

ÁNGELES DE PALMA DEL TESO

*Profesora titular de Derecho administrativo
Directora de la Clínica jurídica de protección a la infancia y la adolescencia
Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona
depalma@ub.edu*

ALMUDENA GONZÁLEZ GARCÍA

*Profesora asociada de Derecho administrativo.
Investigadora de la Clínica jurídica de protección a la infancia y la adolescencia
Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona
almudenagonzalez@ub.edu*

LA DETERMINACIÓN
DE LA EDAD DE LOS
MENORES EXTRANJEROS
NO ACOMPAÑADOS TRAS
LA RECIENTE DOCTRINA
JURISPRUDENCIAL DEL
TRIBUNAL SUPREMO

PUBLICAT A LA
«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 3, 2015

LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS TRAS LA RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

por

ÁNGELES DE PALMA DEL TESO

*Profesora titular de Derecho administrativo
Directora de la Clínica jurídica de protección a la infancia y la adolescencia
Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona
depalma@ub.edu*

ALMUDENA GONZÁLEZ GARCÍA

*Profesora asociada de Derecho administrativo.
Investigadora de la Clínica jurídica de protección a la infancia y la adolescencia
Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona
almudenagonzalez@ub.edu*

RJC, núm. 3-2015, págs. 611-637

RESUMEN: *El presente estudio analiza la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la realización de pruebas de determinación de la edad a los menores extranjeros no acompañados (MENAs). El TS ha proclamado que no pueden realizarse pruebas de determinación de la edad a los MENAs que disponen de documentos válidamente emitidos por las autoridades del país de origen, sin una justificación razonable. Para promover la realización de pruebas de determinación de la edad de los MENAs «documentados», el Ministerio Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento aportado no es fiable. A la vista de la jurisprudencia del TS, se examina el contenido del Protocolo Marco sobre Determinadas Actuaciones en Relación con los Menores Extranjeros no Acompañados y el*

ABSTRACT: *This work analyzes the recent Supreme Court case law on the testing age determination for unaccompanied foreign minors. The Supreme Court has proclaimed that tests to determine the age of minors who lack valid documents issued by the authorities of the country of origin should not be done without reasonable justification. To promote testing for determining the age of unaccompanied «documented» minors prosecutors should make a judgment of proportionality and properly balance the reasons why the submitted document is considered unreliable. In view of the Supreme Court case law this work examines the content of the Protocol Framework for Certain Actions in Relation to unaccompanied foreigners minors, and the problem for the effective judicial protection caused by the execution of the resolutions of the Supreme Court.*

problema que plantea para la tutela judicial efectiva la ejecución de las Sentencias del TS que se analizan.

Palabras clave: *edad, menores, extranjeros, sentencia, ejecución.*

Keywords: *age, minor, foreigners, resolution, executions.*

SUMARIO: I. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS «DOCUMENTADOS» A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. II. CIRCUNSTANCIAS Y CONDICIONES EN LAS QUE CABRÍA REALIZAR PRUEBAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD A MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS «DOCUMENTADOS». 1. Circunstancias previstas en el Protocolo MENA conforme a las cuales podría tenerse por «indocumentado» al menor extranjero no acompañado con pasaporte u otro documento de identidad válido. 2. Condiciones conforme a las cuales el Ministerio Fiscal podría acordar la realización de pruebas de determinación de la edad a menores extranjeros no acompañados documentados. III. LA EJECUCIÓN DE LA STS DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2014 (CASO BRIDGET) Y OTRAS POSTERIORES EN EL MISMO SENTIDO. 1. Introducción. 2. La tutela judicial efectiva. IV. POSIBILIDAD DE EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS A OTROS PROCESOS JUDICIALES ABIERTOS Y PENDIENTES DE RESOLUCIÓN. 1. Introducción. 2. La tutela cautelar y el interés superior del menor.

I. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS «DOCUMENTADOS» A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El presente estudio tiene por objeto examinar la jurisprudencia de la Sala de lo Civil en pleno del TS, de 23 de septiembre 2014 (caso Bridget), acogida también en las Sentencias de 24 de septiembre 2014 (caso Plácido), 16 de enero de 2015 (caso Justice) y 16 de enero de 2015 (caso Nurudeen). Todos los que, desde distintos ámbitos, llevamos años trabajando en la defensa de los derechos de los menores extranjeros no acompañados tuvimos una gran alegría al conocer que, por fin, el TS hacía justicia y acogía la interpretación del art. 35.3 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx) que desde hacía tiempo se venía defendiendo en interés de estos menores ante las distintas instancias judiciales¹. La alegría inicial pronto dio paso al temor a que prosiga la injusticia –ya difícil o imposible de reparar en cada uno de los casos concretos, aun con sentencias favorables– que se ha venido cometiendo con este colectivo especialmente vulnerable. El temor a que se pase por alto la interpretación del art.

1. *Vid. Solo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, Fundación Raíces, 2014.

35.3 de la LOEx realizada por el TS en las sentencias citadas². Estos temores y cautelas traen causa del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados (en adelante Protocolo MENA), suscrito el 22 de julio 2014 (BOE el 16 de octubre)³; por tanto, celebrado poco antes de dictarse las referidas Sentencias del TS, aunque publicado con posterioridad. En el Protocolo MENA se prevé, en ciertos casos, tener por «indocumentados» a menores extranjeros no acompañados provistos de pasaporte o documento equivalente de identidad del que resulte su minoría de edad. A la vista del contenido del Protocolo resultaría que su espíritu y finalidad no se vendría a conjugar en toda su extensión con la interpretación que el TS ha realizado del concepto «indocumentado» del art. 35.3 de la LOEx. La condición de inmigrante y las políticas migratorias de nuevo se antepondrían a la condición de menor y las políticas de infancia. Por ello, debe tenerse en cuenta que el propio TS ha recordado que un menor extranjero no acompañado «es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los Estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño» (Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE [2012/2263(INI)]).

La STS de 23 de septiembre 2014 (n.º 453/2014, recurso n.º 1382/2013) vendría a marcar un antes y un después en la determinación de la edad de los MENA «documentados». El fallo de esta sentencia fija en el punto 4 como doctrina jurisprudencial la siguiente: «El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido...». En la propia Sentencia se establece que el pasaporte o documento equivalente de identidad son válidos cuando hayan sido otorgados cumpliendo los requisitos exigidos en el país de origen o procedencia y contengan los datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de su titular (FD primero, punto 1). Un día después, la propia Sala de lo Civil reitera la referida doctrina en la STS de 24 de septiembre de 2014 (452/2014, recurso n.º 280/2013). Con posterioridad, han sido dictadas en el mismo sentido, entre

2. Así ha sucedido en el caso a que se refiere la Sentencia del Juzgado de primera instancia n.º 18 de Barcelona, de 19 de febrero de 2015, en la que, a pesar de hacerse eco de la reciente jurisprudencia del TS (FD quinto), no se ha realizado un juicio de proporcionalidad y ponderado adecuadamente las razones por las que se ha considerado no fiable el pasaporte y certificado de nacimiento aportado por el menor. La propia Sentencia cita la Consulta del Fiscal General del Estado 1/2009, de 10 de noviembre, cuyo contenido debe ser revisado a la luz de la doctrina del TS sobre esta cuestión.
3. El Protocolo MENA ha sido suscrito por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Este instrumento jurídico tiene por objeto la coordinación la intervención de las instituciones y administraciones que actúan en el procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, y se dicta al amparo de lo previsto en el art. 190.2 del REx, aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril.

otras, las SSTS de 16 de enero 2015 (11/2015, recurso 1406/2013, y 13/2015, recurso 241/2014).

En las mencionadas Sentencias, el propio TS ha precisado que para la validez del pasaporte u otro documento de identidad no se requiere –como se venía exigiendo por el Ministerio Fiscal y algunos órganos judiciales– legalización o apostilla, ni la existencia de Tratado o Convenio internacional con el Estado que ha emitido dichos documentos. El TS ha señalado que no podrán realizarse las pruebas de determinación de la edad a los inmigrantes no acompañados de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad resulte la minoría de edad, al no tratarse de menores «indocumentados», en los términos del art. 35.3 de la LOEx. Este precepto dispone que «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»⁴. El referido precepto legal establece con toda claridad que el Ministerio Fiscal solo dispondrá la realización de las pruebas de determinación de la edad cuando se hubiera localizado a un MENA «indocumentado»; requiriendo, además, que la minoría de edad de esa persona no pueda ser establecida con seguridad como consecuencia de su apariencia física⁵. Sin embargo, el Ministerio Fiscal –sin que, de forma general, las Administraciones autonómicas competentes para brindar protección a estos menores lo hayan cuestionado e, incluso, en gran parte de los casos con su complicidad– han venido disponiendo, desde hace años, la realización de pruebas médicas de determinación de la edad a extranjeros no acompañados «documentados», de cuyos pasaportes u otra documentación resultaba la minoría de edad, sin entrar a discutir previamente la validez de los documentos que mostraban.

4. Asimismo, el art. 190 del REx (aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril) establece: «1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o su apariencia física, este será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competente, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esta circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias...».
5. Así, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, en el punto IV sobre «menores extranjeros no acompañados», disponía que cuando el extranjero «indocumentado» resulte claramente menor se pondrá a disposición de la entidad protectora, sin la realización urgente de las pruebas de determinación de la edad.

El Fiscal General del Estado, tal como resulta de la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, interpretó el citado art. 35.3 de la LOEx en el sentido de considerar «indocumentados» no solo a los que carecieran de pasaporte u otro documento identificativo, sino también a los que exhibían «títulos con indicios de falsedad» o, lo que es legalmente cuestionable, cuando los documentos hubieran sido «generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos». A lo largo de estos años, ninguna autoridad ha establecido a qué países hace referencia el Fiscal General del Estado. Lo cierto es que, de forma general, desde hace años, se viene sometiendo a pruebas médicas de determinación de la edad a los MENA con pasaporte u otro documento equivalente de identidad emitidos por las autoridades de los Estados del África subsahariana.

El Fiscal General del Estado, a través de la citada Consulta, venía a resolver las dudas planteadas en las Fiscalías provinciales. En el caso de Barcelona, la Fiscalía provincial (sección de menores), el 11 de junio de 2009, había dictado una Nota de servicio interna: «Nota sobre menores extranjeros que resultan no serlo». El propio título de la Nota lo dice todo y pone de relieve su trasfondo y controvertido contenido. De ella resulta que los pasaportes cuyos datos se cuestionan son los de aquellos menores que proceden del «Golfo de Guinea». Por ello, en la Nota de la Fiscalía se concluye que deberá realizarse la prueba de determinación de la edad a los MENA «documentados» con un pasaporte u otro documento de identidad cuyos datos de nacimiento no parecen adecuarse a la realidad y no existe Tratado o Convenio con el país extranjero que obligue a dar por cierto el documento. En la Nota, de forma sutil, se apunta que la Dirección General de la Infancia y la Adolescencia (DGAIA) de la Administración de la Generalitat debe «comprobar que la persona sea realmente menor» para declarar el desamparo y asumir la tutela, y añade que el expediente de determinación de la edad deberá ser incoado por la Fiscalía «cuando se tenga noticia de que una persona extranjera, manifiestamente mayor de edad, o que pudiera serlo, utiliza un pasaporte (u otro documento de identidad) cuyos datos de nacimiento no parecen adecuarse a la realidad, y no existe un Tratado o Convenio especial con el país extranjero que nos obligue a dar por ciertos los datos que obren en el mentado documento».

Pues bien, en la actualidad resulta contrario a Derecho promover la realización de pruebas de determinación de la edad a MENA de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad resulte la minoría de edad, si previamente no se ha concluido la falsedad o invalidez del documento. El TS ha dejado claro que el pasaporte es un documento con validez internacional, sin que deba requerirse para dar por ciertos los datos que obran en él-en este caso la edad- la existencia de legalización o apostilla ni de Tratado o Convenio con el país extranjero que lo emitió, tal como habían venido exigiendo el Ministerio Fiscal y, siguiendo el camino marcado por este, algunas resoluciones judiciales⁶.

6. Debe tenerse en cuenta que la STS de 23 de septiembre de 2014 se dicta para resolver el recurso de casación interpuesto por infracción del art. 35.3 de la LOEx, que había sido interpretado de

En el mismo caso Bridget, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2013 (n.º 237/2013, sección 18.^a), a pesar de que la menor portaba pasaporte y certificado de nacimiento de los que se desprendería que era menor de 18 años, estableció que «la prueba pericial médica resultaba necesaria para verificar si la demandante era mayor o menor». La Audiencia provincial aducía que, al amparo de los arts. 323 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), los documentos de Bridget no tenían el carácter de públicos, ni validez probatoria, al no tener «legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España»; y añadía que «no existiendo tratado o convenio internacional con la República de Ghana, se requiere para que el documento tenga la consideración de público la correspondiente legalización»⁷.

Sin embargo, la STS de 23 de septiembre de 2014 (n.º 453/2014) estima el recurso formulado por Bridget contra la citada Sentencia de la Audiencia Provincial y, en el FD primero, establece que «el pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. Como tal, vale o no vale, con o sin visados, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la LEC tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de un documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tengan o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular».

forma contradictoria en las audiencias provinciales. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2013 (n.º 237/2013) no reconoce el valor del pasaporte y el certificado de nacimiento de la menor y, por ello, concluye que las pruebas de determinación de la edad y el resultado de estas es conforme a Derecho. En cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 18 de diciembre 2007, en su FD 3, afirma que, en relación a «la legalización o apostilla o demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, no podemos obviar que el documento de referencia es un pasaporte, y que, tal y como hemos señalado anteriormente, su finalidad es facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el suyo propio, es decir, es un documento con una validez internacional, por ello *dicho documento, para que sea válido en España no precisa, en principio, de legalización o apostilla...*».

7. El art. 323 de la LEC establece lo que sigue: «1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley. 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España».

En definitiva, como se ha dicho, tras la doctrina que ha sentado el TS en las Sentencias comentadas, no resultará ajustado a Derecho ni, en concreto, a las previsiones del art. 35.3 LOEx realizar pruebas de determinación de la edad a un extranjero de cuyo pasaporte o documento de identidad equivalente resulte que es menor de edad. En este caso, el menor deberá ser puesto a disposición de los servicios de protección de menores, que procederán a tramitar el procedimiento de desamparo y asumir su tutela⁸. Además, debe tenerse en cuenta que, tal como establece el art. 35.7 de la LOEx, «se considera regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración pública... A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores...»⁹.

Por otra parte, los servicios competentes de protección de menores deberán comunicar, a la mayor brevedad, a la Dirección General de Policía y de la Guardia Civil y a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a través de las Oficinas de Extranjería, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor, conforme a lo dispuesto en el art. 215, 1 y 2, del REX. El citado art. 215.1, al regular los datos que han de constar en el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados, se refiere a los relativos a «los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal»; el apartado e) establece que se inscribirán los «datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto»¹⁰. Pues bien, tras la doctrina del TS en las comentadas Sentencias, de forma general, deberá entenderse «indubitada» la edad del menor que conste en el pasaporte u otro documento de identidad¹¹.

8. Art. 10.3 y 4 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

9. Ver art. 35.7 LOEx en relación con el art. 196 del REX y Protocolo MENA, capítulo V, apartado tercero; aunque del Protocolo no resulta con claridad, el permiso de residencia debe tener efectos retroactivos al momento en que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores, según señala el citado art. 35.7 LOEx.

10. Es más, aunque el art. 215.1.e) del REX no lo prevé expresamente, los datos relativos a la edad del menor que consten en el Registro MENA como consecuencia de un previo decreto del Ministerio Fiscal, también podrían ser modificados cuando una resolución judicial posterior establezca que el pasaporte u otro documento de identidad resultan válidos para determinar la edad del menor y, por ello, considere improcedentes las pruebas de edad realizadas y el consiguiente Decreto de fiscalía que había sido inscrito.

11. La Instrucción del Fiscal General del Estado 1/2012, sobre la coordinación del Registro de menores extranjeros no acompañados, establece que «La fecha de nacimiento será determinada a los efectos registrales por la *documentación genuina en posesión del menor, o por su obtención posterior de las representaciones consulares o diplomáticas correspondientes*, o por cualquier otro medio admitido en Derecho, e incorporada al registro por el Cuerpo Nacional de Policía; por la que fije la Administración del Estado en resolución administrativa dictada al efecto; por la que establezca la Comunidad Autónoma, fuera del ámbito de aplicación del art. 35.3 LOEX, con el consentimiento informado del interesado, cuando precise fijar una edad concreta dentro de la minoría de edad; por resolución judicial dictada en cualquier orden jurisdiccional, en cuyo caso tendrá carácter prioritario».

II. CIRCUNSTANCIAS Y CONDICIONES EN LAS QUE CABRÍA REALIZAR PRUEBAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD A MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS «DOCUMENTADOS»

La STS de 23 de septiembre 2014, como se ha señalado, ha establecido como doctrina que «el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad». Y añade lo que sigue: «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». Y continúa: «En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad».

Del contenido de la referida doctrina del TS resulta que el Ministerio Fiscal, a la luz del art. 35.3 LOEx, podría promover la realización de pruebas de determinación de la edad a los MENA documentados cuando exista «una justificación razonable». Ahora bien, cuando se acuerde someter al menor documentado a pruebas de determinación de la edad «deberá realizarse un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable». Por tanto, es necesario examinar en qué circunstancias el Ministerio Fiscal podría ordenar la práctica de las pruebas de determinación de la edad a los menores de cuya documentación resulte la minoría de edad, lo que nos lleva a examinar el Protocolo MENA¹². Ahora bien, debe advertirse que el Protocolo fue elaborado y suscrito el 22 de julio de 2014; por tanto, con anterioridad a la jurisprudencia del TS sobre el concepto «indocumentado» del art. 35.3 de la LOEx. Por ello, es importante examinar con atención el Protocolo MENA para comprobar si, efectivamente, se ajusta a la jurisprudencia del TS y ver en qué casos prevé que existiría una «justificación razonable» para que el Ministerio Fiscal impulse la realización de pruebas de determinación de la edad a menores que disponen de un pasaporte u otro documento de identidad válido, al amparo del art. 35.3 LOEx.

1. CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL PROTOCOLO MENA CONFORME A LAS CUALES PODRÍA TENERSE POR «INDOCUMENTADO» AL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO CON PASAPORTE U OTRO DOCUMENTO DE IDENTIDAD VÁLIDO

El Capítulo II del Protocolo MENA, titulado «Localización (del menor) y actuaciones subsiguientes», establece en el apartado sexto, referido a la «Docu-

12. Este Protocolo se dicta en cumplimiento de lo establecido en el art. 190.2 del REX con el fin de «coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación».

mentación oficial expedida por el país de origen del menor», los criterios conforme a los cuales no se tendrán por válidos, a efectos de determinar la edad, los documentos del MENA. Tal como señala el punto 3, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado (sexto) «se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado». En primer lugar, debe advertirse que el contenido del referido apartado sexto es confuso y, en algunos puntos, resulta contradictorio. En efecto, se comienza por señalar (punto 1) que los documentos extranjeros que contengan datos identificativos del menor –como la edad– no constituyen prueba plena, salvo que así venga reconocido por Convenio o Tratado internacional, conforme a lo dispuesto en el art. 323 de la LEC¹³. Pues bien, aunque no cabe cuestionar lo que se señala, debe tenerse en cuenta que no es aplicable a los efectos de acordar la realización de pruebas de determinación de la edad a MENAs documentados, al amparo del art. 35.3 LOEX. Tal como ha señalado el TS, el pasaporte u otro documento de identidad es válido al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público. El TS ha indicado expresamente que el referido precepto de la LEC tiene «carácter procesal y sirve para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señala sobre la validez del pasaporte».

Por tanto, no resultaría conforme a Derecho que el Ministerio Fiscal impulsara la realización de pruebas de determinación de la edad de un menor documentado alegando que no existe Convenio o Tratado internacional con el Estado que emitió la documentación, o que es necesaria la legalización o apostilla, como se había venido haciendo. A los efectos del art. 35.3 LOEX, tras la jurisprudencia del TS, el MENA con pasaporte u otro documento de identidad legalmente expedido por las autoridades extranjeras no podrá ser considerado indocumentado alegando la falta de cumplimiento de los requisitos del art. 323 LEC¹⁴. Lo que se acaba de señalar se aclara expresamente en el punto 2 del propio apartado sexto del Protocolo MENA, aunque se ha considerado conveniente explicitarlo para evitar cualquier confusión que pudiera llevar a continuar con la práctica hasta ahora habitual y contraria a Derecho. En efecto, el punto 2 señala lo que sigue: «No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del artículo 25.1¹⁵

13. Precepto transcrito con anterioridad en la nota 7.

14. Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I., «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* n.º 37, 2014, epígrafe V.

15. Este precepto, que el propio TS invoca y transcribe en las Sentencias comentadas, dispone que «el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas...». En cuanto al art. 6 del REx, tal como señala el TS, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de alguno de los documentos que cita, entre ellos «el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen o procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el derecho internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de los titulares» (FD primero, apartado 2, segundo párrafo de la STS de 23/9/2012).

LOEX serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación...». En definitiva, debe concluirse la validez del pasaporte u otro documento de identidad que contengan datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular, emitidos cumpliendo los requisitos exigidos en el país de origen¹⁶.

Por ello, debe cuestionarse el contenido del Protocolo MENA que, en su Capítulo V, apartado sexto –relativo a la finalización del expediente de determinación de la edad incoado por el Ministerio Fiscal–, en el punto 2 A) prevé que el Decreto del Ministerio Fiscal podrá ser revisado «cuando se aporten documentos o certificaciones genuinas expedidas por autoridades del Estado de donde es nacional el interesado que tengan fuerza probatoria según el artículo 323 LEX por haberse así reconocido por Convenio bilateral o Tratado internacional». Conforme a la jurisprudencia del TS, el Decreto por el que se hubiera determinado la mayoría de edad del extranjero no acompañado debería ser revisado cuando aporte documentación válidamente emitida por las autoridades extranjeras de la que resulte su minoría de edad. En la medida que el procedimiento de determinación de la edad es una «diligencia preprocesal», como se dice en el propio Protocolo MENA (Capítulo V, apartado segundo), incluyendo el procedimiento de revisión, no es conforme a Derecho requerir que la documentación que aporte tenga fuerza probatoria por haberse suscrito Convenio o Tratado internacional con el Estado emisor. El propio TS ha señalado que el citado precepto de la LEC tiene carácter procesal y que el pasaporte u otro documento de identidad expedidos por las autoridades del país de origen o procedencia tienen validez conforme a los Convenios internacionales, «al margen de la consideración que puedan tener en España como documento público o no», teniendo en cuenta que el citado artículo de la LEC nada señala sobre la validez del pasaporte o documento equivalente de identidad de los que resulte la minoría de edad del extranjero. En realidad, el Protocolo MENA se viene a contradecir, ya que en el mismo punto 2 letra D) señala que el Decreto podrá revisarse «cuando el interesado aporte documentación genuina expedida por el Estado de que es nacional que, aunque no reúna los requisitos previstos en el precedente apartado A): a) no esté viciada de falta de credibilidad por concurrir cualquiera de las circunstancias reseñadas en el Capítulo II, apartado sexto 2 (que a continuación comentaremos); o b) provengan de cualquier Estado cuyo régimen legal no exija ningún tipo de control oficial sobre los registros públicos, la emisión de documentos y sus correspondientes cotejos». De nuevo en este punto el Protocolo MENA resultaría contrario a la jurisprudencia del TS comentada. En su caso, tal como ha señalado el TS, se debería «impugnar la autenticidad de los documentos que acreditaban esa minoría de edad» (STS de 23 de septiembre de 2014, FD segundo, punto 6).

Ahora bien, no obstante lo anterior, el apartado sexto del Protocolo MENA, punto 2, en relación con el 3, prevé algunas excepciones que permitirían considerar como «indocumentados» y, por tanto, acordar la realización de pruebas de determinación de la edad a extranjeros con documentos válidos de los que

16. Así lo ha señalado la STS de 23 de septiembre de 2014, FD primero, conclusión del apartado 1.

resulta la minoría de edad¹⁷. Por ello, a continuación se procederá a analizar estas excepciones para contrastarlas con la jurisprudencia del TS, en relación a la interpretación del art. 35.3 LOEx, que –como se ha dicho– requiere para ello «una justificación razonable» y proceder a «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». Pues bien, el Protocolo MENA prevé las siguientes circunstancias:

Cuando el pasaporte u otro documento identificativo: A) «*Presenten signos de falsificación, se encuentre en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados*». En este caso estaríamos sin duda ante una «justificación razonable» para acordar la realización de pruebas de determinación de la edad. Ahora bien, debe advertirse que no correspondería al Ministerio Fiscal promover la realización de pruebas de determinación de la edad, al amparo de los arts. 35.3 de la LOEx y 190 del REx. El propio Protocolo MENA, Capítulo V, apartado primero, punto 5, dispone que «en caso de que el extranjero sea portador de un documento falsificado al haber sido manipulado de manera manual o química para alterar los datos del documento original emitido por las autoridades extranjeras, se procederá de la manera prevista en el Capítulo III, apartado tercero, 3 del presente Protocolo, poniéndose al afectado a disposición del Juez de instrucción competente». El referido apartado tercero se refiere al modo de proceder en el caso de «MENA localizados tras la comisión de un hecho delictivo que les fuere imputado a título de autoría o participación», y el punto 3 se dice que «Si el detenido fuera un extranjero cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad será conducido ante el Juzgado de Instrucción competente a los efectos de aplicación del artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Las excepciones B) y C) son muy similares, por lo que conviene examinarlas de forma conjunta. La letra B) prevé documentos que «*Incorporen datos contra-*

17. Algunas de las excepciones previstas en el Protocolo MENA [Capítulo II, apartado sexto, puntos 2 y 3, en relación con el Capítulo V, apartado sexto, punto 2, letras A) y D)], conforme a las cuales podrá considerarse «indocumentado», a los efectos del art. 35.3 de la LOEx, y someter a pruebas médicas de determinación de la edad a un extranjero no acompañado de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad] podrían resultar –en algunos de sus puntos– contrarias a la jurisprudencia del TS. En el Protocolo se habrían acogido varios de los indicios previstos en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 2006, sobre la prevención del fraude documental en materia civil; pasando por alto que esta se refiere a los requisitos que deben cumplirse para la inscripción en el Registro Civil español de hechos que afecten al estado civil de las personas cualquiera que sea su nacionalidad, en aplicación de lo establecido en el Reglamento del Registro Civil. Esta Instrucción incorpora como Anexo la Recomendación (n.º 9) relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y memoria explicativa adoptadas por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo 2005; a tenor del punto 2 de esta Recomendación, los «indicios que pueden revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un documento de registro civil o de un documento presentado» serían, entre otros, los siguientes: la existencia de contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento y los que figuran en otras actas y documentos; cuando los datos que figuran en el documento presentado no parecen corresponder a la persona a la que se refieren o si el acta se elaboró exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere. Como se verá, estos indicios vendrían a coincidir en gran medida con las circunstancias previstas en el Protocolo MENA que permitirían considerar «indocumentado» a un menor con documentación válida con alguno de estos indicios.

dictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente». La letra C) prevé que *«el menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos».* Pues bien, resultaría que la circunstancia prevista en la letra B) se refiere al supuesto en que los datos del extranjero que aparecen en dos o más documentos públicos, de diferente tipo, contienen datos contradictorios. En cambio, la letra C) parece referirse a documentos del mismo tipo con datos distintos. En el primer caso se precisa que se trata de documentos públicos y en el segundo no. En cualquier caso, lo cierto es que resulta complicado establecer las diferencias entre las circunstancias previstas en las letras B) y C). En ambos supuestos podría concluirse que, tal como ha requerido el TS, estamos ante una «justificación razonable» para realizar las pruebas de determinación de la edad a un menor extranjero con pasaporte u otro documento equivalente de identidad válido. Ahora bien, en cualquier caso es fundamental tener en cuenta que deberá hacerse una interpretación restrictiva de las referidas circunstancias, ya que las dudas respecto a la edad de un menor documentado, a efectos de acordar las prácticas de las pruebas de determinación de la edad al amparo del art. 35.3 LOEx, deberán resolverse a favor del menor, tal como exige el principio del interés superior del menor. Según señala el TS «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» (STS de 23 de septiembre de 2014). En consecuencia, tanto en el Decreto inicial mediante el que el Ministerio Fiscal acuerde incoar el expediente de determinación de la edad como en el que ponga fin al expediente deberán quedar debidamente acreditadas las circunstancias que han justificado la realización de las pruebas y los criterios de ponderación que, conforme al principio de proporcionalidad, se han tenido en cuenta.

El Protocolo MENA prevé, como cuarta circunstancia que llevaría a considerar como «indocumentado» al menor con documentación válida, la establecida en la letra D), cuando los documentos *«sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española».* Esta circunstancia resulta complicado conciliarla, al menos en toda su extensión, con la doctrina establecida por el TS al interpretar el art. 35.3 de la LOEx. En primer lugar, se ha de poner de relieve que el TS ha señalado que, a los efectos de entrada y salida de un ciudadano en un Estado, resulta válido el pasaporte expedido por las autoridades del país de origen o procedencia y, como tal, vale conforme a los convenios internacionales. Ahora bien, es cierto que para que los datos del pasaporte u otro documento de identidad tengan valor y eficacia probatoria en el marco de un proceso judicial se requiere que cumplan los requisitos del art. 323 de la LEC; pero debe insistirse, tal como ha puesto de manifiesto el propio TS, el referido precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene carácter procesal. Por otra parte, el propio TS ha señalado, como ya venían haciendo las Defensorías del Pueblo¹⁸, que *«las técnicas actuales (de determinación de la edad)*

18. Informe del Defensor del Pueblo de España *«¿Menores o adultos? Procedimiento para la determinación de la edad».* Resolución del Síndic de Greuges de Cataluña sobre el procedimiento de

no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo»; y añade: «la emigración provocó por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes» (STS de 23 de septiembre de 2012). En lo que se refiere a pasaportes u otros documentos equivalentes que recojan una edad que resulte contradictoria con previas pruebas médicas realizadas a instancia de la autoridad judicial [según prevé la letra D) que comentamos], es cierto que, en el curso de un proceso judicial penal podría acordarse la realización de pruebas de determinación de la edad –así sucedería cuando un menor extranjero indocumentado hubiera cometido presuntamente un delito–. Sin embargo, cuando el extranjero tenga documentación válida de la que resulte su minoría de edad, las pruebas médicas de determinación de la edad no deberían ser, por sí solas, concluyentes para desvirtuar su condición de menor, sino una prueba más a valorar con el conjunto de las practicadas en el marco del proceso judicial.

En el caso de pruebas médicas previamente practicadas a MENAs «documentados», a instancia del Ministerio Fiscal, de forma contraria a la interpretación que, con posterioridad, el TS ha realizado del art. 35.3 de la LOEx, de ningún modo podrán tener la virtualidad de dejar sin efecto los datos que sobre la edad resulten del pasaporte u otro documento de identidad legalmente expedido por una autoridad extranjera. El Decreto de la Fiscalía determinando la mayoría de edad de un menor extranjero, dictado como consecuencia de la práctica de unas pruebas médicas que no se ajustan a las previsiones del art. 35.3 LOEx –tal como ha sido interpretado por el TS– estaría viciado de invalidez. Por otra parte, el Ministerio Fiscal podría acordar, al amparo del art. 35.3 LOEx, la realización de pruebas médicas de determinación de la edad a extranjeros «indocumentados», y resolver que son mayores de edad mediante el correspondiente Decreto. Pues bien, en este caso, si con posterioridad el extranjero aportara documentación válida de la que resulte la minoría de edad, deberá prevalecer la edad que resulte de los documentos. De nuevo debe insistirse en la falta de precisión y cuestionable fiabilidad de las pruebas médicas aportadas. Por ello, tal como ha señalado el TS, cualquier duda sobre la minoría de edad deberá resolverse a favor del menor.

En definitiva, no existiría ningún supuesto en que el Decreto del Ministerio Fiscal, dictado al amparo del art. 35.3 LOEx, tras la simple y única realización de pruebas médicas de determinación de la edad, pudiera tener la virtualidad de hacer prevalecer la edad fijada en dicha resolución sobre la que resulte del documento válido que aporta el extranjero. Tal como se dice en el propio Protocolo MENA, el expediente de determinación de la edad se incoa y tramita como una «diligencia preprocesal», y el Decreto que se dicte por el Ministerio Fiscal tiene «carácter cautelar» y resuelve sobre la edad de manera «provisional» (Capítulo

determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Recomendación General del Ararteko 5/2013, de 17 de junio, garantías en la atención a los menores/jóvenes extranjeros no acompañados.

V, apartado primero, puntos 2 y 3, y apartado segundo). Por todo ello, es cuestionable la adecuación a la legalidad de la previsión del Capítulo II, apartado sexto, letra D), por considerar «indocumentado» al menor extranjero no acompañado con pasaporte u otro documento válido de identidad del que resulte la minoría de edad, cuando de forma previa hubiera sido sometido a pruebas médicas de determinación de la edad a instancia del Ministerio Fiscal al amparo del art. 35.3 LOEx y mediante decreto se hubiera establecido su mayoría de edad. La Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, del Fiscal General del Estado, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, conminaba a los Fiscales a interpretar que, en el ámbito del art. 35.3 de la LOEx, el Decreto por el que se resolvía la mayoría de edad tras la realización de una pruebas médicas podía desvirtuar el contenido de los documentos oficiales. Sin embargo, el TS ha puesto de relieve que ello no es posible, por ser contrario al referido art. 35 LOEx.

Por último, en la letra D) también se vendría a considerar «indocumentados» a los extranjeros que aporten pasaporte u otro documento equivalente válido cuya edad resulte contradictoria con previas pruebas médicas practicadas a instancia de la autoridad administrativa o diplomática española. Pues bien, por lo que se refiere a la práctica de pruebas de determinación de la edad a instancia de una Administración pública, cabe imaginar que la Administración autonómica competente para asumir la tutela del menor y adoptar medidas de protección inste la realización de estas a menores que hubieran sido puestos a su disposición al efecto de conocer el momento en que alcanzan la edad para trabajar o la mayoría de edad; ahora bien, en estos casos, la propia Administración debe tratar de recabar previamente la documentación del menor en el país de origen. Por ello, en el caso de que se hubieran realizado pruebas médicas de determinación de la edad y, con posterioridad, el menor aporte documentos de identidad válidamente emitidos por las autoridades del país de origen, debe estarse a la edad que resulte de la documentación aportada. Por tanto, en este punto la previsión de la letra D) del apartado sexto, Capítulo II, del Protocolo MENA, no resultaría conforme con la jurisprudencia del TS de las Sentencias comentadas, de modo que no podría considerarse a estos menores «indocumentados» a los efectos del art. 35.3 LOEx. El resultado de las pruebas médicas previamente practicadas a instancia de la Administración no puede prevalecer sobre la edad que resulte del pasaporte u otro documento equivalente de identidad válidamente emitido por las autoridades del país de origen o procedencia del menor. Por lo que se refiere a documentos de los que resulte la minoría de edad y que sean contradictorios con previas pruebas médicas realizadas a instancia de una autoridad diplomática cabría decir lo mismo que se ha señalado en el apartado anterior. Además, se ha de poner de relieve que la actual legislación de extranjería no prevé la realización de estas pruebas médicas de determinación de la edad a instancia de una autoridad diplomática española.

La letra E) del apartado sexto también considera «indocumentados», a los efectos del Protocolo MENA y, por tanto, de la aplicación del art. 35.3 LOEx y del art. 190 REx, cuando «sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado». Esta concreta circunstancia parece haber sido

redactada tras conocerse la doctrina del TS que comentamos. En efecto, hasta ahora la práctica ha venido siendo que, en aquellos casos en que se consideraba que había falta de correspondencia entre la edad que resultaba del pasaporte u otro documento de identidad válido aportado por el menor y la apariencia física del mismo, se acordaba la realización de pruebas médicas de determinación de la edad. En cambio, el TS ha declarado expresamente que «cualquier duda basada en la simple apariencia física de la persona debe resolverse a favor del menor» (SSTS de 23 y 24 de septiembre de 2014, FF.DD. Primero y Segundo, punto 4). Por ello, el Protocolo MENA se refiere al supuesto en que no exista duda alguna (lo cual resulta difícil y complicado de precisar) y prevé que «*sea patente, evidente e indubitada*» la falta de correspondencia entre la apariencia física y la edad que resulte de la documentación. De este modo se intenta reconducir el supuesto a la «justificación razonable» que exige la jurisprudencia del TS para realizar las pruebas cuando el menor extranjero no acompañado dispone de documentos válidos. Ahora bien, ¿cuándo se puede considerar que no cabe ninguna duda de que la edad documentada no se corresponde con la apariencia física? ¿El Fiscal o los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado¹⁹ tienen los conocimientos técnicos para determinarlo? ¿Deberían ser los propios servicios sanitarios los que lo determinarían una vez iniciado el expediente por el Fiscal? ¿Qué sucedería si de las pruebas médicas resulta una diferencia de 1, 2 o incluso de 3 años mayor respecto a la edad documentada? ¿sería posible concluir que el Decreto que dicte el Fiscal relativo a la edad debe prevalecer sobre la edad documentada? En nuestra opinión, no. Desde nuestro punto de vista, para que la edad que se establezca en el Decreto pueda prevalecer sobre la edad documentada debería existir una diferencia entre una y otra de, al menos, cinco años. En caso contrario, parece que no hubiera sido posible concluir que, «*sin duda*», existía una falta de correspondencia entre la apariencia física y la edad que resulta del documento de identidad aportado; más si ese juicio previo no ha sido realizado por una persona con los conocimientos técnicos precisos. Por otra parte, también nos hemos de preguntar qué sucede cuando el menor es sometido a pruebas médicas de determinación de la edad por este motivo y luego el resultado pone de relieve que no resultaban procedentes, por no considerarse concluyente para dejar sin efecto la edad que señala la documentación. ¿Qué tipo de responsabilidad podría exigirse a la Fiscalía?

La circunstancia prevista en la letra G), del propio apartado sexto, tiene una gran relación con la anterior: que el pasaporte u otro documento válido de identidad «incorporen datos inverosímiles»²⁰. El concepto jurídico indetermina-

19. El Protocolo MENA en el Capítulo V, apartado tercero, punto 2, prevé que el Ministerio Fiscal iniciará expediente de determinación de la edad cuando «reciba comunicación de alguno de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de haberse localizado a un extranjero indocumentado...» (en el punto 3 se establece lo mismo para cualquier policía autonómica), y en el apartado 4 se precisa que «las peticiones de incoación del expediente deberán ir acompañadas de una exposición razonada en la que se relacionen las circunstancias de la localización del afectado, motivos que hacen dudar sobre su minoría de edad y, en caso de existir documentación genuina del menor expedida por autoridades extranjeras, los concretos indicios de sospecha sobre su fiabilidad y verosimilitud».
20. Esta circunstancia, como otras de las previstas en el apartado sexto del Capítulo II del Protocolo MENA, claramente traería causa de las previsiones de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 2006, sobre la prevención del fraude documental

do, en el contexto que se utiliza, es de tal magnitud que no es posible precisar a qué tipo de datos se puede estar haciendo referencia; más allá de los que ya se contemplan en las otras letras y, en particular, la falta de concordancia entre la apariencia física y la edad (letra E).

En la letra F) se prevé como circunstancia que llevará a considerar como indocumentado al extranjero no acompañado con documentación válida de la que resulte la minoría de edad que se «contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento». Ahora bien, esta circunstancia solo permitiría considerar indocumentado al menor con documentación válida cuando se interprete conforme al interés superior del menor²¹. Esto es, en aquellos casos en que de la documentación resulte la mayoría de edad y, en cambio, el extranjero afirme ser menor²²; de otro modo no puede entenderse cómo una manifestación verbal del extranjero puede prevalecer sobre la edad que resulte de los documentos de identidad del válidamente emitidos por las autoridades extranjeras, cuando ello supone privarle de los derechos que el Ordenamiento le reconoce como menor y, en particular, del derecho a recibir protección pública.

2. CONDICIONES CONFORME A LAS CUALES EL MINISTERIO FISCAL PODRÍA ACORDAR LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD A MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS DOCUMENTADOS

El Tribunal Supremo, en las Sentencias comentadas, ha establecido que no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de pasaporte válido u otro documento equivalente de identidad. Y ha añadido que, por ello, «procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por la que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad». Por último, señala que «ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad». Por tanto, cuando el Ministerio Fiscal promueva realizar pruebas de determinación de la edad a MENAS «documentados» deberá expresar de forma motivada, tanto en el acuerdo

en materia civil, que incorpora como Anexo la Recomendación (n.º 9) relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil. De nuevo se pasa por alto que estos instrumentos jurídicos se refieren a los requisitos que deben cumplir los documentos para que sus datos sean inscritos en el Registro Civil. Ver nota 17.

21. El propio Protocolo MENA, en el Capítulo II, apartado segundo, relativo a la «Reseña» policial, establece en el punto 1.b) que la reseña comprenderá «cuantos datos aporte el propio menor sobre su filiación, edad, nacionalidad y última residencia, así como cuanta documentación de su país de origen o nacional se disponga sobre su identificación». Pues bien, conforme al principio del interés superior del menor no cabría considerar «indocumentado» a los efectos del art. 35.3 LOEX, y someter a pruebas médicas de determinación de la edad, al menor que ante la policía ha aportado verbalmente datos contradictorios con los que resultan de la documentación que aporta emitida por las autoridades extranjeras.
22. Así, en el supuesto a que se refiere el AAP de Guipúzcoa n.º 339/2008, de 24 de julio, dictado en la esfera penal; del pasaporte resultaba que el extranjero tenía 20 años y las pruebas médicas determinaron la edad de 14, por lo que se dio prioridad al resultado de las pruebas sobre el pasaporte.

inicial como en el decreto con el que se pone fin al procedimiento o expediente, la concreta «justificación razonable» que ha llevado a acordar la realización de las pruebas en el caso concreto y, asimismo, ponderar adecuadamente las razones por las que se ha considerado que el documento que aportaba el menor no se consideró fiable. En definitiva, el Decreto del Ministerio Fiscal deberá estar debidamente motivado, de forma que el interesado pueda conocer el «juicio de proporcionalidad» realizado y las concretas razones que han sido ponderadas para someter a un menor documentado a las tradicionales pruebas médicas de determinación de la edad, al amparo del art. 35.3 LOEx. En caso de falta de motivación del Decreto de la Fiscalía estaríamos ante una decisión arbitraria, lo que resulta contrario al art. 9.3 de la Constitución (CE).

El Protocolo MENA, Capítulo V, apartado sexto, punto 1, relativo al contenido del Decreto del Ministerio Fiscal, establece que contendrá fundamentos de hecho y de Derecho. En los fundamentos de hecho deberá hacerse constar «la relación de indicios o circunstancias que han determinado la necesidad de la práctica de las pruebas médicas», se refería a los menores documentados. En lo referido a los fundamentos jurídicos solo dice que deberá motivarse «por qué no se aceptan los indicios de duda planteados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la policía autonómica o autoridad, institución o entidad, local o autonómica, y no se ha acordado la práctica de las diligencias de comprobación». Sin embargo, el Ministerio Fiscal no solo debería explicitar y razonar, en los fundamentos jurídicos del Decreto, los motivos por los que no se aceptan los indicios de duda planteados por la policía; a tenor de la doctrina del TS, es fundamental que se explicite, más allá de los meros hechos, el juicio de proporcionalidad y la ponderación de las razones por las que se consideró que la documentación aportada no era fiable. Por tanto, no resultaría suficiente que el Ministerio Fiscal se limitara a invocar en el Decreto alguna de las circunstancias previstas en el apartado sexto, punto 2, del Capítulo II del Protocolo MENA, que han quedado examinadas. Es necesario que, en el supuesto de aplicarse alguna de las referidas salvedades, el Fiscal realice en el curso del procedimiento las actuaciones necesarias para recabar pruebas (documentales, estudio psicológico para valorar la madurez, examen médico no radiológico; todo ello teniendo en cuenta el sexo y el origen étnico, las enfermedades previas, el entorno socio-cultural y educación del menor, lo que requiere una entrevista por profesionales que recabarían los datos relevantes) que permitan confirmar o desmentir la edad que resulta de la documentación del menor, más allá de la mera prueba médica. La determinación de la edad de un menor extranjero requiere un enfoque multidisciplinar que combine criterios médicos y no médicos; así debería ser en todos los casos pero, en especial, cuando estamos ante un menor con pasaporte u otro documento equivalente.

El principio de proporcional, que la doctrina del TS obliga a aplicar en el procedimiento de determinación de la edad que tramita el Ministerio Fiscal, requiere que los medios utilizados para desvirtuar la minoría de edad que resulta del pasaporte u otro documento equivalente de identidad sean proporcionados con el fin perseguido. En el caso de menores con documentación válida, teniendo en cuenta que, de forma general, no pueden ser considerados «indocumentados», a los efectos del art. 35.3 LOEx, no podrían ser sometidos a las tradicionales

pruebas radiológicas sin antes recurrir a otros medios menos gravosos para verificar o desmentir la edad que resulta de los documentos aportados. Las técnicas médicas que se vienen utilizando han sido cuestionadas por el propio Tribunal Supremo en las sentencias de 23 y 24 de septiembre de 2014 y de 16 de enero 2015, al señalar que «en cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad»²³. La Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE [2012/2263(INI)], en el punto 15 «deplora el carácter inadecuado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, y la naturaleza controvertida y los grandes márgenes de error de algunos de esos métodos basados en la madurez de los huesos o la mineralización dental». Por ello, «pide a la Comisión que incluya en las líneas estratégicas normas comunes basadas en las mejores prácticas sobre los métodos de determinación de la edad, que deberían basarse en una evaluación multidimensional y multidisciplinar llevada a cabo de manera científica, segura, adaptada al niño, al género y justa, prestándose particular atención a la niñas, por expertos y profesionales independientes y cualificados». Además, recuerda que «la determinación de la edad debe llevarse a cabo respetando adecuadamente los derechos y la integridad física del niño y la dignidad humana y que los menores siempre deben disfrutar del beneficio de la duda». Por último, señala que «solo conviene realizar exámenes después de agotados los otros métodos de determinación de la edad».

El propio Fiscal General del Estado, en la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, se refiere expresamente al «principio de proporcionalidad en el juicio de ponderación²⁴» (apartado IV) y señala que «la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a una valoración negativa desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de

-
23. Así, según pone de relieve FÁBREGA RUIZ, «la Comisión Suiza de Recurso en materia de Asilo en su decisión de 12 de septiembre de 2000 ha llegado a la conclusión de que los resultados de un examen radiográfico de la mano no pueden aportar una prueba fiable de la edad del interesado, basándose fundamentalmente en que la edad de los huesos puede tener variaciones en función de la raza y el sexo del individuo». Cfr. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001, p. 121, nota 179. En Cataluña, el porcentaje de acierto del diagnóstico de edad a partir de la radiografía de muñeca contrastada con la edad real de los menores extranjeros no acompañados acreditada documentalmente es de un 34% de acierto frente a un 66% de desacierto, tal como resulta del estudio de CAPDEVILA, M. y FERRER, M., «Els menor estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA) (1998-2002)», cuyos resultados aparecen publicados en el *Boletín Justidata* n.º 35, abril de 2003, editado por el CEJFE de la Generalitat de Cataluña. De forma reciente, la escasa fiabilidad de las pruebas médicas que se vienen realizando se pone de relieve en el Informe del Defensor del Pueblo de España *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*.
24. El propio Ministerio Fiscal señala que el principio de proporcionalidad «se consagra como un principio general que puede inferirse de diversos preceptos constitucionales, en especial, de la proclamación del Estado de Derecho en el art. 1.1 CE y de la remisión por parte del art. 10.2 CE a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de modo que el citado principio se configura como una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite ante cualquier injerencia estatal. Su ámbito de aplicación por excelencia es el de los derechos fundamentales...».

proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la CE garantiza (STC 49/1999, de 5 de abril)». La referida Consulta señala que la jurisprudencia constitucional ha destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple determinados requisitos o condiciones; concretamente debe valorarse si la medida en cuestión es adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, resulta necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; es decir, el carácter imprescindible de esta, por no disponerse de otras menos lesivas y con igual aptitud para lograr el fin propuesto (juicio de necesidad); y, finalmente, ha de analizarse si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), o dicho de otro modo, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar.

Pues bien, de forma general, no superaría el juicio de proporcionalidad la simple realización de las tradicionales pruebas médicas²⁵ para determinar la edad de un menor extranjero no acompañado provisto de pasaporte u otro documento equivalente de identidad válidamente emitido por las autoridades extranjeras, a la vista de algunas de las circunstancias previstas en el Capítulo II, apartado sexto.2, del Protocolo MENA y examinadas con anterioridad. En efecto, por un lado, la referida medida no resultaría adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), dada la escasa fiabilidad de las referidas pruebas (la propia comunidad científica reconoce que los márgenes de error son significativos)²⁶. Por otro lado, las tradicionales pruebas médicas no resultan necesarias (juicio de necesidad), en el sentido de que existen otras medidas más moderadas para conseguir conocer si la edad que resulta de los documentos del menor es la correcta (a través de pruebas documentales requeridas al país emisor y, en su caso, una evaluación multidimensional y multidisciplinar llevada a cabo por expertos y profesionales cualificados e independientes). Por último, en general, la medida no resultará equilibrada, pues de ella no derivan más beneficios para el interés general que perjuicios para el interés superior del menor que los poderes públicos deben preservar y garantizar. Por todo lo anterior, solo de forma excepcional el Ministerio Fiscal podría acordar la realización de pruebas médicas para determinar la edad de un menor extranjero no acompañado provisto de pasaporte u otro documento equivalente del que resulte la minoría de edad y que hubiera sido válidamente emitido por las autoridades extranjeras del país de origen o procedencia.

25. La radiografía de muñeca (método Greulich y Pule Atlas 1930), ortopantomografía dental para determinar la maduración de los terceros molares (método Dermijian) y tomografía computarizada del extremo medial de la epífisis clavicular.

26. Así resulta de las conclusiones formuladas por el Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados (2011), ratificadas por los directores de los institutos de medicina legal españoles.

En definitiva, en el curso del procedimiento de determinación de la edad de un MENA, en especial cuando tiene documentos de los que se desprende su minoría de edad, el Ministerio Fiscal deberá ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y la oportunidad de promover la realización de las tradicionales pruebas médicas de determinación de la edad y, en su caso, promover otros medios menos gravosos para verificar la edad cuestionada; tal como resulta de las Sentencias del TS comentadas.

Por otra parte, el Protocolo MENA no contempla que, a lo largo del procedimiento de determinación de la edad, el MENA pueda actuar asistido por un abogado u otra persona que le represente, al efecto de garantizar sus derechos. Sin embargo, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE [2012/2263/(INI)], «exige a los Estados miembros que, tan pronto como llegue un menor no acompañados a su territorio y hasta que se encuentre una solución duradera, velen por la designación de un guardián o una persona responsable de acompañar, asistir y representar al menor en todos los procedimientos para que el menor pueda beneficiarse de todos sus derechos en todos los procedimientos, y pide que se informe sin demora a los menores del nombramiento de la persona responsable de ellos». Asimismo, reclama que esta persona tenga formación específica en los retos que afrontan los menores, la protección del niño y sus derechos y la ley de asilo y migración y que actúe con total independencia». En definitiva, todo ello supone la necesidad de que en el curso del procedimiento de determinación de la edad el MENA esté asistido de un abogado con formación en la materia. La Administración autonómica competente para asumir su tutela no podría actuar con la «independencia» requerida, como del propio contenido del Protocolo MENA y la práctica resulta.

III. LA EJECUCIÓN DE LA STS DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2014 (CASO BRIDGET) Y OTRAS POSTERIORES EN EL MISMO SENTIDO

1. INTRODUCCIÓN

En este apartado se valorarán los diferentes problemas de ejecución que plantean las Sentencias del Tribunal Supremo comentadas, por las que se estima que en el momento de dictarse la resolución administrativa impugnada, que dejaba sin efecto la tutela administrativa, el demandante era menor de edad y, por tanto, con derecho a recibir protección de la administración pública (protección pública no solo en su sentido estricto, sino toda la efectividad que ese derecho implica –derecho a la educación, obtención de permiso de residencia y, en su caso, permiso de trabajo, entre otros–).

Por tanto, se expondrán los problemas que plantea la ejecución de las referidas Sentencias y otras que se dicten en la misma situación; esto es, los demandantes eran menores de edad en el momento de la impugnación inicial, pero al finalizar el proceso judicial habían llegado a la mayoría de edad. Es más, al ser declarados inicialmente mayores de edad como consecuencia de la realización

de las pruebas, pese a disponer de documentación válida de la que resultaba su minoría de edad, incluso es posible que algunos de estos recurrentes hayan sido expulsados del territorio nacional mientras se tramitaba el proceso judicial, al no adoptarse las oportunas medidas cautelares de suspensión de la resolución administrativa impugnada. Por ello, se plantea la cuestión de cómo es posible ejecutar el fallo de una sentencia que estima sus pretensiones si, en el momento de dictarse, han alcanzado la mayoría de edad e, incluso, podrían estar fuera del territorio nacional.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La STS de 23 de septiembre de 2014 y las posteriores dictadas en el mismo sentido ofrecen una buena ocasión para reflexionar sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, el papel que juegan en su efectividad la tutela judicial ejecutiva y cautelar, teniendo en cuenta además, la relevancia en esta materia del principio del interés superior del menor.

El artículo 24 de la CE regula el derecho a la tutela judicial efectiva. Es el derecho de toda persona a recurrir a un juez para que, mediante un juicio en el que se respeten todas las garantías procesales, se obtenga una resolución del caso concreto, motivada y conforme a derecho. Su contenido abarca todos los órdenes jurisdiccionales y todos los procedimientos, quedando integrado en él, entre otros, el derecho a la ejecución de la sentencia²⁷. Por tanto, no hay duda de que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comporta, asimismo, el derecho a la ejecución de la sentencia, siendo los propios jueces y tribunales los que deben adoptar las medidas oportunas para ello, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones; así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (TC) –por todas, Sentencia n.º 285/2006, de 9 de octubre, Fundamento de Derecho Sexto–. Cabe remarcar, no obstante, que estamos ante un derecho esencialmente instrumental, el sentido del cual es esencialmente la satisfacción de los intereses del litigante.

El derecho a la ejecución de las sentencias constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico para la efectividad del Estado Social y Democrático de Derecho (entre otras, STC n.º 67/1984). El derecho a la tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales se cumplan y ejecuten en sus propios términos (STC n.º 53/2000), garantizando con ello que quien ha visto reconocida su pretensión por el órgano judicial vea satisfecho su derecho.

Llegados a este punto, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿qué es lo que se debe de ejecutar en las sentencias objeto de estudio en el presente artículo? La parte dispositiva de las sentencias objeto de examen recoge expresamente que:

27. Además, del derecho de acceso a los tribunales; la eficacia de los actos de comunicación a los interesados; el principio de igualdad de las partes; la motivación de las sentencias; el principio de congruencia; la prohibición de la *reformatio in peius*; el derecho a los recursos, y la aplicación adecuada de las fuentes del derecho.

- a) Se estiman los recursos formulados por los recurrentes (entonces, en el momento de interposición menores de edad, y en el momento del dictado de las respectivas sentencias ya mayores).
- b) Se confirman los pronunciamientos de las Sentencias de Instancia estimatorias de la oposición ejercitada por los recurrentes contra las resoluciones de la DGAIA, por las que se acuerda el cierre y archivo del expediente de protección.
- c) Y, asimismo, se acoge la nueva doctrina a aplicar a supuestos análogos, a partir de la STS de 23 de septiembre.

Pues bien, las recientes sentencias del TS, con ser novedosas y de relevancia, son de difícil ejecución para los intereses subjetivos del litigante. Son sentencias cuyos fallos han sido dictados cuando los recurrentes han alcanzado la mayoría de edad. Pero es que además, y dada la naturaleza propia de la jurisdicción civil, declarativa y no revisora de la actuación de la Administración (característica intrínseca de la naturaleza de la jurisdicción contenciosa-administrativa), en sus fallos tampoco se han recogido expresamente los siguientes aspectos:

- a) ¿Quién debe ejecutarlas para el caso individualizado? ¿Debemos entender que debe ejecutar la Administración demandada –la Administración de la Generalitat–?
- b) ¿Qué es lo que debe realizar el obligado a ejecutarlas para restablecer la situación jurídica individualizada del litigante, por cuanto en el momento de dictar la resolución administrativa impugnada acordando el cierre y archivo del expediente de protección era menor de edad, y una vez dictada la sentencia es mayor?
- c) ¿Son viables, o no, sus ejecuciones, o, por el contrario, se puede considerar que al alcanzar los recurrentes la mayoría de edad en el momento en que se han dictado las sentencias los fallos de estas son inejecutables por imposibilidad o por pérdida sobrevenida del objeto del proceso?
- d) Y, para el caso en que se estime que son inejecutables:
 - ¿Cuáles han de ser las consecuencias jurídicas concretas para garantizar los derechos del litigante?
 - ¿El recurrente tiene derecho a solicitar, ante el mismo juez que dictó la sentencia, la sustitución de la ejecución material del fallo (dada su imposibilidad) por una compensación o indemnización económica, en virtud de lo establecido en el artículo 18.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial?
 - ¿Los menores que, teniendo derecho a ser amparados por la protección de la Administración, no lo estuvieron, tienen derecho a reclamar ante la Administración que dictó el acto, en virtud de una responsabilidad patrimonial subsidiaria, por los daños sufridos, dada la posibilidad de inejecución sentencia? ¿Qué sujeto debe hacer frente a ella?: ¿la Administración de la Generalitat, al ser la que adopta la resolución administrativa final e inmediatamente ejecutable?; ¿la Fiscalía, por

ser quien adopta el decreto provisional de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, en base al cual adopta la Administración de la Generalitat adopta su resolución administrativa?; ¿ambas, de forma concurrente –Fiscalía y Administración de la Generalitat–? ¿Qué daños van ser objeto de la indemnización, con la finalidad de cuantificarla? ¿Los daños patrimoniales o materiales y los morales?

- ¿El recurrente puede solicitar el permiso de residencia con carácter retroactivo, con la fecha en que fue puesto a disposición de la Administración? Y, en su caso, ¿cuáles son las consecuencias que la residencia durante ese tiempo tiene en relación al permiso de trabajo? En este sentido, cabe destacar que a aquellos menores que quedan bajo la protección de la Administración se les proporciona una autorización de residencia, permiso del cual no pueden beneficiarse aquellos menores a quienes, pese a que tenían derecho a dicha protección, no se les brindó. Por tanto, ¿qué vía se debería utilizar a los efectos de reclamar la autorización de residencia que por derecho hubieran debido tener? ¿Dicha vía podría consistir en dirigir un escrito a la Subdelegación del Gobierno, solicitándolo?

De la lectura de las sentencias del TS objeto de análisis se desprende la pluralidad de interrogantes expuestos en cuanto a su ejecución. En consecuencia, queda patente que un fallo estimatorio de las pretensiones del recurrente en el objeto del litigio no es suficiente para garantizar plenamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que, además, es necesario que los juzgados y Tribunales dejen bien cerrados todos los aspectos relativos a su ejecución.

Una forma de conseguirlo podría ser incluir, expresamente, la totalidad de estos interrogantes y pretensiones (determinación del sujeto obligado a la ejecución de la sentencia; concreto objeto de ejecución; consecuencias jurídicas concretas para los supuestos de inejecución –sustitución de la ejecución material del fallo, responsabilidad patrimonial, solicitud del permiso de residencia con carácter retroactivo y consecuencias que la residencia durante este tiempo tuviera en relación al permiso de trabajo o incluso para la nacionalidad–) en los solícitos de las futuras demandas presentadas por los recurrentes, con la finalidad de que el juez, al dictar la sentencia, y cumpliendo el principio de congruencia entre lo solicitado por el recurrente y lo que debe disponer, ya pueda fijar en su fallo la totalidad de los elementos para ejecutarlo. Otra opción si no, especialmente dirigida a aquellos procesos judiciales en los que ya se ha dictado sentencia, es que en base a ellas, siempre y cuando sean estimatorias, se inicien los correspondientes procedimientos ante la Administración, haciendo valer los efectos de las citadas sentencias para reclamar responsabilidades patrimoniales y los efectos retroactivos del permiso de residencia y las consecuencias que de ello pudieran derivarse. Posibilidad más compleja, que implica la tramitación de nuevos procedimientos, que se dilatan en el tiempo y la inversión de nuevos recursos económicos.

IV. POSIBILIDAD DE EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS A OTROS PROCESOS JUDICIALES ABIERTOS Y PENDIENTES DE RESOLUCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En los procedimientos judiciales en curso, y con la finalidad de evitar que se reproduzcan sucesivamente en nuevos supuestos de hecho los mismos problemas de ejecución que plantean la STS de 23 de septiembre de 2014 y las posteriores dictadas en el mismo sentido, sería conveniente solicitar la tutela cautelar, con la intención de garantizar el fallo que se dicte, y así evitar el menoscabo de la tutela judicial efectiva.

El objeto que se persigue solicitando la tutela cautelar en los procedimientos judiciales es la suspensión cautelar de la resolución administrativa (que, como tal, es inmediatamente ejecutiva²⁸), por la que se deja sin efecto la tutela administrativa y las consiguiente medidas de protección del menor, mientras dura el proceso judicial, invocando para ello, además, la doctrina del TS sobre la materia.

2. LA TUTELA CAUTELAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Por ello, el peligro por la demora procesal forma parte de la esencia de la medida cautelar, como uno de los supuestos en que procede la adopción de esta aquél en que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». Como señala la STC n.º 218/1994, se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia; es decir, que esta pueda llevarse a la práctica de modo útil y no desprovisto de eficacia.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el efecto de las medidas cautelares se produce cuando todavía el derecho es incierto o no reconocido por una decisión judicial. Por este motivo, las medidas cautelares se sujetan a unos requisitos para su otorgamiento. Además, se les asigna carácter de provisionalidad y para su concesión suelen exigirse cauciones o contracautelas, con la finalidad de que se soliciten únicamente cuando se tenga una convicción firme sobre su procedencia. Como se ha avanzado, la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que según nuestra jurisprudencia puede resumirse en los siguientes términos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración

28. Arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: «la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación». El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

b) **Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto.** Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC n.º 148/1993, «el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal».

c) **El peligro por la demora procesal.** El art. 728.1 LEC establece que la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Si bien ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Por tanto, se ha de tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

En los supuestos análogos a los de las recientes STS es al recurrente (MENA) a quien corresponde, por ser él quien pide la tutela cautelar, la prueba de peligro a que da lugar la pendencia del litigio, peligro en la demora que encuentra su fundamento en la necesaria respuesta inmediata que deben otorgar los órganos jurisdiccionales. En el caso concreto se trataría de acreditar el tipo de riesgo en la demora que afecta la inefectividad de la ejecución, en cuanto que, de no adoptarse las medidas cautelares solicitadas, transcurriría el tiempo y, llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del menor, la efectividad de los derechos de este podrían encontrarse en una situación irreversible. Una manera de hacerlo sería alegando y acreditando (en caso de que se hubiera notificado la resolución administrativa de expulsión) que se trata de una medida desproporcionada, y que en el caso de que se ejecute inmediatamente supondría una pérdida de oportunidades o garantías para la defensa del menor, ya que estando fuera del territorio nacional es más que seguro que ni se le pueda localizar para notificarle el contenido de la sentencia ni se puede ejecutar esta, perdiendo el proceso judicial todo su objeto.

d) **La ponderación de intereses.** La medida cautelar puede denegarse cuando de esta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. En el caso concreto resulta posible alegar que la adopción de la medida cautelar solicitada por el

menor extranjero no acompañado no genera daño material que deba soportar la Administración de la Generalitat demandada. Por el contrario su no adopción generaría un daño irreversible, ya que existe una amenaza, más que probable, de ineffectividad de la ejecución.

e) **La apariencia de buen derecho.** Permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La apariencia de buen derecho implica que la existencia del derecho afirmado ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar. Para supuestos análogos a los de las sentencias que comentamos resulta fácil alegar y acreditar el citado requisito por cuanto ya existen no solo uno sino diversos fallos favorables al respecto, y no de un órgano judicial de instancia, sino del Tribunal Supremo. Por tanto, el menor no acompañado debería, tan solo, acreditar que se encuentra en una situación jurídica idéntica a los favorecidos por esas sentencias (identidad de objeto de proceso).

Por todo ello, se concluye que siempre y cuando se trate de procesos abiertos y pendientes de resolución parece viable la solicitud y adopción de las medidas cautelares de suspensión de la resolución administrativa, inmediatamente ejecutiva, de cierre y archivo del expediente de protección del menor. Y ello porque inicialmente reunirían los requisitos de apariencia de buen derecho (existir diversas sentencias estimatorias del Tribunal Supremo en este sentido); de peligro en la demora procesal (es decir, existe riesgo, fundamentado en la inejecución de los fallos estimatorios de otras sentencias, de que si no se adopta dicha medida cautelar ni un fallo estimatorio podría garantizar la satisfacción de los derechos subjetivos del recurrente), y que es posible acreditar los posibles daños derivados de su no suspensión.

No obstante, cabe advertir que la adopción de las medidas cautelares lleva aparejada, con carácter general (se exige siempre, salvo que se disponga otra cosa) la necesidad de presentar una garantía económica, mientras dure el proceso (arts. 728.3, 732 y 737 LEC). Pero, dadas las concretas características, podría cuestionarse la aplicabilidad de este requisito, y son además muchas otras las dudas que se plantean: ¿Cuál debe de ser la cuantía de esta, para considerarse suficiente y en forma, teniendo en cuenta que estamos en una materia especialmente sensible, como son los menores? ¿Debe de ser simbólica? ¿Qué elementos deben tenerse en cuenta para cuantificarla? ¿Es preciso interpretar la disposición legal que impone esta exigencia y determinar las consecuencias de su omisión, en razón a su incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva?

A lo anteriormente expuesto debe unirse que los recurrentes son menores de edad, motivo por el cual el juez, a la hora ponderar de forma conjunta la totalidad de los requisitos generales expuestos (necesidad de justificación o prueba; imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto; peligro por demora; ponderación de los intereses generales y de tercero, y apariencia de buen derecho) para decidir si procede, o no, la adopción de la medida cautelar de sus-

pensión de la resolución administrativa, deberá añadir, como especialidad, un requisito más (un plus que no se da en los casos en los que los recurrentes son mayores de edad) y es el de actuar siempre buscando la protección del interés superior del menor.

Por tanto, la autoridad judicial, cuando los recurrentes son MENAs, debe tener en cuenta, además, y a los efectos de valorar la procedencia o no de adopción de las medidas cautelares de suspensión de la resolución administrativa impugnada, que su decisión debe ser conforme al interés superior de dicho menor. Aún más, si cabe, teniendo en cuenta que la resolución administrativa impugnada por estos menores acuerda el cierre el archivo de su expediente de protección, es decir, que se quedarán sin la protección de la Administración, a la cual, con posterioridad, y a la vista de los citados pronunciamientos del Tribunal Supremo, tenían derecho. Derecho a una protección pública en un sentido amplio, entendido no tan solo como el derecho a ella en sentido estricto, sino todo lo que la efectividad de ese derecho implica (por ejemplo, en la medida que el menor hubiera estado tutelado por la Administración podría haber obtenido el permiso de residencia y el de trabajo en otras condiciones, y, por supuesto, su derecho a la educación).