

LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: MARCO NORMATIVO ACTUAL, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y LA REFORMA PARA LA JUDICIALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y LA EFECTIVA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD PERSONAL

Determining the age of unaccompanied foreign
minors: current regulatory framework, case-law
and the reform for the judicialisation of procedures
and an effective personal identity preservation

LUCÍA MOLINA MARTÍNEZ
Universidad de Alicante
lucia.molina@ua.es

Cómo citar/Citation

Molina Martínez, L. (2024).

La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados:
marco normativo actual, doctrina jurisprudencial y la reforma para la judicialización
del procedimiento y la efectiva preservación de la identidad personal.

Derecho Privado y Constitución, 44, 175-214.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.44.05>

(Recepción: 09/03/2024; aceptación tras revisión: 10/04/2024; publicación: 21/06/2024)

Resumen

La presente investigación realiza un examen del marco normativo actual en España para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, así como de la aplicación que de este viene realizando la Fiscalía. Seguidamente, se da cuenta de las deficiencias e irregularidades detectadas en el marco de estos procedimientos por las instituciones de protección del menor y se constata cómo los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han contribuido a su mejora, reforzando el procedimiento con mayores garantías, lo que ha llegado a cristalizar en la legislación específica de protección del menor. Por último, se analiza el Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la

edad, poniendo de manifiesto sus aspectos novedosos en favor de la preservación de la identidad del menor migrante, así como las deficiencias de las que adolece y que podrían generar disfunciones en su aplicación práctica.

Palabras clave

Menores extranjeros no acompañados; determinación de la edad; protección del menor migrante; interés superior del menor; derecho a la identidad personal.

Abstract

This research examines the current regulatory framework in Spain for determining the age of unaccompanied foreign minors, as well as its application by the Public Prosecutor's Office. Then, it describes the deficiencies and irregularities detected in the framework of these procedures by the child protection institutions and shows how the pronouncements of the Supreme Court and the Constitutional Court have contributed to their improvement, reinforcing the procedure with greater guarantees, which has crystallised in the specific legislation for the protection of minors. Finally, the Preliminary Draft Law regulating the age assessment procedure is analysed, highlighting its novel aspects in favour of preserving the identity of the migrant minor, as well as the deficiencies it suffers from and which could lead to dysfunctions in its practical application.

Keywords

Unaccompanied foreign minors; age assessment; protection of the migrant minor; best interests of the minor; right to personal identity.

SUMARIO

I. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD EN LA DEFINICIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE. II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE INDOCUMENTADA: MARCO NORMATIVO Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ACTUAL: 1. Parámetros internacionales y europeos para la protección de los menores migrantes no acompañados en los procedimientos para la determinación de su edad. 2. Marco normativo para la evaluación de la edad en España y su interpretación y aplicación por la Fiscalía. 3. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la determinación de la edad de los menores migrantes y su cristalización en la legislación de protección jurídica del menor. 4. Deficiencias e irregularidades en los expedientes de determinación de la edad: actualización de la doctrina jurisprudencial y de la legislación española en cumplimiento de las obligaciones internacionales. III. PROBLEMAS ACTUALES Y RETOS JURÍDICOS QUE DEBE ASUMIR ESPAÑA PARA LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: EL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD EN LA DEFINICIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE

El fenómeno de la inmigración, fundamentalmente a raíz de la reciente conformación histórica de España como país receptor de esta, ha adquirido un enorme protagonismo normativo impulsado por la necesidad de regular una realidad social que se iba visibilizando de forma inexorable. A dicha evolución legislativa han contribuido las directrices y declaraciones en la materia de organismos internacionales, así como la obligación de transponer a nuestro ordenamiento jurídico nacional las normas que la Unión Europea (UE) ha venido adoptando en virtud de su competencia para desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores¹. De

¹ Competencia que ostenta en virtud del art. 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

este modo, en un escaso período de tiempo, España ha pasado de carecer de regulación en materia de extranjería a una profusión normativa compleja en permanente actualización, que configura el estatuto jurídico de protección del extranjero mediante la regulación de las diferentes situaciones administrativas en las que puede permanecer en nuestro país y la atribución a este de un conjunto de derechos y obligaciones.

Dentro de este contexto, y especialmente desde mediados de los años noventa, se viene advirtiendo un preocupante aumento de la inmigración infantil y adolescente que se desplaza fuera de sus fronteras sin la compañía de un adulto, siendo España uno de los países de la UE más afectados por este fenómeno debido a su proximidad geográfica con Marruecos, Argelia y el África subsahariana en general, territorios de los que procede la gran mayoría de estos sujetos². El máximo histórico de estos flujos migratorios tuvo lugar en 2018 y, aunque las cifras habían descendido, un aumento de más del 116 % en 2023 es un dato suficientemente significativo para concluir que sigue siendo un problema jurídico-social que requiere articular una respuesta institucional oportuna y adecuada³. La complejidad es, no obstante, elevada, pues a la condición extranjera le acompaña la de la minoría de edad, lo que conlleva una conjunción de elementos en un mismo sujeto que lo deja en una situación de tal singularidad y vulnerabilidad que solo puede ser revertida desde la configuración de una protección reforzada. A estas dos circunstancias definitorias se suma, además, el hecho de que el menor esté solo, sin ningún familiar o adulto responsable de su cuidado, y carezca, en muchas ocasiones, de documentación que permita su identificación, lo que aumenta la fragilidad y la precariedad de estos sujetos y el riesgo de que sufran graves violaciones de sus derechos fundamentales⁴.

² Así nos lo hacen saber Lázaro González y Benlloch Sanz (2023: 819), y lo constata, recientemente, la Fiscalía General del Estado (FGE) en su memoria anual (2023: 733), donde advierte que los menores que llegaron a las costas españolas en 2022 son de sexo masculino y procedían de Marruecos (1235), seguido de Argelia (402), República de Guinea (216) y Senegal (126).

³ Véanse las memorias anuales de la FGE durante el período 2015-2023. Según datos de la organización Save the Children, en 2023 llegaron a España 5151 niños y niñas menores de 18 años, lo que se traduce en un aumento del 116,8 % con respecto al año anterior. Puede consultarse la nota de prensa que emitió al respecto en: <https://tinyurl.com/4ydxzz75>.

⁴ La doctrina en la materia ha hecho hincapié en que la triple condición de menor, extranjero y no acompañado determina una especial vulnerabilidad que requiere una atención preferente y la configuración de un sólido estatuto jurídico de protección. A tal efecto, véanse, entre otros, Sánchez Tomás (2018: 55), De Castro Sánchez

El binomio MENA-vulnerabilidad es incuestionable, de modo que la protección jurídico-social de estos sujetos será expresión de ese particularismo jurídico que advierte que, pese a ser extranjeros y hallarse en situación administrativa irregular, siguen siendo individuos que se encuentran en una etapa de desarrollo evolutivo de madurez física, mental y emocional que los hace especialmente vulnerables⁵. Por tanto, aunque la confluencia de las condiciones de migrante irregular y menor lo sitúan en una zona de intersección legal entre la legislación de extranjería y la de protección jurídica del menor⁶, esta última es la que prima formalmente en la articulación de su estatuto jurídico de protección⁷. La idea sobre la que pivota esta solución es que la cláusula del Estado de bienestar ha consagrado un tratamiento universal de

(2021: 73-74) y González Martín y Carrizo Aguado (2023: 780). Cuando el menor extranjero no acompañado (MENA) padece, además, algún tipo de discapacidad o pertenece al sexo femenino, los niveles de vulnerabilidad se incrementan de forma drástica, lo que, para Melgarejo Cordón (2023: 802), exige analizar la cuestión desde el doble enfoque de discapacidad y de género.

- ⁵ Detrás del acrónimo MENA, tal y como ha advertido la propia FGE en su memoria anual (2023: 1167), se esconde una tragedia humana conformada por miles de menores que huyen de la pobreza, la miseria y la guerra, y a los que la crisis migratoria azota de manera desproporcionada. La extrema situación de vulnerabilidad en la que se encuentran no puede ser ignorada a la hora de determinar las medidas de protección de las que serán acreedores estos sujetos.
- ⁶ Así, en España, en cuanto que extranjeros, estos menores están sujetos a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RLOEX). Por otro lado, como menores de edad, quedan protegidos por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM) y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIIAV).
- ⁷ Este es un punto que nunca se ha cuestionado en la doctrina científica; véanse, por todos, Sánchez González (2005: 2183), De Bartolomé Cenzano (2015: 81) y Flores González (2018: 327-329). Sin embargo, como pone de manifiesto De Palma del Teso (2011: 102), y ha denunciado públicamente Save The Children (2016: 6), en la realidad los términos se invierten en muchas ocasiones, prevaleciendo la condición de inmigrante sobre la de menor. La causa principal de ello parece residir, en gran medida, en la insuficiencia de recursos materiales por parte de las instituciones para atender las necesidades de todos los menores que se encuentran en esta situación, pues, como se verá, pese a la disparidad de normas que se aplican a la cuestión, de

protección al menor que exige la aplicación de normas de naturaleza tuitiva y que vendría a desplazar, en el ámbito de la extranjería, todo tratamiento normativo basado en el control de la inmigración irregular. Ello significa que los MENA deben ser considerados, por encima de todo, menores, recibiendo la misma protección que sus coetáneos españoles sin distinción alguna, y la cuestión de su estatus migratorio solo puede ser sopesada en un segundo lugar⁸. Como menores, entran en el ámbito de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y en todo ese conjunto normativo, europeo y nacional, orientado a la protección de la infancia y la adolescencia, cuyo elemento vertebrador es el principio del interés superior del menor. Este principio, consagrado en el art. 3 CDN, el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el art. 39. 4 de la Constitución española (CE), se define desde una dimensión triple: es un derecho sustantivo, un principio general de carácter interpretativo y una norma de procedimiento⁹. En cada una de ellas, el interés superior del menor tiene la finalidad de asegurar la protección integral del menor y la salvaguarda completa y efectiva de todos sus derechos, siendo este interés una consideración primordial en cualquier acción, medida o decisión que le afecte, ya sea de tipo legislativo, judicial, político-social o asistencial. En la medida en que se trata de un concepto flexible y adaptable, habrá de ajustarse y definirse de manera individual, atendiendo al contexto, la situación y las necesidades personales del menor afectado¹⁰.

la literalidad de ellas difícilmente puede deducirse la prevalencia de la condición de extranjero.

- ⁸ Así se deriva de la Recomendación 1985 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre los menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación, adoptada el 7 de octubre de 2011 (36.ª sesión): «Un niño es en primer lugar y, sobre todo, un niño. Sólo después puede él o ella ser visto como un migrante».
- ⁹ Tres dimensiones que recogió expresamente el Comité de los Derechos del Niño en su Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y, posteriormente, la LOPIAV de 2021 se sirvieron de estas tres dimensiones, junto con la interpretación que de este principio venía haciendo el Tribunal Supremo (TS), para modificar el art. 2 LOPJM y dotar de contenido a este «concepto jurídico indeterminado», reforzando el derecho del menor a que su interés sea prioritario.
- ¹⁰ Por cuestiones metodológicas y de espacio, el contenido y la interpretación que haya de hacerse de este principio no serán abordados en la presente obra, toda vez que ello desvirtuaría el objeto de esta investigación, pero, si se quiere profundizar sobre

La minoría de edad constituye, pues, la base y la justificación de un tratamiento jurídico más beneficioso que adquiere particular relevancia en individuos extranjeros, ya que de ella dependerá la determinación de su situación administrativa en el país, la protección institucional dispensada y la sujeción a procedimientos y garantías especiales. Así, en el supuesto de permanecer de manera irregular en territorio español, la minoría de edad impedirá que el migrante pueda ser objeto de medidas sancionadoras, como la expulsión del territorio, sanción esta, por otro lado, en la que de ordinario se concreta el tratamiento que se dispensa al adulto extranjero en situación de irregularidad. El menor, en cambio, será repatriado con su familia de origen, a no ser que no sea viable esta solución, en cuyo caso pasará la Administración a reconocer jurídicamente su situación de desamparo y asumirá su tutela hasta que alcance la mayoría de edad, pudiendo llegar a adquirir este, incluso, la nacionalidad española¹¹. La minoría de edad lo hace también acreedor de una legislación específica y más benévola que la prevista para el adulto, particularmente significativa en caso de comisión de ilícitos penales¹². Además, el menor de edad no puede en modo alguno ver limitados sus derechos por su situación administrativa en el país¹³; derechos que coinciden con los del resto de menores, con independencia de su nacionalidad.

Como puede advertirse, la cuestión de la determinación de la edad de los extranjeros reviste una especial trascendencia, pues de ello dependerá la inclusión del menor en el ámbito de protección descrito o su exclusión. Pero la edad no solo es un criterio estructurador de la regulación de menores, sino que, como ha declarado el Tribunal Constitucional (TC) en la Sentencia

ello, puede consultarse De Bartolomé Cenzano (2012: 46-60) y, más recientemente, Fernández Pérez (2018: 25-39).

¹¹ Ello supone un importante incentivo a la entrada masiva de menores extranjeros, pues, si no es posible su repatriación al país de origen, y se asume su tutela administrativa, el menor obtendrá autorización de residencia al transcurrir nueve meses desde su puesta a disposición en un centro de protección de menores (art. 196, apdos. 4 y 5 RLOEX) y podrá adquirir la nacionalidad española tras un año de residencia en España, siempre que haya permanecido dos años consecutivos bajo la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano español o una institución española (art. 22.2.c del Código Civil [CC]).

¹² La respuesta penal a los ilícitos cometidos por menores de edades comprendidas entre 14 y 18 años se encuentra, como se sabe, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM), una norma que se sustenta en una filosofía educadora y resocializadora, y que difiere sustancialmente del carácter represivo de las penas previstas para los adultos en el Código Penal (CP).

¹³ Dan cuenta de ello Vinaixa Miquel (2019: 582-584) y Valverde Martínez (2022: 938).

130/2022, de 24 de octubre (RTC 2022, 130), constituye una circunstancia integrante de ese núcleo esencial que conforma la identidad de la persona y su estado civil, una de las señas esenciales del ser humano vinculadas al libre desarrollo de la personalidad y al respeto a la dignidad de la que somos titulares los seres humanos (art. 10.1 CE)¹⁴. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, meses antes, en la Sentencia de 21 de julio de 2022, caso *Darboe y Camara c. Italia* (JUR 2022, 263883), afirmaba que «la edad de una persona es un medio de identificación personal y que el procedimiento para evaluar la edad de un individuo que alega ser menor, incluidas sus garantías procesales, es esencial para garantizarle todos los derechos derivados de su condición de menor». Desde este punto de vista, la cuestión de la exactitud, seguridad y certeza de la determinación de la edad de los menores extranjeros adquiere una particular relevancia, pues el derecho a la identidad es un derecho básico de todo menor consagrado en el art. 8 CDN, y los Estados deben tratar de preservarlo mediante la adopción de los medios legales oportunos. Para delimitar, por tanto, la edad de aquellos extranjeros que alegan ser menores al llegar a nuestro territorio, pero que no cuentan con documentación de identidad acreditativa de dicha circunstancia, sería lógico contar con un procedimiento reglado, garantista y adecuado, en el que primaran el interés superior del menor, su tutela judicial efectiva y la preservación de su derecho a la identidad personal. Sin embargo, la realidad nos muestra que este procedimiento constituye, en la actualidad, una de las principales formas de violencia institucional hacia los menores migrantes, contribuyendo a su desarraigo y marginación anómica¹⁵.

¹⁴ Se trata esta de la primera sentencia en la que el TC se pronuncia sobre la fecha de nacimiento y, correlativamente, la edad, como señas esenciales de identidad propias de cada persona. Ya lo había hecho sobre la voz (STC 117/1994, de 25 de abril [RTC 1994, 117]), el nombre y los apellidos (SSTC 167/2013, de 7 de octubre [RTC 2013, 167], y 178/2020, de 14 de diciembre [RTC 2020, 178]), el sexo (STC 99/2019, de 18 de julio [RTC 2019, 99]) y la identidad de género (STC 67/2022, de 2 de junio [RTC 2022, 67]); doctrina de la que se sirve en este pronunciamiento para afirmar, en relación con la edad, que la identidad «no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad». Por esta razón, cree el TC que no puede el derecho obligar a un individuo a vivir conforme a una identidad distinta de la que le es propia, en la medida en que ello condicionaría de manera negativa la conformación de su personalidad característica, así como la posibilidad de entablar relaciones efectivas con otras personas.

¹⁵ A esta realidad se han referido la Fundación Raíces (2020: 25-33), el Defensor del Pueblo (2023: 166) y la propia FGE (2023: 1169).

II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE INDOCUMENTADA: MARCO NORMATIVO Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ACTUAL

1. PARÁMETROS INTERNACIONALES Y EUROPEOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE SU EDAD

Dentro del tejido normativo internacional, la CDN constituye el referente en materia de protección de menores migrantes y, dentro de esta, adquieren una especial relevancia los dictámenes y las resoluciones de su órgano de control, el Comité de los Derechos del Niño, el cual ha puesto el foco, en múltiples ocasiones, en la necesidad de instaurar procedimientos de identificación y evaluación de la edad de los migrantes rodeados de toda una serie de garantías para preservar el interés superior del menor.

En esta dirección, el Comité puso de manifiesto en 2005, a través de su Observación general n.º 6¹⁶, la situación particularmente vulnerable en la que se encuentran los menores extranjeros separados de su familia, y expuso la multiplicidad de dificultades a las que se enfrentan, especialmente en cuanto a la determinación de su edad, la obtención de documentación de identidad y el acceso a registros y sistemas de tutela (apdo. 3). A los efectos de proteger y otorgar un trato adecuado a estos menores, el Comité encomendaba a los Estados la adopción de todas las medidas necesarias para su identificación lo antes posible (apdo. 13) y exigía que el interés superior del menor fuera tenido en consideración y documentado en cada momento del proceso migratorio en el que hubiera de adoptarse una decisión con repercusiones fundamentales para su vida (apdo. 19). En cuanto a la evaluación de la edad del sujeto localizado, subrayó a las autoridades la importancia de no guiarse exclusivamente por el aspecto físico, y atender también a la madurez psicológica del menor. Esta evaluación, según especificó el Comité, ha de realizarse con sujeción a criterios científicos, que sean seguros e imparciales, y que atiendan al interés del menor y al género de este, evitando todo riesgo de violación de su integridad física y vulneración de su dignidad humana. En cualquier caso, cuando no se pueda determinar con seguridad si el individuo es menor o mayor de edad, operará una presunción de minoría de edad (apdo. 31.i).

¹⁶ Observación general n.º 6, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, de 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6).

También es de significar que en el año 2017 el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares elaboraron una observación general conjunta¹⁷ sobre la eficacia probatoria de los documentos y los datos aportados por el menor migrante. A este respecto, se recoge la obligación de los Estados parte de considerar auténtica toda la documentación de identidad aportada por el extranjero, salvo que existieran pruebas que desvirtuaran su validez, así como de tener en cuenta las declaraciones que este o sus familiares pudieran realizar sobre su edad. Además, para garantizar los derechos de la persona evaluada durante el procedimiento, la mencionada observación le concede una presunción de minoría y exige a los Estados que se abstengan de aplicar métodos médicos, como el análisis de los huesos o el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos y traumáticos y cuentan con amplios márgenes de error (apdo. 4). Por último, se advierte que en estos procedimientos el acceso a la justicia es de capital importancia para que todo menor extranjero pueda reclamar sus derechos, razón por la cual deben los Estados garantizar un acceso a la justicia justo, efectivo y rápido (apdo. 14).

En el ámbito de la UE, a pesar de que la determinación de la edad de los menores extranjeros resulta especialmente problemática, no existen acuerdos ni normas comunes que permitan a los Estados dar una respuesta conjunta y armonizada. Ello se debe, en gran medida, a que la UE no tiene competencia en materia de protección de menores, lo que dificulta la implementación de textos de mayor envergadura y con carácter vinculante para los Estados miembros, quienes tienen, en esta materia, siempre la última palabra. Pese a ello, desde el marco comunitario se ha tratado de incentivar que todos los países de la UE doten de protección y garantías a los menores migrantes en estos procedimientos. En esta dirección, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión y a los Estados miembros, en su Resolución de 5 de febrero de 2009¹⁸, un mecanismo armonizado y fiable de identificación de los menores no acompañados que empleara la última tecnología, como los datos biométricos, así como la elaboración de reglas comunes para los procedimientos de impugnación de la edad. Estas normas debían respetar, en opinión del Parlamento, el principio

¹⁷ Observación general conjunta n.º 4 y n.º 23 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, de 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/4; CRC/C/GC/23).

¹⁸ Resolución de 5 de febrero de 2009, sobre la aplicación en la Unión Europea de la Directiva 2003/9/CE, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo y los refugiados: visitas de la Comisión LIBE de 2005 a 2008 (2008/2235[INI]).

de precaución, de manera que la persona en cuestión fuera considerada menor durante todo el procedimiento de determinación de la edad hasta su resolución, incluso durante la impugnación (apdo. 51). Sobre ello también dio cuenta la Comisión en su Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)¹⁹, donde puso, precisamente, de manifiesto que los procedimientos y las técnicas de evaluación diferían de unos Estados a otros, que no eran fiables ni proporcionales y que, en muchas ocasiones, la posibilidad de recurrir no estaba garantizada para los sujetos. Por estas razones, encomendaba a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) la elaboración de una guía sobre las mejores prácticas para la evaluación de la edad (apdo. 4.2). La UE debía, pues, asumir el reto de garantizar en todo su territorio una protección inmediata a los menores extranjeros mediante un procedimiento presidido por la presunción de minoría, el interés superior del menor y su necesidad de protección.

En los últimos años, la determinación de la edad ha sido una cuestión recurrente en los textos europeos en materia de asilo y protección internacional, así como en las resoluciones y dictámenes emitidos para la protección del menor migrante en general. Así, por medio de la Directiva 2013/32/UE²⁰, relativa a la concesión y retirada de protección internacional, el Parlamento Europeo y el Consejo han habilitado a los Estados para realizar reconocimientos médicos para evaluar la edad del presunto menor en aquellos supuestos en los que las declaraciones del sujeto u otros indicios pertinentes pongan en duda su minoría. Este reconocimiento habrá de llevarse a cabo por profesionales médicos cualificados, empleando los métodos menos invasivos y, en cualquier caso, siempre respetando la dignidad de la persona. Si persistieran las dudas, operará, como en el marco internacional, la presunción de minoría de edad. Se insiste también en la importancia de proporcionar al evaluado, en una lengua que pueda comprender, la información precisa sobre el método que se empleará, y las posibles consecuencias del resultado para su situación administrativa, así como las consecuencias de su negativa a someterse a dicho reconocimiento (art. 25.5).

El Comité Económico Europeo coincide en que en estos procedimientos debe operar una presunción de minoría de edad, y así lo ha hecho saber a través de un dictamen publicado en 2020²¹, de manera que cualquier extranjero que

¹⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 6 de mayo de 2010 (COM[2010]213 final).

²⁰ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición).

²¹ Dictamen de 11 de diciembre de 2020, sobre «La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa» (2020/C 429/04).

alegue ser menor de edad habrá de ser considerado como tal hasta que exista una decisión firme que contradiga tal circunstancia (apdos. 1.10 y 4.2). Este ha pedido, además, que la evaluación de la edad atienda a una serie de indicios, como las declaraciones del presunto menor, las entrevistas realizadas a este, la documentación de identidad aportada y la verificación de su autenticidad (apdo. 1.11). También ha resaltado la importancia de que opere una presunción de validez de los documentos aportados por el extranjero, prevaleciendo estos sobre cualquier otro elemento, salvo que se impugnara formalmente su validez (apdo. 4.3). Su rechazo es rotundo, por otro lado, a las pruebas médicas, dada su imprecisión contrastada, por lo que pide a los Estados que acudan a ellas solo en caso de duda persistente y como último recurso (apdo. 4.7). Esta es también una cuestión sobre la que el Parlamento Europeo ha insistido en varias de sus resoluciones²², en las que deplora el carácter inadecuado e intrusivo de las técnicas médicas que se emplean para fijar la edad en algunos territorios de la UE, como la madurez de los huesos o la mineralización dental, en la medida en que pueden resultar traumatizantes, son de naturaleza controvertida y presentan grandes márgenes de error. Ante la preocupación sobre la fiabilidad e intrusión de las metodologías existentes, la Comisión²³ ha solicitado a la EASO que actualice su Guía sobre la evaluación de la edad, empleando un enfoque multidisciplinar y holístico²⁴.

2. MARCO NORMATIVO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDAD EN ESPAÑA Y SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN POR LA FISCALÍA

En lo atinente a las normas de origen interno, el punto de partida se encuentra en la LOEX, cuyo art. 32.2, en su redacción originaria, recogía el supuesto de localización en territorio español de una persona indocumentada, respecto de la cual no pudiera ser establecido con exactitud si es mayor o menor de edad, otorgando la competencia a los juzgados de menores para la determinación de su edad. Meses después, la Ley Orgánica 8/2000²⁵, promulgada

²² Véase al respecto la Resolución de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (apdo. 15) (2012/2263[INI]) y la Resolución de 3 de mayo de 2018, sobre la protección de los menores migrantes (apdo. 18) (2018/2666[RSP]).

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de abril de 2017. Protección de los menores migrantes (COM[2017]211 final).

²⁴ Esta actualización, que ha culminado en una 2.ª edición de la *Guía práctica de la EASO sobre evaluación de la edad*, puede consultarse en el siguiente enlace: <https://tinyurl.com/a7z8ccak>.

²⁵ Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

para la reforma de la LOEX, reenumeró esta previsión como art. 35, conservando el sentido de su redacción, pero con la salvedad de que trasladaba esta competencia al Ministerio Fiscal (MF)²⁶. Esta redacción es la que se mantuvo sustancialmente tras la reforma operada por la LO 2/2009²⁷, pero ahora como actual art. 35.3 LOEX:

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, 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.

El art. 35.3 LOEX regula, pues, el caso del extranjero indocumentado cuya minoría no puede ser establecida con seguridad, previendo su atención inmediata conforme a la legislación de protección del menor, así como el traslado al MF para que, con la colaboración de las instituciones sanitarias, y tras la práctica de las pruebas necesarias, determine su edad. Se concibe, de este modo, un procedimiento rodeado de una serie de garantías que buscan dotar de eficacia práctica, en consonancia con los textos internacionales y europeos, al principio de interés superior del menor. Su tenor literal parece inequívoco en el sentido de que este procedimiento queda restringido a los

²⁶ Como nos hace saber Armenteros León (2015: 98), no se sostenía, y así lo entendía mayoritariamente la doctrina, que pudiera serle atribuida a los juzgados de menores, encargados exclusivamente de asuntos penales en los que el acusado es menor de edad, la competencia para conocer de un procedimiento de estas características. La presencia de este órgano en el procedimiento criminalizaba, por su naturaleza eminentemente penal, la entrada de menores indocumentados en España. Desde este punto de vista, la traslación de la competencia al MF se reputa claramente beneficiosa, aunque no puede dejar de advertirse que ello ha originado una desigualdad en relación con los menores migrantes que han cometido un ilícito, pues, en estos casos, el art. 2.9 del Reglamento de la LORPM expropia la competencia al MF para determinar la edad y se la otorga al juzgado de instrucción, en clara presunción de que es mayor de edad, lo que supone ir en contra del interés superior del menor. Esta idea la retomaremos *infra*, a propósito del Anteproyecto de Ley para la reforma del procedimiento de evaluación de la edad.

²⁷ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

supuestos de extranjeros indocumentados, entendidos estos como aquellos sujetos que carecen de documentación alguna acreditativa de su identidad. Esta es, de hecho, la interpretación que mantuvo la FGE en su primera doctrina elaborada al respecto²⁸. Sin embargo, posteriormente, la fue modificando, extendiendo, primero, la condición de indocumentado a los extranjeros que portaban documentación presuntamente falsa²⁹ y, después, a aquellos cuya documentación incorporaba datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones, o que no resultaban fiables en cuanto a la determinación de la edad, por proceder de países cuyas Administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos³⁰. Esta doctrina no fue, sin embargo, acogida por el RLOEX, que en su art. 190.1.II insistía en que el procedimiento de determinación de la edad solo era de aplicación en casos de indocumentación en sentido propio, mostrándose contrario a la extensión que de este venía haciendo la Fiscalía.

Localizado el presunto menor indocumentado³¹, el art. 35.3 LOEX otorga competencia al MF para autorizar las pruebas que estime pertinentes en

²⁸ Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Instrucción 2/2001); Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería (Circular 3/2001); Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo (Instrucción 3/2003), e Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados (Instrucción 6/2004).

²⁹ Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (Circular 2/2006).

³⁰ Consulta 1/2009, de 27 de abril, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Consulta 1/2009). Adviértase que la FGE exige, en esta circular, que el menor aporte la documentación requerida en el art. 25 LOEX, es decir, «el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España». La falta de estos documentos determina también la indocumentación a los efectos del art. 35 LOEX, por lo que serán considerados indocumentados los portadores de documentos de naturaleza personal, como las partidas de nacimiento, los libros de familia, los certificados de empadronamiento o los carnés profesionales.

³¹ Si el extranjero tuviera, por el contrario, documentación acreditativa válida de su minoría de edad, por aplicación de lo preceptuado en el art. 35.3 LOEX, pasará, inmediatamente, a disposición de un centro de protección. La FGE ha previsto también la entrega inmediata a los centros de protección de los menores indocumentados que,

aras de la evaluación de su edad, las cuales habrán de realizarse por las autoridades sanitarias con la máxima celeridad, en tanto que el menor, durante el tiempo que permanece en el centro sanitario y hasta que se determine su edad, se encuentra en una situación de privación de libertad sometida a las garantías del art. 17 CE (Instrucción 2/2001). Estas pruebas consisten habitualmente en el análisis radiológico de los huesos de la mano y de la muñeca izquierda a través de la técnica Greulich-Pyle (aunque, en ocasiones, se utiliza una similar denominada Tanner-Whitehouse) o el estudio de la maduración del tercer molar mediante el empleo de la técnica Demirjian³²; métodos que, aun siendo de los más fiables, no establecen con exactitud la edad del sujeto, sino que arrojan una estimación de la edad basada en horquillas de resultados y con un margen de error de, aproximadamente, dos años³³. Al no poderse concluir de manera taxativa la edad precisa de la persona, la FGE se inclina a favor de presumir que su edad se corresponde con el límite inferior de esa horquilla (Instrucción 2/2001 y Consulta 1/2009); presunción de la que se hace eco el RLOEX en su art. 190.4.II. La FGE recomienda, además, que las pruebas médicas sean llevadas a cabo por personal formado y cualificado, lo que considera esencial para aumentar la fiabilidad del resultado (Consulta 1/2009).

Una cuestión especialmente problemática en relación con las pruebas médicas ha sido la relativa a la necesidad del consentimiento del menor para su práctica³⁴, un aspecto sobre el que ni la LOEX ni el RLOEX se pronuncian. En

por su apariencia física, no ofrecen ninguna duda sobre su minoría, sin perjuicio de las gestiones que luego pudieran realizarse para fijar su edad exacta (Circular 2/2006). Esta solución fue más tarde recogida expresamente en el art. 190.1.I RLOEX, donde se distingue entre el extranjero cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física y el extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

³² Se siguen, en este sentido, las Recomendaciones sobre métodos de estimación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Garamendi González *et al.*, 2011: 22-29).

³³ Así lo constatan Prada Belder *et al.* (2013: 114-119).

³⁴ Las dudas en torno a la necesidad de consentimiento en estas pruebas se suscitaron, especialmente, a raíz del Informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España (2005: 340), donde se admitía, en coherencia con la STC 35/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 35), la práctica de pruebas radiológicas sin consentimiento del afectado, lo que venía justificado por la escasa intensidad de las radiaciones y el ínfimo tiempo de exposición a estas. Sobre la fricción entre las pruebas para la determinación de la edad y los derechos fundamentales del menor migrante, véase De Bartolomé Cenzano (2015: 93-109).

este sentido, la FGE ha advertido que, no existiendo oposición del interesado, nada impediría la realización de pruebas médicas sin autorización judicial, pero si este se opone a ello, ni el MF ni el órgano judicial pueden imponerle coercitivamente que se someta a ellas. En caso de oposición, el MF habrá de informarle de manera clara y comprensible del procedimiento y de las consecuencias de la práctica de esta diligencia. Si este persistiera en su negativa, fijará el MF la edad con los datos que hubiera podido recabar, pudiendo valorar, como un indicio poderoso de su mayoría de edad, su negativa a someterse a las pruebas, pero nunca como elemento determinante o presupuesto único de esta (Consulta 1/2009)³⁵.

La interpretación que del art. 35.3 LOEX ha venido haciendo la Fiscalía resultaba en la práctica muy controvertida, particularmente en lo relativo a los supuestos en los que el procedimiento de determinación de la edad era de aplicación. La actuación del MF, en coherencia con su doctrina, evidenciaba una preocupante tendencia a someter a pruebas médicas no solo a los extranjeros indocumentados, sino a todo aquel que portaba un documento acreditativo de su identidad que se reputaba manifiestamente contradictorio con su apariencia física, a quienes ni siquiera se les explicaba en qué consistían las pruebas ni la transcendencia de estas³⁶. A ello se sumaba el hecho de que los decretos de determinación de la edad del MF eran irrecurribles de forma directa ante la jurisdicción ordinaria y ante el TC, lo que se compadecía, a juicio de la FGE, con su naturaleza cautelar y provisionalísima, pues, al no constituir una resolución definitiva sobre la edad del extranjero, nada impediría su revisión si aparecieran nuevos elementos de juicio (Consulta 1/2009), pudiendo obtener el afectado, en todo caso, la tutela de sus derechos. Así lo había declarado también el propio TC, para quien la irrecurribilidad del decreto en nada alteraba los derechos del afectado, en la medida en que este siempre tiene abierta la vía jurisdiccional para su impugnación indirecta, ya sea mediante el proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores de la jurisdicción civil, la impugnación de las medidas que afectan al estatuto del extranjero en la jurisdicción contencioso-administrativa o el ejercicio de cualquier otra acción contemplada en nuestro

³⁵ A juicio de la FGE, una negativa injustificada por parte del extranjero, junto con otros indicios como la orfandad probatoria o pruebas poco fiables, es argumento suficiente para declarar su mayoría de edad. Esta solución no ha convencido a una parte de la doctrina científica que, como Lázaro González (2014: 279), considera que la negativa no puede juzgarse como un signo de mayoría de edad, pues ello sería contrario a la normativa europea.

³⁶ Documenta esta práctica la Fundación Raíces (2014: 88-91).

ordenamiento procesal en función del contenido de la medida adoptada³⁷. Con todo, la vía de impugnación indirecta del decreto no era, y así lo había denunciado parte de la doctrina científica, una solución idónea para garantizar la tutela judicial efectiva de los afectados, pues esta acababa provocando la desprotección de los menores³⁸.

La doctrina de la FGE, pese a aglutinar numerosas críticas de la comunidad científica y las organizaciones de defensa de los derechos de los menores migrantes, se vio reforzada con la aprobación en 2014 del Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados (PMENA)³⁹, el cual, aunque de una manera algo confusa, vino a avalar el concepto amplio de indocumentado que aquella manejaba. A tales efectos, declaró que ningún documento extranjero constituye prueba plena sobre la edad, salvo los que poseen fuerza probatoria *ex art.* 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (porque así lo reconoce un tratado internacional o convenio bilateral o por haberse apostillado o legalizado), y que, aunque el pasaporte o documento de viaje son título bastante para acreditar la condición de menor de edad, su portador será considerado indocumentado en caso de indicios de escasa fiabilidad, lo que ocurre cuando la documentación está alterada, presenta datos contradictorios con otros soportes públicos, es patente la discordancia con la apariencia física, contradice lo alegado por el portador, contiene datos inverosímiles o contradice pruebas de determinación de la edad (apdo. 6, cap. II). El PMENA legitimaba, de este modo, la perpetuación de esa práctica tan poco deseable por parte de la Fiscalía de someter a pruebas médicas a menores con documentación acreditativa de su condición, basándose en meros indicios de naturaleza subjetiva, como es

³⁷ Autos 151/2013, de 8 de julio (RTC 2013, 151), y 172/2013, de 9 de septiembre (RTC 2013, 172).

³⁸ Entre las críticas al recurso indirecto, que recoge de manera resumida Lafont Nicuesa (2018: 200-201), se ha destacado que este es incompatible con la naturaleza jurídica del decreto, pues en la práctica opera más como un acto definitivo que de trámite, de tal forma que el MF al dictarlos se convierte *de facto* en juzgador de un elemento constitutivo del estado civil. Del mismo modo se advierte que hasta que no hay una resolución del cese de tutela administrativa, por más que se haya dictado el decreto con el que se discrepa, los afectados no pueden hacer efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva por carecer de cauce procedimental para oponerse a este.

³⁹ 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.

la apariencia física, y sin una impugnación motivada del documento⁴⁰. El instrumento presentaba otras muchas deficiencias, como haber potencializado la determinación de la edad a través de métodos médicos invasivos, a los que alude expresamente en su articulado al tiempo que recoge la obligatoriedad de realizar un examen previo personal y físico del extranjero (apdo. 5.5, cap. V), o no haber concebido un recurso directo, eficaz y efectivo contra el decreto del MF, sino tan solo la revisión de este (apdo. 1, cap. V)⁴¹; cuestiones estas en las que también se hace eco de la doctrina de la FGE, desoyendo los reclamos de las organizaciones y las directrices internacionales y europeas en la materia.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES MIGRANTES Y SU CRISTALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

La ausencia en nuestro país de una legislación clara, completa y unificada que regulara el procedimiento de determinación de la edad ligada a las deficiencias y mala praxis que se derivaban de su aplicación llevó al TS a formular señalamientos contundentes en la materia, reivindicando el respeto al interés superior del menor. La cuestión más conflictiva era, sin duda, la del valor que había de darse al documento de identificación cuando entraba en contradicción con la edad que se desprendía de la apariencia física del sujeto o de otras fuentes probatorias y, más en particular, si era ajustado a derecho someter, como había autorizado la FGE, a un extranjero documentado a pruebas médicas por la presencia de indicios de escasa

⁴⁰ El PMENA fue, de hecho, impugnado por la Fundación Raíces en vía contencioso-administrativa, pero el recurso fue inadmitido por la Audiencia Nacional, en Sentencia 236/2016, de 2 de junio (JUR 2016, 131141), al considerar que se trataba de una instrucción interna no susceptible de impugnación autónoma. Esta decisión fue luego confirmada por la STS (Sala de lo Contencioso) 131/2018, de 31 de enero (RJ 2018, 319). Las críticas a este instrumento se han plasmado igualmente en el Informe elaborado para el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de 2020, donde la Fundación Raíces y Noves Vies han denunciado que su aplicación, en la práctica, conlleva la vulneración reiterada de los derechos de los extranjeros no acompañados, pues ni se respeta la presunción de minoría de edad ni otros derechos procesales durante el procedimiento de determinación de su edad. El informe puede consultarse en el siguiente enlace: <https://tinyurl.com/4m62s9k2>.

⁴¹ Sobre estas deficiencias se pronuncia, de manera crítica, Núñez Herrera (2023: 749-755).

fiabilidad en su documentación o, incluso, la mera ausencia de apostilla o legalización en esta, así como de tratado o convenio con el país extranjero que la había emitido.

Frente a la disparidad de criterios que las audiencias provinciales (AA. PP.) venían sosteniendo al respecto⁴², el Pleno de la Sala Civil del TS, en virtud de sus Sentencias 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014, 4839), y 452/2014, de 24 de septiembre (RJ 2014/4689)⁴³, se opuso de manera rotunda a la interpretación de la FGE y fijó la siguiente doctrina jurisprudencial:

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 edad⁴⁴.

⁴² Así, mientras las AA. PP. de Guipúzcoa y Madrid daban prioridad a la fecha de nacimiento del documento que aportaba el extranjero, sobre la base de que este no había sido impugnado, así como de los importantes márgenes de error que, en cualquier caso, presentan las pruebas médicas, la AP de Barcelona, por el contrario, sostenía, en línea con la doctrina de la FGE, que, si el documento no estaba legalizado y no existía convenio, podía dudarse de la fecha de nacimiento que contenía y autorizarse la prueba médica tanto por la apariencia física del extranjero como por las circunstancias en las que se había expedido dicho documento. Sobre ello da cuenta Lafont Nicuesa (2018: 244-249), citando sentencias a título ilustrativo.

⁴³ Estas sentencias han despertado un inusitado interés en la doctrina científica, que, por representar un giro jurisprudencial en la materia (hasta la fecha los recursos presentados no superaban el filtro de admisión casacional), se han convertido en un punto obligado de referencia doctrinal y jurisprudencial. Realizan un comentario de estas, entre otros, Rubio Torrano (2014: 11-13) y Cebrián Salvat (2016: 367-376).

⁴⁴ Esta doctrina fue posteriormente reiterada en las SSTs 11/2015, de 16 de enero (RJ 2015, 121); 13/2015, de 16 de enero (RJ 2015, 122); 318/2015, de 22 de mayo (RJ 2015, 2260); 319/2015, de 23 de mayo (RJ 2015, 2040); 320/2015, de 22 de mayo (RJ 2015, 3840); 329/2015, de 8 de junio (2015, 2925); 368/2015, de 18 de junio (RJ 2015, 2764); 411/2015, de 3 de julio (RJ 2015, 2561); 507/2015, de 22 de septiembre (RJ 2015, 4356), y 720/2016, de 1 de diciembre (RJ 2016, 5673).

El TS construye su doctrina jurisprudencial sobre los postulados de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013⁴⁵, en virtud de la cual los menores no acompañados son ante todo niños expuestos a un peligro potencial, de manera que debe ser el principio del interés superior del menor el que presida los procedimientos de determinación de la edad, lo que exige concederle el beneficio de la duda sobre su minoría. Partiendo de tales premisas, el TS establece que el extranjero que porta un pasaporte o documento equivalente de identidad válidamente emitido por las autoridades de su país no puede ser considerado indocumentado, proscribiendo, con esta afirmación, esa práctica habitual del MF de exigir, a los efectos de otorgar validez, que el pasaporte esté legalizado o apostillado o que exista tratado o convenio con el país extranjero. La validez de los documentos extranjeros, a juicio del meritado tribunal, no puede ajustarse a las normas españolas sobre documentos públicos previstas en los arts. 319 y 323 LEC (que solo sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero), sino a los requisitos exigidos en el país de origen, siempre, claro está, que contengan datos de identificación suficientes para determinar la identidad de su titular. Con ello, vendría a circunscribir el control de las autoridades españolas a una supervisión formal de la documentación, en particular, de su procedencia y del cumplimiento de los requisitos de emisión con arreglo a la legislación del Estado extranjero. Ahora bien, el TS sí encuentra justificada la realización de pruebas médicas de determinación de la edad al extranjero documentado cuando, tras efectuar un juicio de proporcionalidad que pondere todas las circunstancias concurrentes, se considera que la documentación no es fiable, estableciendo, de este modo, una presunción de validez *iuris tantum* a favor de la documentación extranjera⁴⁶. En lo que

⁴⁵ Resolución de 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263[INI]).

⁴⁶ En este sentido, es esencial distinguir entre «eficacia probatoria en España de un documento extranjero» y el «valor probatorio» que se le atribuye a este. La doctrina fijada por el TS, en lo que se refiere a la eficacia probatoria, vincula la fuerza probatoria del pasaporte a su validez, apartándolo, en nuestra opinión acertadamente, de los requisitos de eficacia probatoria del documento extranjero del art. 323 LEC. En lo referente al valor probatorio, parte de una presunción de validez de este y permite cuestionar su fiabilidad y verosimilitud mediante la impugnación del documento. En definitiva, si el documento que porta el presunto menor cumple los requisitos para desplegar eficacia probatoria en nuestro país, este habrá de ser considerado, en todo caso, un menor documentado. Ahora bien, pese a ser un menor documentado, el TS autoriza a cuestionar el valor probatorio del documento en España mediante la impugnación de su fiabilidad y en el marco hermenéutico del interés superior del

respecta a las pruebas médicas, el TS reproduce la desconfianza que las instituciones internacionales, europeas y españolas habían manifestado hacia estas por traumatizantes e impide su uso indiscriminado, máxime cuando son invasivas, argumentando, al efecto, que la escasa precisión y fiabilidad de las técnicas actuales no permite fijar con precisión la edad de un sujeto.

La postura de la Sala Civil del TS no parecía conjugarse con la interpretación que del concepto indocumentado venía haciendo la FGE ni con el espíritu y la finalidad del PMENA⁴⁷. En tanto se evidenciaban tales discrepancias, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, vino a dar una nueva redacción al art. 12 LOPJM e incorporó la doctrina de la Sala Civil del TS mediante la inclusión del apdo. 4:

Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas.

Dicho precepto operaba un cambio de contexto en el procedimiento de determinación de la edad, pues se traslada su regulación a la legislación específica de protección de menores, un marco cuyo elemento vertebrador es el

menor. Para profundizar sobre esta cuestión, se recomienda el estudio de Cuartero Rubio (2018: 152-166), quien entiende que la problemática en los procedimientos de determinación de la edad de los menores extranjeros que portan documentos acreditativos de su minoría se reduce, a fin de cuentas, a un tópico de derecho internacional privado.

⁴⁷ Comparten esta línea de pensamiento De Palma del Teso y González García (2015: 615). Lafont Nicuesa (2018: 262-264) cree, por el contrario, que el PMENA sí se ajusta a la doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del TS, puesto que en su articulado no niega valor probatorio al pasaporte o requiere su legalización, sino que enumera una serie de indicios razonables que permiten dudar de los pasaportes y realizar pruebas médicas, en claro paralelismo con el juicio de proporcionalidad al que alude el TS. Argumenta, además, que el PMENA incide, como el TS, en la necesidad de ponderar y exponer las razones por las que se duda del documento y proscribire la realización indiscriminada de pruebas médicas.

interés superior del menor, y en el que no tiene cabida alguna el interés migratorio del Estado⁴⁸. Pero el precepto da un paso más y positiviza la protección del menor migrante mediante el reconocimiento expreso de una presunción *iuris tantum* reforzada de minoría de edad que solo cabe enervar si concurren, cumulativamente, dos requisitos: que no exista duda razonable alguna que permitiera sostener la minoría del sujeto y que el decreto de mayoría de edad esté suficientemente motivado⁴⁹. Dicha previsión es, de hecho, mucho más amplia que la del art. 35.3 LOEX, pues, mientras esta última se limita a recoger la presunción de minoría a los únicos efectos de que los servicios de protección de menores le otorguen la atención inmediata que precisa el extranjero, el art. 12.4 LOPJM establece esta presunción durante todo el tiempo que transcurre hasta que se determina su edad, con el efecto inmediato que ello supondría de ser beneficiario de las actuaciones de protección de la Administración y titular de los derechos que, como menor, le concede la LOPJM⁵⁰. Dado el alcance general e imperativo con el que aparece recogida esta presunción en el art. 12.4 LOPJM, sus efectos se extienden, en perfecta sintonía con las recomendaciones del Parlamento Europeo, hasta la eventual impugnación del decreto o de las decisiones administrativas que derivan de este. Solución que contrasta, por otro lado, con la prevista en el PMENA, donde el extranjero queda en una situación de indefinición hasta que se dicta el decreto, estableciéndose a su favor la mera atención inmediata que pudiera precisar por las entidades de protección de menores, y solo cuando a este no se le puedan practicar las pruebas necesarias durante el servicio de guardia (apdo. 5.1.E, cap. V)⁵¹.

⁴⁸ Ya en la legislación de extranjería, apunta Cuartero Rubio (2018: 11), la protección del menor era consustancial al concepto de menor acompañado, pero alterar uno de los parámetros de interpretación de las normas, como es su contexto, debería surtir un efecto aún más clarificador.

⁴⁹ Así lo ha hecho constar la FGE en su Nota Interna n.º 2/2018, de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad.

⁵⁰ Lo advierte Sánchez Tomás (2018: 77-78), quien considera, a pesar de ello, que el art. 12.4 LOPJM debería haber realizado un mayor desarrollo de esta presunción y provocado modificaciones en la legislación de extranjería con la finalidad de contrarrestar aquella práctica de las fiscalías consistente en negar la consideración de menor al extranjero indocumentado durante el procedimiento de determinación de la edad.

⁵¹ El PMENA acoge, en este punto, la doctrina de la FGE, que muestra su recelo a que el presunto menor sea trasladado a una entidad de protección de menores con automatismo, por los graves trastornos que ello podría ocasionar al centro y el consiguiente

El art. 12.4 LOPJM vendría también a completar el art. 35.3 LOEX en cuanto a la descripción del presupuesto que autoriza a incoar un procedimiento de determinación de la edad, admitiendo la posibilidad de discutir la fiabilidad de los documentos extranjeros cuando concurren circunstancias que, razonablemente valoradas y motivadas, lo justifiquen. De esta forma, este presupuesto ya no se reduce exclusivamente al caso de extranjeros indocumentados, como se desprendía del tenor literal de la legislación de extranjería, sino que abarca también la falta de fiabilidad de los documentos que portan. Tal previsión no puede recibir un juicio positivo por nuestra parte, pues lo deseable hubiera sido requerir la impugnación de la validez del documento que se estima falto de fiabilidad⁵².

Por último, el precepto se hace eco, como no podía ser de otra manera, del rechazo unánime por parte de las instituciones hacia el uso indiscriminado de pruebas médicas, especialmente las invasivas, y exige que estas se lleven a cabo con celeridad, que se obtenga el previo consentimiento informado del presunto menor y, en todo caso, que se realicen con respeto a su dignidad.

4. DEFICIENCIAS E IRREGULARIDADES EN LOS EXPEDIENTES DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD: ACTUALIZACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Pese al marco regulatorio protector que regía en España en materia de determinación de la edad y las importantes matizaciones que la reforma del art. 12.4 LOPJM introdujo, persistieron algunas prácticas escasamente respetuosas con el principio del interés superior del menor, poniéndose con ello en riesgo la vida y la integridad de los menores que llegaban solos al territorio español. En efecto, la Fiscalía, al interpretar y aplicar el tenor literal de las

perjuicio para el resto de internos, y lo prevé solo en aquellos casos excepcionales en los que la atención inmediata que precisa solo puede serle prestada en un centro de esta naturaleza. Véanse, al efecto, las Instrucciones 2/2001 y 6/2004, así como la Circular 2/2006.

⁵² De hecho, como advierte Sánchez Tomás (2018: 74-75), esta previsión es susceptible de generar situaciones de grave inseguridad jurídica, pues, al no prever la impugnación de la documentación, podrían llegar a convivir un decreto de mayoría de edad, cuyo único efecto es denegar al extranjero la asunción de la tutela administrativa, con documentación pública extranjera acreditativa de la minoría de edad, la cual le negaría, por otro lado, el ejercicio pleno de su capacidad jurídica, exigiéndose la actuación de un tutor en su representación. Dicho nombramiento no sería, sin embargo, viable por impedirlo el decreto del MF que lo declara mayor de edad.

normas que regulan el tratamiento y el estatuto de estos sujetos, prescindió de la lógica que subyacía en la jurisprudencia del TS y en los textos internacionales y europeos y siguió sometiendo a pruebas médicas a menores extranjeros que portaban documentación válidamente emitida por las autoridades de su país, lo que hacía, en muchas ocasiones, sin motivar las razones que le permitían dudar de la fiabilidad de estos documentos⁵³. La prueba médica se había convertido en la regla general, y ello a pesar de la contrastada escasa fiabilidad de las técnicas existentes y la vulneración de derechos que el empleo de las de carácter invasivo podía suponer. La práctica de la Fiscalía seguía obstaculizando el acceso de los menores migrantes a sus derechos⁵⁴.

En 2018, España fue objeto del primer dictamen condenatorio del Comité de los Derechos del Niño por irregularidades en el procedimiento de determinación de la edad⁵⁵ y, desde entonces, han sido numerosas las denuncias individuales de menores migrantes en defensa de sus derechos ante este órgano, siendo nuestro país el Estado parte que más decisiones condenatorias acumula en este sentido⁵⁶. El Comité ha cuestionado reiteradamente, en

⁵³ Según constataba la FGE en su memoria anual (2019: 839-845), hasta el año 2018 la incoación de expedientes y la práctica de pruebas médicas se producía en todo caso, con independencia de que se dudara de la minoría del extranjero. Además, algunas fiscalías, como la de Bizkaia o Las Palmas, solo consideraban auténticos ciertos documentos de identidad. Sobre esta práctica y sus terribles consecuencias para los migrantes también se pronunciaba Save the Children (2016: 18).

⁵⁴ Esta realidad ha sido documentada por la Fundación Raíces (2020: 25-33), el Comité español de UNICEF (Ceriani Cernadas, 2019: 57-66) y por el propio Defensor del Pueblo (2019: 30-33), especialmente preocupado este último por la escasa consideración que se otorga a la documentación presentada por los extranjeros.

⁵⁵ Comunicación n.º 11/2017, de 27 de septiembre de 2018, *N.B.F. c. España* (CRC/C/79/D/11/2017).

⁵⁶ Así, las comunicaciones n.º 4/2016, de 1 de febrero de 2019, *D.D. c. España* (CRC/C/80/DR/4/2016); n.º 16/2017, de 31 de mayo de 2019, *A.L. c. España* (CRC/C/81/D/16/2017); n.º 22/2017, de 31 de mayo de 2019, *J.A.B. c. España* (CRC/C/81/D/22/2017); n.º 17/2017, de 18 de septiembre de 2019, *M.T. c. España* (CRC/C/82/D/17/2017); n.º 27/2017, de 18 de septiembre de 2019, *R.K. c. España* (CRC/C/82/D/27/2017); n.º 24/2017, de 7 de febrero de 2020, *M.A.B. c. España* (CRC/C/83/D/24/2017); n.º 28/2017, de 28 de septiembre de 2020, *M.B. c. España* (CRC/C/85/D/28/2017); n.º 28/2017, de 27 de octubre de 2020, *M.B. c. España* (CRC/C/85/D/28/2017); n.º 26/2017, de 2 de noviembre de 2020, *S.M.B. c. España* (CRC/C/85/D/26/2017); n.º 40/2018, de 2 de noviembre de 2020, *S.M.A. c. España* (CRC/C/85/D/40/2018); n.º 38/2017, de 24 de noviembre de 2020, *B.G. c. España* (CRC/C/85/D/38/2017); n.º 63/2018, de 29 de enero de 2021, *C.O.C. c. España* (CRC/C/86/D/63/2018), y n.º 76/2019, de 4 de febrero de 2021, *R.Y.S. c. España*

virtud de estos dictámenes y a través de sus observaciones finales a los informes periódicos de España⁵⁷, el sistema vigente en nuestro país en materia de determinación de la edad y, en particular, el empleo de técnicas intrusivas en los casos en que los migrantes portan documentación auténtica, poniendo de manifiesto la urgente necesidad de adecuar este procedimiento a los dictados de la CDN⁵⁸. El Comité ha advertido, a este respecto, que las técnicas médicas actuales no toman en consideración características étnicas, sociales, culturales, nutricionales o medioambientales, las cuales pueden incidir notablemente en el desarrollo y la madurez física de la persona⁵⁹. Ante esta situación, recomienda a España no basar la evaluación de la edad de una persona joven en un examen de sus huesos y adoptar otras medidas alternativas, tales como la solicitud de pruebas documentales al país extranjero⁶⁰ o una evaluación global de la persona, que valore tanto su aspecto físico como su maduración psicológica, atendiendo a criterios científicos de seguridad e imparcialidad⁶¹.

(CRC/C/86/D/76/2019). Con carácter general, se trata de denuncias de menores migrantes que fueron sometidos a pruebas médicas de determinación de la edad a pesar de portar documentación acreditativa de su minoría o estar a la espera de recibirla. Las dudas para proceder a la práctica de pruebas médicas, en algunos casos, se basaban en el nulo valor probatorio que las autoridades le daban a su documentación y, en otros, en su mera apariencia física. Durante el procedimiento ninguno de ellos fue asistido por letrado o representante legal. En los dictámenes se condena a España por no respetar el deber de presunción de autenticidad de la documentación de identidad aportada por el migrante ni otorgarle a este el beneficio de la duda, llevando a cabo evaluaciones de la edad basadas exclusivamente en pruebas médicas, muchas de ellas de carácter intrusivo. Un análisis de algunos de estos dictámenes realiza Montesinos Padilla (2021: 242-248).

⁵⁷ Observaciones finales referidas a los informes periódicos tercero y cuarto combinados de España en 2010, párr. 60 (CRC/C/ESP/CO/3-4), y, más recientemente, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España en 2018, párrs. 44 y 45 (CRC/C/ESP/CO/5-6).

⁵⁸ Dan cuenta de ello Ortiz Vidal (2021: 1-27) y Solanes Corella y Hernández Moreno (2022: 277-283).

⁵⁹ Comunicaciones n.º 26/2017, *S.M.B c. España*, párr. 9.11, y n.º 40/2018, *S.M.A. c. España*, párr. 7.10.

⁶⁰ En este sentido, el Comité ha recordado que la carga de la prueba no la tiene en exclusiva el extranjero y, en función de ello, recomienda a España que si duda de la validez de la documentación aportada se dirija a las autoridades consulares. Véase, por todas, la Comunicación 38/2017, *B.G. c. España*, párr. 10.2.

⁶¹ Lo ha reiterado en muchas de sus comunicaciones, como la n.º 28/2017, *M.B. c. España*, párr. 9.9; la n.º 40/2018, *S.M.A. c. España*, párr. 7.11, o la n.º 26/2017, *S.M.B c. España*, párr. 9.9.

Al Comité también le preocupa que el MF sea la autoridad competente en los procedimientos de determinación de la edad⁶² y que no existan vías efectivas de impugnación del decreto en nuestro país⁶³. En este sentido, el Comité considera que la revisión del decreto con base en nuevas pruebas objetivas no es un recurso efectivo porque no tiene efecto suspensivo de la orden de expulsión y se dilata de forma excesiva en el tiempo; ello sin olvidar la indisponibilidad de medios del interesado y la reiterada negativa, en la práctica, por parte del MF de proceder a la revisión cuando se aportan nuevos documentos que contradicen pruebas médicas ya realizadas. Tampoco lo son, a juicio de este órgano, el recurso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores ni el recurso contencioso-administrativo contra la orden de devolución, en la medida en que, como el de revisión, son recursos que no suspenden la devolución del migrante al país de origen y que no garantizan la reparación de los daños ocasionados⁶⁴. El Comité pone con ello de manifiesto la urgente necesidad de operar cambios en nuestro ordenamiento que conlleven, si no la judicialización del procedimiento mediante la modificación del órgano competente, al menos la consagración de una vía de impugnación directa del decreto del MF.

Las preocupaciones manifestadas por el Comité de los Derechos del Niño fueron contestadas por la Unidad de Extranjería de la FGE en virtud de su Nota Interna n.º 2/2018, en la cual aclaraba los términos de su vinculación con el Gobierno para paliar el sentimiento de desconfianza hacia la institución, concretando los principios generales que guían su actividad, y clarificaba los supuestos en los que se realizan pruebas médicas en nuestro país, así como las técnicas más habituales empleadas. Asimismo, delimitó la naturaleza y los efectos de los decretos y plasmó la prohibición de realizar pruebas médicas cuando el migrante está en posesión de pasaporte o documento equivalente de identidad auténtico y fiable.

Dos años después, la STS de la Sala Civil (Pleno) 307/2020, de 16 de junio (2020, 2274), que se enfrentaba a uno de estos controvertidos asuntos en los que el migrante había sido declarado mayor de edad, pese a portar documentación acreditativa de su minoría, sobre la base de sus manifestaciones al entrar en España y su negativa a someterse a pruebas médicas, sintetiza el marco normativo aplicable en la materia y actualiza su doctrina jurisprudencial de conformidad con los postulados de la CDN. A tal fin, declara que

⁶² Preocupación que manifestó en sus observaciones finales de 2018, párr. 44.

⁶³ Entre otras, comunicaciones n.º 4/2016, *D.D. c. España*, párr. 13.6; n.º 38/2017, *B.G. c. España*, párr. 10.3, y n.º 28/2017, *M.B. c. España*, párr. 9.3.

⁶⁴ Puede verse, a título ilustrativo, la Comunicación n.º 16/2017, *A.L. c. España*, párr. 11.

la Fiscalía no puede prescindir del valor acreditativo de la documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expedieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, por lo que las dudas suscitadas acerca de la fiabilidad de esta no podrán prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición⁶⁵. Ello vendría a significar que, en caso de existir contradicción entre la edad que consta en la documentación oficial expedida por el país de origen del extranjero y la edad que resulta de su apariencia física o de las propias manifestaciones del sujeto, habrá de prevalecer, en principio, la documentación, salvo que se impugnara motivadamente esta última. De hecho, no considerar fiable esta documentación oficial no invalidada ni impugnada, según ha matizado en otro pronunciamiento el propio TS, comportaría una vulneración del derecho de igualdad y no discriminación ante la ley basada en el origen nacional del menor⁶⁶. En cualquier caso, la negativa del migrante a someterse a pruebas médicas no podrá juzgarse como un indicio decisivo para dudar de la minoría avalada por una documentación no impugnada⁶⁷.

La Sentencia 307/2020, de 16 de junio, se ocupa también de la problemática inherente a la inexistencia de un recurso efectivo contra el decreto del MF, lo que venía siendo especialmente preocupante cuando el migrante alcanzaba la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento de impugnación de la edad, en cuyo caso los tribunales apreciaban la carencia sobrevinida del objeto y daban por terminado el proceso, denegándole toda posibilidad de solicitar la reparación de sus daños. Sobre este particular manifiesta el TS su disconformidad, declarando que, una vez adquirida la mayoría de edad, si bien no procede acordar la tutela automática del migrante, este sigue teniendo un interés legítimo en que se declare que la resolución de la entidad pública que le denegó la declaración de desamparo en vista del decreto del MF no fue ajustada a derecho. La clave radica, a juicio del TS, en que la admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que cuando este declara su mayoría de

⁶⁵ Dicha doctrina ha sido reiterada en las SSTs 357/2021, de 24 de mayo (RJ 2021, 2530); 410/2021, de 18 de junio (RJ 2021, 2989); 412/2021, de 21 de junio (2021/2877); 610/2021, de 20 de septiembre (RJ 2021, 4131); 796/2021, de 22 de noviembre (RJ 2021, 5144); 535/2022, de 5 de julio (RJ 2022, 3527), y 760/2022, de 8 de noviembre (RJ 2022, 5311).

⁶⁶ Véase, al efecto, la STS 410/2021, de 18 de junio (RJ 2021, 2989).

⁶⁷ Lo advirtió expresamente el TS en su Sentencia 307/2020, de 16 de junio, y lo ha reiterado en un asunto similar por medio de su Sentencia 357/2021, de 24 de mayo (RJ 2021, 2530).

edad excluye al extranjero de una protección reforzada constitucionalmente garantizada para los menores. La doctrina del TS supone en este punto un avance significativo, pues llega incluso a admitir que, cuando no existe una resolución administrativa que deniega la declaración de desamparo, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que el afectado pueda recurrir el decreto por la vía de los derechos fundamentales, pues la determinación de la edad no solo tiene trascendencia en el reconocimiento de medidas de protección cuando de esta resulta la minoría del extranjero, sino también a la hora de fijar su identidad y su estado civil, considerados estos un derecho básico de los niños *ex art. 8 CDN*⁶⁸.

Dicha doctrina ha sido acogida por el TC en sus sentencias 130/2022, de 24 de octubre (RTC 2022, 130), y 40/2023, de 8 de mayo (RTC 2023, 40), en las cuales se recalca la especial trascendencia que tienen los decretos de la Fiscalía, al depender de ellos la fijación de una seña de identidad básica de la persona, como es su fecha nacimiento, y, en lógica consonancia, la importancia de garantizar que estos puedan ser impugnados por los afectados. Más en particular, la STC 40/2023, de 8 de mayo, en la que se había concluido el procedimiento de impugnación sin pronunciamiento por desaparición sobrevenida del objeto tras alcanzar el migrante la mayoría de edad durante su tramitación, declara la existencia de vulneración de su tutela judicial efectiva, advirtiendo, al efecto, que cuando el migrante promueve un proceso especial de oposición a la resolución administrativa no solo busca medidas de protección, sino también impugnar explícitamente el decreto del MF. Y ello porque en virtud de este decreto le es asignada una edad que no se corresponde con la que consta en su documentación, con evidente perjuicio a su derecho de identidad. El migrante pretende, por esa razón, que le sea también reconocida la autenticidad de su documentación personal, cuya validez ha sido descartada inicialmente en detrimento de su apariencia física y de las pruebas médicas, y solo hipotéticamente reconocida, durante el procedimiento de impugnación, a los meros efectos de justificar la conclusión prematura del proceso.

La doctrina del TS, avalada ahora por el TC, al admitir la impugnación directa del decreto por la vía de los derechos fundamentales, vendría a garantizar una vía transitable en caso de ausencia de resolución administrativa, lo cual solo puede juzgarse de una forma positiva, pues hasta la fecha no existía en nuestro ordenamiento jurídico vía de impugnación alguna para estos casos, debiendo acudir los afectados directamente al Tribunal Europeo

⁶⁸ En este sentido se han pronunciado las sentencias 410/2021, de 18 de junio (RJ 2021, 2989); 412/2021, de 21 de junio (2021/2877); 610/2021, de 20 de septiembre (RJ 2021, 4131), y 760/2022, de 8 de noviembre (RJ 2022, 5311).

de Derechos Humanos en defensa de sus derechos. Lo que no resuelven ni el TS ni el TC es, en cambio, cómo puede garantizarse el derecho a la ejecución de la sentencia, como manifestación este de la tutela judicial efectiva, habida cuenta de que, en el momento de dictarse, gran parte de los migrantes pueden haber alcanzado la mayoría de edad o, incluso, estar fuera del territorio español. No se da respuesta a cuestiones esenciales como si, en estos casos, tendrían los afectados derecho a reclamar responsabilidad patrimonial al haberles sido denegada la declaración de desamparo cuando eran menores; qué sujeto habría de hacer frente a esta responsabilidad, esto es, si respondería la Administración que adoptó la resolución denegando el desamparo, la Fiscalía por ser la que decretó la mayoría de edad o ambos de forma concurrente; cuáles son los daños objeto de indemnización, o si podría el afectado solicitar permiso de residencia con efectos retroactivos desde que fue puesto a disposición de la Administración y, en caso afirmativo, cuáles serían las consecuencias que esa residencia tendría con respecto a la adquisición de la nacionalidad.

En último lugar, y en relación con las pruebas médicas, debe advertirse que la preocupación del Comité de los Derechos del Niño por el empleo de técnicas intrusivas, así como la consagración en nuestro país de una doctrina jurisprudencial cada vez más respetuosa con los derechos de los menores migrantes, ha hallado acomodo en el art. 12.4 LOPJM, que fue nuevamente modificado, esta vez por la LOPIIAV en 2021, para prohibir las técnicas médicas especialmente invasivas y, sobre todo, aquellas que implican desnudos integrales o exploraciones genitales. Dicha reforma legislativa pretende potenciar, de conformidad con el principio del interés superior del menor, evaluaciones multidimensionales y multidisciplinarias, en las que se empleen métodos científicos y seguros, y que eviten todo riesgo de violación de la integridad física de la persona.

III. PROBLEMAS ACTUALES Y RETOS JURÍDICOS QUE DEBE ASUMIR ESPAÑA PARA LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: EL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO

La evolución experimentada en la jurisprudencia y la legislación españolas en los últimos años en favor de un sistema más garantista para los MENA no ha impedido la proliferación de propuestas de reforma para la consagración en nuestro país de un procedimiento de evaluación de la edad de naturaleza judicial dotado de mayores garantías y conforme con las directrices marcadas

por la CDN⁶⁹. La propia FGE se ha adherido, en la dirección apuntada, a la judicialización del sistema en su memoria anual relativa al año 2022 (2023: 1170), vislumbrando como única solución operativa el desarrollo de una ley específica reguladora de la determinación de la edad, que diseñe un procedimiento judicial, en el ámbito de la jurisdicción civil, con todas las garantías de audiencia y asistencia al presunto menor. Y es que, pese a venir el actual sistema español de determinación de la edad avalado por el TC y el TS, este sigue presentando múltiples deficiencias que exigen repensar el modelo. El sistema, de hecho, tal y como está configurado, no se encamina a precisar y fijar la edad, como sería lo deseable, sino a excluir dudas sobre si el extranjero indocumentado es menor de edad. Además, aunque se ha consagrado el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados por medio de diversas vías de impugnación del decreto, el actual procedimiento no garantiza el derecho de audiencia del menor, el derecho a la asistencia letrada ni el derecho a un recurso directo y con efectos suspensivos sobre la orden de devolución. Tampoco se han unificado los criterios científicos que deben presidir las pruebas médicas de determinación de la edad, lo que conlleva el empleo de una disparidad de criterios y técnicas en claro agravio de los derechos de los menores que son sometidos a ellas.

El Defensor del Pueblo, desde hace ya varios años, viene reseñando en sus informes las quejas que recibe sobre el actual procedimiento, las cuales ponen de manifiesto que se siguen realizando pruebas de determinación de la edad a personas documentadas, que estas pruebas son muchas veces insuficientes y que no se notifican los decretos de mayoría de edad a los afectados, dificultándoles la defensa de sus derechos. En su último informe, el Defensor del Pueblo (2023: 166) se ha sumado a la reforma del procedimiento, avalando la postura de la FGE.

No había que buscar llave alguna para justificar la reforma integral del procedimiento de determinación de la edad en España, pues esta se hallaba en la propia LOPIIAV, que en su disposición final vigésima cuarta había previsto un plazo de doce meses desde su aprobación para desarrollar normativamente un nuevo procedimiento uniforme y reglado con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por España y velar por el

⁶⁹ Véase, a modo de ejemplo, la propuesta de reforma del art. 35.3 LOEX y del art. 12.4 LOPJM para la judicialización del proceso presentada por la Fundación Raíces y Noves Vies en su Informe sobre la situación de la infancia migrante en España elaborado para el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas correspondiente a 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/3w-tyzsrt>.

interés del menor, sus derechos y su dignidad. En virtud de lo estipulado, y haciéndose eco de las críticas que suscitaba el actual procedimiento, el Consejo de Ministros presentaba el 12 de abril de 2022 el Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad⁷⁰, el cual implica la modificación de diversos preceptos normativos contenidos en la LOEX, la LOPJM o la LEC, entre otros.

Dicho procedimiento, que aún sigue en fase de tramitación parlamentaria, vendría a desplazar el monopolio de la prueba médica por un enfoque multidisciplinar y holístico, en el que la evaluación de la edad del menor se realiza desde la combinación de diferentes exámenes e informes, y en el que se prohíbe, de conformidad con el art. 12.4 LOPJM, el empleo de técnicas invasivas, desnudos integrales o cualquier otra prueba que atente contra la dignidad de los menores. Un cambio fundamental es que el procedimiento deja de tener carácter administrativo y se convierte en un procedimiento judicial perteneciente a la jurisdicción civil, lo que se justifica en que la edad es una cuestión que afecta al estado civil de la persona y a sus derechos fundamentales y que debe ser decidida con todas las garantías de respeto a los derechos del menor⁷¹. En virtud de ello, el Anteproyecto consagra un procedimiento de carácter preferente y urgente, presidido por el principio del interés superior del menor, su derecho a ser oído y la presunción de minoría, reforzando, de este modo, la protección de la condición de menor de edad del migrante y su derecho a la identidad personal frente a su condición de extranjero. Durante el procedimiento se garantiza, además, la cualificación y la especialización de los profesionales intervinientes, la representación legal del menor y la obtención previa de su consentimiento informado, así como la asistencia jurídica gratuita y de intérprete; recomendaciones, todas ellas, que la doctrina y las instituciones especializadas en la infancia y la adolescencia venían efectuando sobre los requisitos y garantías con los que debía contar el procedimiento.

El papel del MF se modifica sustancialmente, pues pasa de ser el encargado de solicitar y tramitar el procedimiento a uno de los legitimados, junto con las entidades públicas de protección, para promoverlo. La legitimación para

⁷⁰ Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://tinyurl.com/2k2xvfk6>.

⁷¹ Ello salvo que existieran indicios de participación del menor en un hecho delictivo, en cuyo caso será la jurisdicción penal la encargada de conocer del asunto. El Anteproyecto otorga, en este caso, la competencia para la evaluación de la edad a los juzgados de menores frente al juzgado de instrucción, que es el que la ostenta en la actualidad. Dicha novedad merece nuestro juicio positivo, pues resulta mucho más acorde con la presunción de minoría de edad de la que goza el migrante también en el ámbito penal.

promover el procedimiento se amplía al propio interesado, quien hasta ahora carecía de esta pese a las continuas reclamaciones de las asociaciones destinadas a la defensa de los derechos de los menores. Este podrá ahora hacerlo asistido por su representante legal o, en caso de conflicto de intereses, por un defensor judicial nombrado al efecto. También se prevé expresamente la posibilidad de que cualquier persona física o jurídica pueda poner en conocimiento de la Fiscalía o la entidad de protección los hechos que determinan el inicio del procedimiento.

Un aspecto novedoso relacionado con la solicitud de este procedimiento lo constituye la obligación de motivar las razones por las que se impugna la documentación acreditativa de identidad que presenta el interesado, lo que habrá de hacerse, de conformidad con el nuevo art. 781 *ter* y *septies*, en el escrito de formulación de la solicitud. Sin esta previa impugnación motivada, no se podrá promover el procedimiento; positivizándose, de este modo, la jurisprudencia de la Sala Civil del TS, así como las observaciones y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño. Cuestión también novedosa es la obligación del órgano jurisdiccional, antes de iniciar el procedimiento, de comprobar de oficio en el Registro de Menores No Acompañados si existe o no inscripción del menor y si se le ha sometido previamente a un procedimiento de evaluación de la edad, debiendo inadmitir la solicitud o inhibirse de su conocimiento en caso afirmativo; lo que vendría a revitalizar la importancia del propio Registro, así como la necesidad de mantener actualizados sus datos⁷².

Al objeto de agilizar y evitar demoras en un aspecto tan esencial como es la fijación de un elemento de la identidad de la persona, el Anteproyecto dota de carácter preferente y urgente al procedimiento y prevé un plazo máximo de tramitación de veinticinco días. El carácter urgente del procedimiento, con plazos tan breves, según han denunciado en el trámite de audiencia diversas organizaciones⁷³ y la propia Abogacía del Estado⁷⁴, podría obstaculizar que

⁷² Una de las finalidades del PMENA era precisamente lograr un adecuado funcionamiento de este Registro, en la medida en que se consideraba la única fuente de información fidedigna y completa que podría permitir comprender el fenómeno migratorio de los menores. Encomendaba por ello a la Policía Científica realizar la comprobación e inscripción en este del menor localizado (apdo. 3, cap. II), lo que se tradujo en un aumento significativo de los MENA registrados en España. Ahora, pasará a ser el juez el encargado de esta labor, que habrá de realizarse siempre antes de incoar el procedimiento de determinación de la edad, novedad que sin duda potenciará el control de estos flujos migratorios.

⁷³ Entre ellas, la Fundación Raíces, la Plataforma de Infancia, Save The Children, Noves Vies, UNICEF España o Accem. El documento puede consultarse en el siguiente enlace: <https://tinyurl.com/45ye5a2p>.

⁷⁴ El documento está disponible en el siguiente enlace: <https://tinyurl.com/35yx3aea>.

los migrantes aportaran su documentación al procedimiento cuando deben tramitarla en los consulados y embajadas, vaciando de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva. A los efectos de no limitar las facultades del órgano jurisdiccional de suspender o ampliar los plazos para lograr una adecuada evaluación de la edad, coincidimos con ellos en la importancia de configurar el procedimiento como preferente, pero no urgente, así como en reforzar el trámite de obtención de la documentación del país de origen, incluyendo la previsión de suspensión del procedimiento hasta que se recabe esta.

Uno de los aspectos más relevantes es que el procedimiento se resuelve en virtud de sentencia, que será inscrita en el Registro Civil y tendrá plenos efectos de cosa juzgada, en el ámbito tanto público como privado, lo que el Anteproyecto considera fundamental para que la determinación de la minoría despliegue todos sus efectos legales en el estado civil de la persona. El efecto de cosa juzgada de la sentencia no puede recibir un juicio positivo por nuestra parte, en la medida en que ello impediría su revisión. La protección efectiva de los menores requiere, a nuestro entender, que la sentencia carezca de tales efectos y pueda ser revisada por el órgano que la adoptó cuando aparecen nuevos elementos de juicio una vez la sentencia ha adquirido firmeza. Dicho mecanismo no puede ser el recurso extraordinario de revisión de sentencias firmes ante el TS, ya que su naturaleza extraordinaria exige una interpretación restrictiva y podría dejar en un «limbo jurídico» a migrantes cuya evaluación fue inexacta, generándose multitud de discrepancias entre los documentos identificativos y los registros, en claro retroceso de su protección⁷⁵. La sentencia, por otro lado, será susceptible de recurso de apelación; un cambio especialmente importante, en nuestra opinión, para garantizar la tutela judicial efectiva de los menores migrantes en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dotándoles de un recurso efectivo y eficaz con efectos suspensivos.

El procedimiento prevé también la adopción de medidas provisionales o cautelares en una comparecencia, convocada en un plazo máximo de dos días hábiles desde la solicitud, y a la que asistirá el presunto menor, acompañado de su representante o defensor judicial, el MF, la entidad de protección y un miembro del equipo psicosocial. El órgano judicial, tras oír a las partes y la práctica de la prueba, resolverá en un plazo máximo de veinticuatro horas mediante auto contra el que no cabrá recurso; aspecto este último que también preocupa a la Abogacía del Estado, que estima imprescindible la recurribilidad del auto para garantizar la presunción de minoría durante todo el procedimiento. La presunción de minoría, de hecho, parece verse mermada

⁷⁵ En la misma dirección se han pronunciado las organizaciones especializadas en la defensa de los menores migrantes y la Abogacía del Estado en el trámite de audiencia.

cuando el propio Anteproyecto faculta al órgano jurisdiccional, en caso de duda razonable sobre la menor edad del sujeto, a la práctica de pruebas de exploración física, así como a la adopción de medidas para salvaguardar el interés del resto de menores que se hallaran en el centro de protección. Desde la comparecencia de las medidas provisionales, se prevé un plazo de diez días naturales para la práctica de la prueba pericial, que consistirá preferentemente en prueba documental. Solo cuando la documentación no sea suficiente, se permite a la autoridad judicial acordar la elaboración por especialistas de un informe pericial multidisciplinar de determinación de la edad sobre el desarrollo físico y psicológico de la persona. Estas previsiones relativas a la práctica de la prueba han despertado ya la preocupación de algún autor, y con razón, en la medida en que la falta de claridad de estas podría conllevar que el órgano jurisdiccional, en contra de la Guía de evaluación de la edad de la EASO, otorgara prioridad al examen físico frente al informe multidisciplinar⁷⁶. Se aprecia también una falta de definición de las pruebas aplicables, pues el Anteproyecto se limita a prohibir las especialmente invasivas. Además, hubiera sido deseable, a los efectos de disminuir la presencia de pruebas médicas en estos procedimientos, que se hubiera previsto la obligación del juez de motivar de manera reforzada su decisión de someter al sujeto a una prueba de intervención corporal. El Anteproyecto debía haber articulado, a nuestro entendimiento, un marco jurídico unificado para la determinación y la regulación de las pruebas, donde fueran definidas las pautas a seguir y se estableciera una implementación gradual de los métodos, de menos a más invasivo, otorgando, en todo caso, el valor probatorio predominante a la documentación.

El Anteproyecto cuenta con otras muchas deficiencias que podrían generar disfunciones en su aplicación práctica. Así, no se regula la fase previa a la puesta a disposición judicial del asunto, lo que se ha considerado por muchas voces críticas un aspecto esencial para garantizar la protección del menor desde su llegada al territorio español⁷⁷. Tampoco se especifican las consecuencias jurídicas de la negativa del presunto menor a la realización de las pruebas; aspecto que, de conformidad con el principio *in dubio pro minore*, no puede constituir, a nuestro entender, una circunstancia favorable a la apreciación de la mayoría. Finalmente, y una vez determinada judicialmente la minoría de edad, se estima preciso articular mecanismos para acompañar al migrante hacia la mayoría de edad, lo que exige que este obtenga la autori-

⁷⁶ Así lo ha hecho saber recientemente Núñez Herrera (2023: 768).

⁷⁷ En el trámite de audiencia lo pusieron de manifiesto las entidades que velan por los derechos de los migrantes y la Abogacía del Estado.

zación de residencia antes de cumplir dicha edad. La expedición de la cédula de inscripción se considera, a tales efectos, fundamental para el cierre definitivo de los derechos consagrados por resolución judicial.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La llegada de migrantes que alegan ser menores de edad al territorio español constituye una constante rastreada desde mediados de los años noventa y evidencia una realidad social que exige articular una respuesta institucional adecuada, máxime en estos días en que las autoridades nos hacen partícipes de la grave crisis migratoria que atravesamos y la deplorable situación en la que se encuentran quienes se embarcan en un proyecto migratorio. La falta de recursos institucionales para atender la masiva entrada de migrantes menores de edad, así como la eventual facilidad con la que estos podrían haber obtenido en sus respectivos países documentación de identidad auténtica formalmente, pero que no refleja su verdadera edad biológica, en modo alguno legitima la previsión normativa de un procedimiento de determinación de la edad basado en el interés del Estado de controlar los flujos migratorios y gobernado por pruebas de intervención corporal. La razón es bien sencilla, y así se deriva de las directrices internacionales y europeas en la materia: hasta que se determine que el migrante es mayor de edad, este debe ser concebido, ante todo, como un niño expuesto a un peligro potencial, por lo que le es de aplicación todo ese conjunto normativo orientado a la protección de la infancia y la adolescencia, y cuyo elemento vertebrador es el principio del interés superior del menor. Ello lo hace acreedor de una presunción de minoría durante todo el procedimiento de evaluación de su edad y de una serie de garantías tendentes a preservar su derecho a la identidad y respetar su integridad física.

De conformidad con estos postulados, el marco normativo actual en España encomienda al MF, como garante de la protección de los derechos del menor, la competencia para determinar la edad del presunto menor extranjero indocumentado, configurando no obstante, y en clara contradicción con los mismos, un procedimiento en el que adquiere un papel preponderante la prueba médica. El MF fija la edad mediante un decreto, que, por ostentar carácter cautelar y provisionalísimo, es irrecurrible por vía directa ante la jurisdicción ordinaria y el TC, aunque se admite que pueda ser revisado por el propio MF en caso de aparición de nuevos hechos objetivos e impugnado indirectamente por la vía del recurso a la resolución administrativa que deniega la tutela o acuerda la devolución al país de origen. Este procedimiento, que ya adolece, a nuestro entender, de ciertas deficiencias sobre el tenor de la norma, se ha visto desvirtuado en su aplicación por la Fiscalía, que ha venido sometiendo a

pruebas médicas, muchas de ellas de carácter invasivo, no solo a los migrantes indocumentados, sino a todo aquel que porta un documento acreditativo de su identidad que se reputa contradictorio con su apariencia física. Y aunque el TS y el TC han tratado de reconducir esta tendencia mediante pronunciamientos contundentes que han llegado a cristalizar en la legislación específica de protección de menores, como la obligación de impugnar motivadamente la documentación que se estima falta de fiabilidad o la prohibición de realizar pruebas médicas indiscriminadamente, quedando vetadas, en todo caso, las especialmente invasivas, el procedimiento sigue aglutinando críticas de las instituciones especializadas en la protección de los menores migrantes por obstaculizar la tutela judicial efectiva de sus derechos.

Recientemente, el TC, avalando la doctrina del TS, ha reconocido la especial trascendencia que tienen los decretos de la Fiscalía, al depender de ellos la fijación de una seña de identidad básica de la persona, y ha consagrado una vía transitible para la defensa y la preservación de esta identidad: la impugnación del decreto por la vía de los derechos fundamentales. Ello implicaría que todo sujeto tiene garantizado el acceso a la justicia para cuestionar la edad fijada en el decreto y preservar el derecho a su identidad personal, incluso cuando este ha adquirido la mayoría de edad durante el procedimiento, y sin necesidad de hacerlo por la vía de impugnación de la resolución administrativa que deniega la tutela u ordena la devolución. Un avance significativo, sin duda, en garantía de la tutela judicial efectiva de los migrantes extranjeros, pero que deja abiertos otros muchos interrogantes sobre la verdadera eficacia de esta nueva vía para consagrar los derechos de estos sujetos de conformidad con la CDN.

Quizás el paso definitivo para la protección de los menores migrantes lo haya dado el Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad judicializando el procedimiento y otorgando a los órganos jurisdiccionales civiles la competencia para conocer de este. Desde hace ya algunos años, las instituciones de defensa de la protección del menor migrante venían apuntando en esta dirección, a la que se han sumado, en sus últimos informes, el MF y el Defensor Judicial. A fin de cuentas, la edad es una cuestión que afecta al estado civil de la persona y a sus derechos fundamentales y que debe ser decidida con todas las garantías de respeto a los derechos del menor. El TS y el TC no se oponen a esta realidad, y así lo patentiza el hecho de que en sus últimos pronunciamientos hayan conectado de forma expresa este procedimiento con la protección del derecho a la identidad personal. Todo parece confluir en una misma dirección.

El Anteproyecto parte, pues, de unas premisas acertadas y propone soluciones solventes que, sin duda, vendrán a reforzar la protección dispensada a los menores migrantes en estos procedimientos. En virtud de esta reforma

legislativa, se articulará en nuestro país un procedimiento que descansa en principios rectores como el interés superior del menor, su derecho a ser oído y la presunción de minoría, y que garantiza la cualificación y especialización de los profesionales intervinientes, la representación legal del menor, y la obtención previa de su consentimiento informado, así como la asistencia jurídica gratuita y de intérprete; aspectos todos ellos que solo pueden recibir nuestra valoración positiva. Sin embargo, como se ha constatado en este estudio, el Anteproyecto cuenta con múltiples deficiencias que podrían generar disfunciones en la aplicación práctica del procedimiento y que habrían de resolverse antes de su aprobación definitiva. Preocupan, en particular, su carácter urgente, los efectos de cosa juzgada de la sentencia, la ausencia de un marco jurídico unificado para la determinación y la regulación de las pruebas en el que se otorgue preponderancia a la documentación y la falta de previsión de las consecuencias jurídicas de la negativa del presunto menor a someterse a tales pruebas. El procedimiento de evaluación de la edad aún habrá de sortear, pues, algunos retos jurídicos. Sirva el estudio aquí realizado para contribuir a su reflexión y alcanzar soluciones significativas para la mejora del procedimiento y la protección efectiva de los menores migrantes.

Bibliografía

- Armenteros León, M. (2015). *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España: actualizado con el contenido del Protocolo Marco de 22 de julio de 2014*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cebrián Salvat, M. A. (2016). Valor de la documentación que aportan los jóvenes extranjeros cuando dicha documentación pudiera no conciliarse con la realidad física: comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 y 24 de septiembre de 2014 (3818/2014 y 3817/2014). En M. Yzquierdo Tolsada (dir.) y J. Espín Granizo (coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil 2013-2014* (pp. 367-376). Madrid: Dykinson.
- Ceriani Cernadas, P. (2019). *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*. Madrid: UNICEF Comité Español. Disponible en: <https://tinyurl.com/46xp2wp7>.
- Cuartero Rubio, M. V. (2018). La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados y la eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros. En J. M. Velasco Retamosa (dir.). *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos* (pp. 139-170). Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Bartolomé Cenzano, J. C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 3, 46-60. Disponible en: <https://doi.org/10.4995/reinad.2012.1300>.

- De Bartolomé Cenzano, J. C. (2015). Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados un estudio a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos fundamentales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 26, 79-109.
- De Castro Sánchez, C. (2021). ¿Y los derechos de los MENA?: un análisis en perspectiva europea. *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, 21, 71-100.
- De Palma del Teso, A. (2011). La condición legal de «menor no acompañado» en nuestro derecho de extranjería; definición común de la Unión Europea. La *Kafala* del derecho islámico. *Revista Vasca de Administración Pública*, 90, 101-138. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.90.2011.03>.
- De Palma del Teso, A. y González García, A. (2015). La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. *Revista Jurídica de Catalunya*, 114 (3), 611-637. Disponible en: <https://tinyurl.com/ycke9jxf>.
- Defensor del Pueblo (2005). *Informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*. Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en: <https://tinyurl.com/3yeczahm>.
- Defensor del Pueblo (2019). *Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2018*. Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en: <https://tinyurl.com/2s4y8cpv>.
- Defensor del Pueblo (2023). *Informe anual 2022 y debates en las Cortes Generales* (vol. 1). Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en: <https://tinyurl.com/y56rrz26>.
- Fernández Pérez, A. (2018). El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del derecho internacional privado. En J. M. Velasco Retamosa (dir.). *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos* (pp. 13-51). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fiscalía General del Estado (2019). *Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2018*. Madrid: Fiscalía General del Estado. Disponible en: <https://tinyurl.com/yhnxrpej>.
- Fiscalía General del Estado (2023). *Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2022*. Madrid: Fiscalía General del Estado. Disponible en: <https://tinyurl.com/yh2at8ub>.
- Flores González, B. (2018). La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España. *Revista de Derecho Civil*, 5 (2), 321-362. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdhexa4y>.
- Fundación Raíces (2014). *Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*. Madrid: Fundación del Consejo General de la Abogacía Española. Disponible en: <https://tinyurl.com/2m8s5w7e>.
- Fundación Raíces (2020). *Violencia institucional en el Sistema de Protección a la Infancia*. Madrid: Fundación Raíces. Disponible en: <https://11nq.com/kjbaE>.
- Garamendi González, P. M., Bañón González, R. M., Pujol Robinat, A., Aguado Bustos, F., Landa Tabuyo, M. I., Prieto Carrero, J. L. y Serrulla Rech, F. (2011). Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas

- Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. *Revista Española de Medicina Legal*, 37 (1), 22-29. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0377-4732\(11\)70057-8](https://doi.org/10.1016/S0377-4732(11)70057-8).
- González Martín, N. y Carrizo Aguado, D. (2023). Reflexiones jurídicas respecto de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados: desafíos oportunidades. En A. Lara Aguado (coord.). *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia* (pp. 777-800). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lafont Nicuesa, L. (2018). *La determinación de la edad del presunto menor extranjero. Pasaporte contra pruebas médicas. Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lázaro González, I. E. (2014). Algunas reflexiones en torno al reciente Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 37, 265-286.
- Lázaro González, I. E. y Benlloch Sanz, P. (2023). Ciudadanía e integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género. En A. Palomar Olmeda (dir.) y C. Pérez González (coord.). *Tratado de extranjería: aspectos civiles, penales, administrativos y sociales* (pp. 881-948). Cizur Menor: Aranzadi.
- Melgarejo Cordón, P. (2023). Análisis jurídico de la protección de la infancia migrante no acompañada desde el doble prisma de la discapacidad y del género. En A. Lara Aguado (coord.). *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia* (pp. 801-826). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montesinos Padilla, C. (2021). La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los Menores Extranjeros No Acompañados. *Revista de Derecho Político*, 1 (110), 229-258. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30333>.
- Núñez Herrera, V. E. (2023). Procedimiento para la evaluación de la edad de la infancia migrante sin referentes familiares en la LO 8/21 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia y en el anteproyecto: mito o realidad. En A. Lara Aguado (coord.). *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia* (pp. 731-776). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ortiz Vidal, M. D. (2021). Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41, 1-27. Disponible en: <https://doi.org/10.17103/reei.41.17>.
- Prada Belder, F. A., Abadal Villayandre, J. M., Huesca Melón, J. M. y García Pérez, J. (2013). Determinación de la edad ósea en menores extranjeros no acompañados, mediante métodos de imagen. *Revista Española de Pediatría*, 69 (2), 114-119.
- Rubio Torrano, E. (2014). Menor de edad extranjero no acompañado y con pasaporte, en situación irregular en España: doctrina jurisprudencial. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2 (8), 11-13.

- Sánchez González, M. P. (2005). Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España. *Actualidad Civil*, 18, 2181-2201.
- Sánchez Tomás, J. M. (2018). Menores extranjeros en España: últimas reformas y perspectivas de futuro. En J. M. Velasco Retamosa (dir.). *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos* (pp. 53-84). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Save The Children España (2016). *Infancias invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*. Save The Children España. Disponible en: <https://tinyurl.com/mwku4cet>.
- Solanes Corella, Á. y Hernández Moreno, N. (2022). El controvertido procedimiento de determinación de la edad: la necesidad de una reforma legal a partir de los dictámenes del Comité de Derechos del Niño. *Revista de Estudios Europeos*, 80, 273-290. Disponible en: <https://doi.org/10.24197/ree.80.2022.273-290>.
- Valverde Martínez, M. J. (2022). Determinación de la edad del ciudadano extranjero y pasaporte. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14 (1), 935-946. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6729>.
- Vinaixa Miquel, M. (2019). La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (1), 571-602. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>.