de junio de 2021) para prohibir expresamente la práctica de algunas pruebas (desnudos integrales, exploraciones genitales) y recoger el deber de las Entidades Públicas que adopten la medida de guarda o tutela respecto de personas menores de edad que hayan llegado solas a España de comunicar la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior, a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente.

El TS llama la atención sobre que el interés de los niños, niñas y adolescentes requiere una valoración particularizada de cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. En este ámbito deben conciliarse, de una parte, el celo dirigido a evitar el fraude de las mafias y evitar, entre otros graves inconvenientes, el peligro que representa para los menores que están tutelados en un centro el ingreso y la convivencia con quien no lo es, con el riesgo que, de otra parte, supone tratar como mayor y dejar sin protección a quien sí es menor.

Para la Sala «Un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas». La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda».

En definitiva, constituye en esta materia doctrina de la Sala «que no considerar fiable los documentos aportados, de los que ni se acredita ni se afirma que sean falsos, irregulares o estén manipulados, y que no han sido impugnados, comporta una vulneración del derecho de igualdad y no discriminación ante la ley, basada en el origen nacional del menor. Ello está vedado por el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y es incompatible con el compromiso de respetar los derechos enunciados en la Convención de los derechos

del niño y asegurar su aplicación sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, o el origen nacional, étnico o social (art. 2.1 de la Convención).

Todas estas sentencias han sido remitidas por esta Sección Civil a los y las fiscales delegados/as y a las propias fiscalías de menores para su conocimiento.

En relación con la interpretación de las pruebas de determinación de edad de los menores tiene interés el asunto resuelto por la STS n.º 319/2022, de 20 de abril. El recurso tiene su origen en una demanda de oposición a la resolución de la entidad pública que declara la improcedencia de la medida de tutela del demandante tras ser decretada su mayoría de edad por la fiscalía. La demanda fue desestimada en ambas instancias. El TS dictó providencia poniendo de manifiesto la concurrencia de posibles causas de inadmisión.

El Ministerio Fiscal consideró que procedía la admisión. Tras acordar el TS en tal sentido, se interesó la estimación del recurso teniendo en cuenta que de las pruebas practicadas para la determinación de la edad se desprendía un porcentaje de incertidumbre incompatible con la prueba de la efectiva mayoría de edad del recurrente. Ni el examen radiológico ni la ortopantomografía excluían la posibilidad de que la persona sometida a las pruebas fuera menor de edad: la horquilla inferior estaría por debajo de los 18 años, pues seguía existiendo un porcentaje de incertidumbre en ambos informes.

En el dictamen del fiscal se citaba la doctrina de la Fiscalía General al respecto: conforme a la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, *sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados* «es preciso, que por parte de los Sres. Fiscales Jefes se den las instrucciones oportunas para que, una vez determinada la edad y siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores». De acuerdo con la Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España* «los Sres. Fiscales habrán de asegurar en todo caso que siempre que las pruebas practicadas constaten la minoría de edad del extranjero indocumentado o establezcan una horquilla de edades cuya franja inferior quede por debajo de los dieciocho años, éste quede a disposición de los servicios competentes de protección de menores, sin perjuicio de comprobaciones ulteriores respecto de la edad».

El TS acoge la argumentación de la Fiscalía y declara que «de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, que se adhiere al recurso extraordinario por infracción procesal y al motivo segundo del recurso

de casación, vamos a revocar la sentencia recurrida en el sentido de declarar que a la fecha del dictado de la resolución impugnada [...] debió ser considerado menor de edad, debiendo haber sido adoptada la correspondiente medida de protección. [...] Como bien dice el Ministerio Fiscal, del propio informe forense se desprende un porcentaje de incertidumbre incompatible con la prueba de la efectiva mayoría de edad del recurrente. El informe radiográfico [...] concluye que el demandante tiene una edad de 19 años con un porcentaje de incertidumbre de + - 15 meses, por lo que la horquilla inferior según este informe bajaría de los 18 años. Por su parte, el informe de ortopantomografía [...] concluye que el análisis del tercer molar izquierdo, según el método de Dermijian para la valoración de la edad cronológica se encuentra en estadio H encuadrable en la edad de 18 años o mayor. Sin embargo [...] el informe del forense interpreta introduciendo también un porcentaje de incertidumbre- los resultados de la ortopantomografía, considerando que al presentar un estadio de desarrollo H, el recurrente sería mayor de 18 en el 85 al 92% de los casos. [...] Cabe afirmar por ello, de acuerdo con el Fiscal, que ni el examen radiológico ni la ortopantomografía excluyen que fuera menor de edad: la horquilla inferior estaría por debajo de los 18 años, pues sigue existiendo un porcentaje de incertidumbre en ambos informes.

En todo caso, la complejidad y las dudas suscitadas sobre la forma de determinar la edad de los menores extranjeros y la necesidad de adecuar a esta doctrina la normativa existente, ha motivado la redacción de un anteproyecto de ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad y al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que ha sido informado por esta Sección poniendo de relieve la necesidad de una mejor y más clara regulación de las causas para impugnar la edad bien por falta de fiabilidad de la documentación bien por la apariencia física de la persona afectada con la edad que facilita y de forma especial en lo referente al tratamiento a dar a los documentos de identidad presentados cuando reflejan una edad contradictoria con otras pruebas y el procedimiento para impugnar esos documentos cuando existen elementos que pongan de manifiesto su posible inexactitud, pues es una de las cuestiones más debatidas en las resoluciones del TS analizadas. Las previsiones de la LEC sobre impugnación de documentos son insuficientes.

Se recuerda en el informe que la nota interna conjunta núm. 1/2020 del Fiscal de Sala de menores y del Fiscal de Sala coordinador de extranjería consideraban que la impugnación debía hacerse 1)

mediante la proposición de la correspondiente pericial a elaborar por la Unidad Central de Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras interesándose que emitan el correspondiente atestado/informe de comprobación llevado a cabo ante las autoridades de origen y 2) mediante la solicitud de prueba pericial médica dirigida a explicar la contradicción y, en su caso, justificar la prevalencia del dictamen médico. Se sugiere en consecuencia que se prevean expresamente estas dos vías de impugnación.