



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tfn: 913882770 Fax: 9138882145

**APORTACIONES DE FUNDACIÓN RAÍCES A LA CONSULTA PÚBLICA ACERCA DEL  
ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE  
EVALUACIÓN DE EDAD**

24 de marzo de 2022

**Fundación Raíces** es una organización sin ánimo de lucro creada en 1996 con el propósito de atender a niños, niñas, jóvenes y sus familias, españoles y extranjeros, que se encuentran en situación de exclusión social en España. A través del Programa de Asistencia Jurídica especializada en Menores y Jóvenes, esta misión se concreta en la defensa y protección de los derechos de la infancia cuando éstos son vulnerados por las Administraciones públicas, y de forma especial, en la defensa de los derechos de los niños y niñas que llegan solos y solas a España. Nuestro objetivo último es evitar su desamparo y que terminen convirtiéndose en víctimas de explotación, trata o tráfico de personas, y desapareciendo en las calles de nuestras ciudades.

Como entidad que desde hace más de 20 años defiende los derechos de la infancia y la adolescencia en situación de especial vulnerabilidad, gran parte de nuestra actividad en los últimos 15 años ha venido dedicada a proporcionar acompañamiento, asistencia jurídica y defensa letrada a niños y niñas que no eran reconocidos ni protegidos como tales por haber sido determinados como mayores de edad por el Ministerio Fiscal.

En el desarrollo del trabajo de esta entidad, se han obtenido, entre otras, **más de 15 sentencias del Tribunal Supremo y 9 dictámenes del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas**, favorables a los intereses de los niños y niñas y que constataron vulneración de sus derechos por parte del Ministerio Fiscal y las Administraciones Públicas al haberles negado injustificadamente su condición de infancia. Estas resoluciones y dictámenes establecen una serie de garantías y derechos que deben constituir la base del nuevo procedimiento de evaluación de edad que se regule.

Fundación Raíces ha venido haciendo seguimiento de los trabajos previos a la reforma legislativa que se inicia, siendo conocedora de los acuerdos alcanzados en el Grupo de Trabajo constituido a tal efecto (cuyas conclusiones se recogen en el *Informe del Grupo de Trabajo para la regulación del procedimiento de determinación de edad* hecho en Madrid, el 18 de enero de 2021) y del que, se entiende, parte el Ministerio de Justicia en la elaboración del Anteproyecto que se somete a Consulta Pública.

De este Grupo de Trabajo surgieron algunos acuerdos y previsiones de mínimos que ciertamente podrían constituir un avance significativo en el respeto a los derechos y garantías de los sometidos a este procedimiento, si bien existen algunas previsiones en este Informe que al ponerse en práctica podrían generar, aún involuntariamente, un retroceso en la protección de los derechos de los niños y niñas sometidas a la evaluación de la edad. También existen cuestiones que quedaron fuera de estos acuerdos y que son sin embargo fundamentales para lograr alcanzar una regulación que proteja verdaderamente los derechos de los niños y niñas, tanto en su plasmación teórica como en su aplicación práctica por parte de los Juzgados y Tribunales.



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tlfn: 913882770 Fax: 9138882145

En este sentido, Fundación Raíces se congratula y felicita al Ministerio de Justicia al comprobar en el texto de la Consulta Pública que lo que se pretende regular es un “**nuevo procedimiento judicial de evaluación de la edad de una persona que alega su minoría de edad**”, que “**se regirá por el principio del superior interés del menor, la presunción de minoría de edad durante todo el procedimiento, el derecho a ser oído y tomar parte en el procedimiento, tendrá un enfoque holístico en las pruebas a realizar previo consentimiento de la persona sobre la que se efectúa la evaluación, la prohibición de pruebas médicas especialmente invasivas y de desnudos integrales, y la especialización de los profesionales intervinientes. Se garantizará la asistencia jurídica gratuita desde el inicio del procedimiento, la asistencia de intérprete, la representación legal del menor, y el nombramiento de defensor judicial en caso de conflicto con aquel. El procedimiento concluirá mediante resolución motivada susceptible de recurso de apelación, y en el caso que se determine la minoría de edad, se fijará la fecha en la que la persona cumple la mayoría de edad, remitiendo testimonio de la resolución firme al Registro Civil para su inscripción**”.

Partiendo por tanto de esas mínimas garantías que ya contempla el Ministerio, a continuación se realizan una serie de propuestas sobre aspectos concretos del procedimiento, que se consideran también mínimos necesarios para alcanzar una regulación que sea verdaderamente respetuosa y no genere disfunciones en su aplicación práctica. Si bien, con carácter previo, se debe señalar que la ausencia de regulación de la fase previa a la puesta a disposición judicial del asunto puede resultar problemática y que, por tanto, sería conveniente abordar, más allá de esta reforma procesal, y en el momento en que resulte oportuno, la regulación de los itinerarios y actuaciones previas a la judicialización así como otras cuestiones relacionadas con el modelo de atención de estos niños y niñas.

## **1) LA PREVALENCIA, MATERIAL Y FORMAL, DE LA PRUEBA DOCUMENTAL**

La naturaleza de la evaluación de edad y la trascendencia de las consecuencias jurídicas y no jurídicas que se derivan de la misma para el evaluado y para el tráfico jurídico - y en general para la sociedad- hacen de fundamental importancia que se regule un procedimiento que sirva a los fines de alcanzar una convicción lo más exacta y certera posible en cuanto a la verdadera edad del evaluado, que garantice, en primer término, el respeto a los derechos del evaluado y la efectiva protección de los menores de edad sometidos al procedimiento y, en segundo término, la seguridad jurídica.

En cuanto a ésta última, se debe tener siempre presente que cualquier edad determinada conforme a pruebas distintas de la propia alegación del evaluado y la documentación que al respecto expidan las autoridades del país de origen, necesariamente será una edad aproximada (con mayor o menor margen de error atendiendo a las pruebas conforme a las cuales se evalúe), pero nunca coincidirá exactamente. Por ello, las evaluaciones de edad basadas en pruebas distintas de la documentación del país de origen que dé razón de la fecha de nacimiento (i.e. certificados de nacimiento, pasaportes o documentos de identidad) son poco deseables y deben tratar de reducirse al mínimo número de casos.

El procedimiento que se regule debe prever una auténtica prevalencia de la prueba documental sobre cualquier otra. Prevalencia que se debe traducir no solo en la inadmisión de cualquier solicitud de



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tfn: 913882770 Fax: 9138882145

determinación de la edad de una persona que esté documentada (siguiendo así la doctrina establecida por el Comité de Derechos del Niño -por todos, Dictamen de 20 de octubre de 2020, relativo a la comunicación 28/2017- y del Tribunal Supremo -por todas, sentencias núm. 307/2020, de 16 de junio y núm. 610/2021, de 21 de junio-), sino también en la regulación de un procedimiento que permita e incluso favorezca que la persona evaluada agote las posibilidades de obtener su documentación identificativa antes de someterla a otro tipo de pruebas y que permita que si, tras realizarse dichas pruebas e incluso si tras finalizar el procedimiento, aparecieran pruebas documentales relativas a la edad del evaluado que contradigan la conclusión alcanzada, pueda revisarse de forma ágil la resolución adoptada (revisión que, como se verá en apartados posteriores, no puede realizarse a través del recurso extraordinario de revisión de sentencias firmes previsto actualmente en la normativa procesal civil).

2) **NECESARIA PREVISIÓN DE UNA TRAMITACIÓN PREFERENTE, PERO NO URGENTE NI SUMARIA, CON TRÁMITE DE CONTESTACIÓN POR ESCRITO Y PREVISIÓN DE PLAZOS SUFICIENTES PARA LA CORRECTA Y COMPLETA PRÁCTICA PROBATORIA**

Si bien es cierto que la protección de menores y el estado civil o la identidad de la persona son materias que requieren de una respuesta ágil del ordenamiento, su trascendencia exige que cualquier procedimiento que se regule al respecto sea verdaderamente plenario, en términos formales y materiales.

En otras palabras, es fundamental evitar que la voluntad de alcanzar una determinación de edad de forma urgente convierta el enjuiciamiento, de facto, en un juicio sumario en el que se vacíe de contenido el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, no exista verdadera oportunidad de practicar adecuadamente la prueba necesaria y/o conduzca a conclusiones precipitadas nada deseables ni para la protección del presunto menor, ni para la seguridad jurídica.

En este sentido, los acuerdos alcanzados por el Grupo de Trabajo para la reforma de la determinación de la edad establecieron la necesidad de regular un procedimiento preferente y urgente, con la previsión de celebrar una primera comparecencia en un plazo de 72h al efecto de que el Juez pueda valorar las medidas de protección más adecuadas en relación con el presunto menor, incluida la de mantenerlo separado del resto de menores del sistema de protección si indiciariamente considerase que es patentemente mayor de edad.

A este respecto, la previsión de urgencia del procedimiento no está justificada, ni por coherencia con el resto de la regulación procesal, ni por razones de necesidad de la propia evaluación de edad.

Respecto a la primera cuestión, la urgencia en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se contempla actualmente en relación con procedimientos sumarios (con limitación de alegación, prueba y enjuiciamiento y sin efectos de cosa juzgada), la adopción de medidas cautelares que así lo exijan (cuya cuestión de fondo será enjuiciada por los cauces ordinarios) y para los procedimientos de sustracción internacional de menores, cuyas razones de necesidad evidentemente distan de lo que aquí nos ocupa.



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tlfn: 913882770 Fax: 9138882145

La totalidad de procedimientos de protección de derechos fundamentales, protección de menores o los procedimientos especiales del Libro IV (entre los que encajaría la evaluación de edad) establecen un criterio de preferencia (i.e. art. 753 LEC), pero no de urgencia.

Por otra parte, si se acoge la propuesta del Grupo de Trabajo de realizar una primera comparecencia inicial donde el Juez valore indiciariamente el asunto y adopte medidas de protección tanto en relación con el evaluado como en lo que respecta al resto del sistema de protección de menores (previendo la posibilidad de recurrir esa decisión o de modificarla en caso de un cambio de circunstancias), no estaría justificado que el resto del procedimiento se tramite por cauces de urgencia, con establecimiento de plazos reducidos o limitación de alegaciones, pruebas o recursos.

Una vez hecha una valoración indiciaria y adoptadas las cautelas y medidas de protección que el Juez considere oportunas, en el resto del procedimiento debe prevalecer la garantía de los derechos del evaluado y la obtención de los mayores y más fiables elementos del juicio. De lo contrario, una tramitación de urgencia puede limitar injustificadamente el derecho de defensa del evaluado, impedir que sean efectivos los trámites con los consulados y embajadas (por la documentación que debe obtenerse en el país de origen y los propios protocolos de estas autoridades, que se dilatan en el tiempo) e impedir que se realice, caso de ser necesaria, una verdadera evaluación holística del desarrollo y la madurez del evaluado (que no podrá realizarse sin la debida profundidad en el conocimiento de éste).

En el apartado siguiente se hará referencia a las cuestiones probatorias, restando ahora señalar que el Grupo de Trabajo no ha previsto en el desarrollo del procedimiento fase de contestación a la demanda de forma escrita, lo que tampoco se encuentra justificado.

Es cierto que nuestra Ley procesal, originariamente, pretendió favorecer los trámites orales sobre los escritos, introduciendo un juicio verbal con contestación a la demanda de forma oral en la vista. No obstante, ya en el texto original de la ley se establecía una excepción para los procedimientos especiales del Libro IV en los que, por razón de la materia y para mayor garantía, el art. 753 prevé un trámite de contestación escrita en plazo de veinte días hábiles, sin perjuicio de que para el resto de tramitación el procedimiento se remitiera al juicio verbal.

Esta previsión se ha mantenido sin modificación hasta el día de hoy. Es más, la práctica procesal una vez entrada en vigor la LEC, motivó la reclamación de los operadores jurídicos para la introducción de un trámite de contestación escrita en los juicios verbales, en aras de garantizar de forma más adecuada el derecho de defensa. Esta petición se atendió por el legislador a través de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya Exposición de Motivos, reza: *“Por otro lado, se aprovecha la presente reforma para introducir modificaciones en la regulación del juicio verbal con la finalidad de reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que son fruto de la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que venían siendo demandadas por los diferentes operadores jurídicos.*

*Entre las modificaciones operadas debe destacarse la introducción de la contestación escrita, que deberá presentarse en el plazo de diez días, la mitad del establecido para el procedimiento ordinario, generalizando con ello la previsión que ya se recogía para determinados procedimientos especiales, lo*



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tfn: 913882770 Fax: 9138882145

*que ha comportado la adecuación de todos los preceptos relacionados con el trámite del juicio verbal y de los procesos cuya regulación se remite al mismo, incluida la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Igual relevancia debe atribuirse a la regulación, en aquellos supuestos en que resulte procedente, del trámite de conclusiones en el juicio verbal, así como del régimen de recursos de las resoluciones sobre prueba. Del mismo modo, siempre que el tribunal lo considere pertinente, se otorga a las partes la posibilidad de renunciar a la celebración del trámite de vista y se exige que se anuncie con antelación la proposición de la prueba del interrogatorio de la parte”.*

Es significativo que, pese a que la contestación en el juicio verbal se ha de presentar en un plazo de 10 días, en el ámbito de los procesos especiales se sigue manteniendo en un plazo de 20 días para el demandado, por cuanto otorga mayores garantías en un procedimiento en que se tutelan bienes y derechos a los que se ha querido dotar de mayor protección, como lo ha de ser la materia que nos ocupa.

Así las cosas, de no preverse un trámite de contestación escrita para el procedimiento de evaluación de la edad, nos encontraríamos ante el único procedimiento plenario de nuestra regulación procesal civil que no contaría con tal previsión, lo que a todas luces supondría una merma de garantías injustificada en un proceso que ventila cuestiones fundamentales necesitadas de especial protección. Amén de que podría considerarse una previsión contradictoria del principio de no discriminación e igualdad de trato, al ser éste un proceso que afecta mayoritariamente a personas extranjeras.

### **3) NECESARIA PREVISIÓN DE UN CATÁLOGO DE PRUEBAS PRECEPTIVAS QUE RESPETE LOS DERECHOS DEL MENOR Y QUE PREVENGA POSIBLES DESEQUILIBRIOS EN EL ACERVO PROBATORIO**

En la regulación de la evaluación de la edad no debe perderse la perspectiva de las distintas y desequilibradas características de las partes de la *litis*. De una parte, la Entidad Pública de Protección y/o el Ministerio Fiscal y de otra (en conflicto de interés con los anteriores o no, según el caso) un presunto menor susceptible de especial protección, que en la mayoría de ocasiones será también una persona extranjera que no cuenta en España con familiares adultos que se hagan cargo de ella o velen por sus intereses.

Esta triple vulnerabilidad (menor, extranjero, solo), le sitúa en efecto en un notable desequilibrio en relación con las capacidades de alegación y prueba que puedan tener a su disposición tanto la Entidad Pública de Protección como el Ministerio Fiscal, siendo muy difícil para el presunto menor acceder a pruebas (i.e. documentación que ha de ser gestionada con su país de origen o informes periciales de parte) que puedan contradecir las conclusiones alcanzadas por los profesionales de la administración pública o los profesionales adscritos a los Juzgados que puedan emitir informes sobre la edad del evaluado (informes que, si se prevé una tramitación urgente, serán emitidos en poco tiempo y con poco conocimiento real del desarrollo y madurez del evaluado).

Es necesario que los Juzgados y Tribunales que conozcan de los asuntos velen por evitar que exista un desequilibrio en el acervo probatorio que pueda provocar una verdadera quiebra del derecho de defensa de las partes, en su vertiente del principio de igualdad de armas. Esto, junto con la naturaleza



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tlfn: 913882770 Fax: 9138882145

no dispositiva de la materia a enjuiciar, hace posible y necesario que, además de permitir al juzgador que acuerde de oficio las pruebas que estime conveniente para lograr obtener elementos de juicio suficientes conforme a su sana crítica (tal y como ya prevé el art. 752.1 LEC), se regule expresamente en la ley un catálogo de pruebas preceptivas que habrán de ser practicadas en todo caso.

Este tipo de previsión no es una novedad en la Ley procesal, en la que ya se impone al juzgador un mínimo contenido probatorio en otros procedimientos, como por ejemplo en el destinado a la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, previendo en el art. 759 de la LEC las pruebas que en todo caso acordará y practicará el Juzgado.

En cuanto a cuál sea ese catálogo de pruebas preceptivas, se proponen las siguientes:

- La Entidad Pública de Protección y/o el Ministerio Fiscal, deben aportar al procedimiento la totalidad del **expediente administrativo** que hayan tramitado con relación a la evaluación de edad del presunto menor y a su protección efectiva. Como en cualquier procedimiento administrativo, contencioso administrativo o de oposición civil a medidas administrativas, el menor debe poder hacer sus alegaciones a la vista de este expediente.
- **Exploración del presunto menor, por parte del juez**, en la que en todo caso estará asistido de su abogada o abogado y en la que estará también presente el defensor judicial, representante o persona de confianza del presunto menor si éste lo solicita.

Si de la entrevista o exploración con el menor se obtuviera información sobre cómo conseguir su documentación o de la existencia de otros medios probatorios que pudieran arrojar luz sobre su edad, el juez acordará de oficio, o a instancia de parte, lo preciso para la práctica de estas pruebas y su aportación al procedimiento.

- **Comunicación con las autoridades del país de origen del evaluado.** La triple vulnerabilidad del presunto menor extranjero no acompañado sometido a evaluación de edad puede provocar que sea muy difícil, sino imposible, para el propio menor, realizar por sí mismo las gestiones necesarias para obtener de su país de origen la documentación necesaria (i.e. certificado de nacimiento, certificado de nacionalidad) y tramitar en sus embajadas y consulados la expedición de un pasaporte o un documento equivalente de identidad. Debe ser asistido para ello por la Entidad Pública de Protección y/o el Ministerio Fiscal, en tanto que instituciones encargadas de su protección y garantes de sus derechos.

Estas instituciones deben dar cuenta de las gestiones realizadas y su resultado en el escrito iniciador del procedimiento de evaluación de edad o en su caso en la contestación a la demanda y la consecuencia que la falta de esta justificación ha de acarrear ha de ser, bien la inadmisión de la demanda, bien que tal contacto con las autoridades del país de origen se realice a través del propio Juzgado.



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tfn: 913882770 Fax: 9138882145

El propio Grupo de Trabajo ya alcanzó esta conclusión en relación con la prueba documental, proponiendo que: *“Si no se hubiera ya realizado por el Ministerio Fiscal o la Entidad Pública de Protección, la autoridad judicial solicitará inmediatamente a las autoridades del Estado del que sea nacional la persona, en su caso a través de los procedimientos previstos en los tratados de cooperación judicial en materia civil, la documentación que acredite la edad, excepto en aquellos casos en que exista peligro para la persona o sus familiares por estar en situación de protección internacional”*.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha retirado en varias ocasiones en sus dictámenes sobre España, que *“debería comprobarse los datos de la documentación, y en caso de duda, solicitar su confirmación con las autoridades consulares del país de origen”*.

Debe existir un procedimiento formal de cooperación internacional con las Embajadas y Consulados de origen para la identificación de los presuntos menores en caso de que se encuentren indocumentados, de manera que la comunicación con las Embajadas y Consulados para confirmar su identidad sea el primer paso y condición previa para poder incoar un procedimiento de evaluación de la edad. En el caso de los menores susceptibles de necesitar protección internacional, dicho contacto con las autoridades de origen no podrá realizarse si esto supone un riesgo para su integridad física o la de sus familiares, lo que exigirá hacer una evaluación previa individualizada de su interés superior, tal y como establecen el Art. 26 de la Ley de Asilo y Art 30 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

- Solo en caso de que el juez determine que no es posible obtener prueba documental sobre la edad del interesado, se acordará realizar una evaluación de la misma mediante un procedimiento holístico llevado a cabo por profesionales médicos especializados, pediatras, psicólogos y trabajadores sociales o educadores cuyo informe será sometido a las aclaraciones, explicaciones, crítica y contradicción que sea oportuno en el acto de la vista y que será valorado por el juzgador junto al resto de medios probatorios sin que en ningún caso resulte vinculante.
- Se deberá desarrollar la regulación de este procedimiento holístico a fin de establecer criterios mínimos de actuación e interpretación para evitar arbitrariedades y disparidades de criterios entre los distintos partidos judiciales, y no incluirá en ningún caso desnudos integrales, exploración de los caracteres sexuales, pruebas radiológicas ni estudios del grado de osificación o de los dientes, habida cuenta su carácter invasivo, lesivo de la intimidad y que dado sus reconocidos márgenes de error resultan inútiles para dilucidar el objeto de enjuiciamiento, en los términos del art. 283 de la LEC.

En efecto, la poca fiabilidad de estas pruebas, sus amplios márgenes de error, etc. hace que no sean adecuadas para evaluar la edad de una persona. Deberían ser, en todo caso, un último recurso dentro de una evaluación holística. Y ello porque, pese a su falta de fiabilidad, tienen



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tfn: 913882770 Fax: 9138882145

un halo de prueba científica que le otorga gran peso y puede predisponer, en la práctica, a cualquier Juzgador, tanto para tener querencia en aplicarlas indiscriminadamente, como en cuanto a su valoración del resto de pruebas una vez realizada esta prueba. Realizarlas de forma previa a la práctica de otro tipo de pruebas, y en el seno de un procedimiento que tiene vocación de rapidez, puede condicionar el resto de la práctica y valoración probatoria de forma injusta.

**4) NECESARIA PREVISIÓN DE QUE LA SENTENCIA QUE SE DICTE PUEDA SER REVISADA ANTE LA APARICIÓN DE NUEVAS CIRCUNSTANCIAS Y/O PRUEBAS DOCUMENTALES**

Es indudable que la cuestión de la evaluación de la edad, elemento esencial de la identidad de la persona, aconseja que sea resuelta de forma duradera y estable, otorgando la necesaria seguridad jurídica.

No obstante, no deberían perderse de vista las posibles vulneraciones de derechos y la inseguridad en el tráfico jurídico que provocará dotar de efectos de cosa juzgada e inscribir registralmente las resoluciones firmes que se dicten en estos procedimientos, sin prever un mecanismo de revisión ágil de la decisión en aquellos supuestos en que la edad se evalúe por pruebas distintas de la documentación (y, por tanto, siempre de forma inexacta y con mayores o menores márgenes de error según el caso). Y ello porque podrían tener lugar no pocos supuestos en los que, tras finalizar el procedimiento judicial, la persona evaluada consiga documentarse a través de las autoridades de su país de origen y la edad consignada en esta documentación discrepe de la convicción alcanzada en el procedimiento.

Son notorias las graves consecuencias que tendría esta situación irreversible en el supuesto de haber determinado judicialmente que una persona es mayor de edad y, sin embargo, obtenga posteriormente documentación de su país de origen que le identifique como menor de edad. Repugnaría a nuestro sistema de derechos fundamentales que se pretendiera en tal caso que la institución de la cosa juzgada desplegara sus efectos para provocar que un menor en desamparo (con documentación que lo acredita sin género de duda), no pueda ser protegido porque en un procedimiento judicial anterior una prueba naturalmente inexacta lo determinó como mayor.

De hecho, el espíritu de nuestra legislación procesal de protección a la infancia tiene justamente el sentido contrario, estableciendo en los procesos que afectan a la protección de menores (como en otros que afectan a bienes jurídicos objeto de especial protección) que el juez no está sometido al principio dispositivo, ni al principio de preclusión de alegación y prueba, ni a las reglas generales de valoración probatoria. También en estos procesos especiales las medidas que adopte el juez en relación con los menores son siempre susceptibles de ser modificadas con posterioridad a su adopción, sometiendo tal modificación al conocimiento del mismo Juzgado que las adoptó. En definitiva, en esta materia, como es sabido, el mayor sometimiento del juez, como del resto de instituciones y administraciones, lo es al interés superior del menor. Interés que debe prevalecer sobre una concepción rígida y exagerada de la seguridad jurídica, también en este ámbito de la evaluación de la edad.

Pero, a mayor abundamiento, debe decirse que mantener la invariabilidad absoluta de las resoluciones





C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tlfn: 913882770 Fax: 9138882145

en este ámbito será en todo caso problemático, con independencia de que en el procedimiento se concluya la minoría o mayoría de edad del evaluado. Ello porque en cualquiera de esos casos, si la edad se evaluó por pruebas distintas de los documentos emitidos por las autoridades competentes del país de origen y, concluido el procedimiento, el evaluado consigue documentarse, con total probabilidad se verá en un limbo en el que, por un lado, tendrá documentos de identidad que acreditan una fecha de nacimiento concreta y, por otro, en los registros españoles (ya sea Registro Civil -sentencias de minoría- o registros de filiación policiales o administrativos -sentencias de mayoría-) constará una sentencia que le atribuye una edad distinta, lo que le impedirá que le sean reconocidos los derechos inherentes a su identidad real, ya sea como mayor de edad o, lo que es más preocupante, como menor de edad, y creará disfunciones en su actuación en el tráfico jurídico español, abocándolo a situaciones de exclusión.

En sus años de práctica especializada en esta materia, Fundación Raíces ha podido comprobar los problemas que genera esta situación de limbo jurídico en multitud de ocasiones. A fin de que se pueda comprender la dimensión, se relata un ejemplo de los múltiples problemas que se producen con reiterada frecuencia en la práctica:

Son muy numerosos los casos de menores extranjeros -por ejemplo, marroquíes- que llegan a nuestro país solos e indocumentados y, tras ser sometidos a un proceso de determinación de edad en Fiscalía, resultan determinados menores de edad y, por tanto, protegidos por una Entidad Pública de Protección. Si no es posible documentar al menor por su país de origen en ese momento, la Entidad Pública puede y debe tramitar una Cédula de Inscripción a efectos de que el menor cuente con un documento identificativo con el que poder tramitar también su autorización de residencia y la obtención de su Tarjeta de Identificación de Extranjero.

Mientras dure la minoría de edad, la falta de documentación del país de origen o la concreta edad determinada no genera a estos efectos una problemática significativa, por cuanto la Cédula de Inscripción (en la que consta la edad determinada), la Autorización de Residencia y la Tarjeta de Identificación de Extranjero se renuevan periódicamente por iniciativa de la Entidad Pública de Protección, sin que la Brigada Policial Provincial de Extranjería y Fronteras ni la correspondiente Delegación de Gobierno pongan obstáculos a esta práctica. Se siguen a este respecto las recomendaciones del Defensor del Pueblo y las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado respecto a la obligación de documentar a menores extranjeros tutelados.

El problema surge cuando esos menores tutelados alcanzan la mayoría de edad conforme a su edad determinada y salen del sistema de protección. Una vez les caduca su Cédula de Inscripción (que tiene un año de duración), la misma ya no se les renueva salvo que puedan acreditar que su país de origen no emite pasaportes en nuestro país -lo que no ocurre en muchos casos, a pesar de que su Entidad de Protección no les haya tramitado dicha documentación-. Así las cosas, para poder operar en el tráfico jurídico y en especial para poder renovar su autorización administrativa, estos extutelados precisan tramitar su documentación identificativa a través de las autoridades de sus países de origen.

Una vez obtenida ésta, la fecha de nacimiento que en ellas consta, aunque acredite que efectivamente eran menores de edad cuando llegaron a España, naturalmente difiere de la fecha de nacimiento que artificiosamente se les ha asignado en la determinación de edad. Y esto genera problemas, en ocasiones, ante las Delegaciones de Gobierno para renovar las autorizaciones administrativas y, en la totalidad de los casos, en las Brigadas Policiales, que no



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tfn: 913882770 Fax: 9138882145

les permiten renovar sus Tarjetas de Identidad de Extranjeros por motivo de que los datos que constan en su documento de identidad difieren de los datos de filiación que, como consecuencia del procedimiento de determinación de edad, se grabaron en los registros policiales.

En la actualidad, dada la naturaleza provisionalísima y la posibilidad de revisión del Decreto de Determinación de Edad del Ministerio Fiscal, la solución de esta problemática pasa por solicitar en la Fiscalía correspondiente una revisión del decreto (lo que es concedido o no en función de los distintos criterios de las distintas Fiscalías provinciales) que sirva a su vez para pedir la rectificación de los registros policiales.

Obviamente, si al regular el procedimiento judicial de evaluación de edad se opta por una invariabilidad absoluta de la resolución firme que determine la edad, se producirá un retroceso en la protección de los derechos del evaluado y se generarán multitud de situaciones futuras de discrepancias entre los documentos identificativos y los correspondientes registros, con lo que ello comporta de inseguridad para la propia persona evaluada (a la que se continuará vulnerando su derecho a la propia identidad y se abocará a la exclusión), pero también para el resto del tráfico jurídico.

En este sentido, se propone que desde el mismo Anteproyecto de ley se tenga en cuenta esta problemática, para prever los mecanismos procesales oportunos para solventarla.

Debe adelantarse que tal mecanismo no puede ser en ningún caso el recurso extraordinario de revisión de sentencias firmes ante el Tribunal Supremo. Como es sabido, la naturaleza de este recurso como extraordinario, exige en todo caso una interpretación restrictiva de los asuntos que cabe plantear por este cauce, sin que en ningún caso pueda pretenderse que el Tribunal Supremo se convierta en una tercera instancia.

Además, y en lo que se refiere al concreto motivo de revisión de sentencia firme previsto en el apartado 1º del art. 510 de la LEC (referido a los documentos que no hubieren podido aportarse al procedimiento por causa de fuerza mayor), el Tribunal Supremo ha interpretado este supuesto estableciendo en su doctrina (por todas, Sentencia 94/2016, de 9 de febrero) que *“se requiere que los documentos hayan sido obtenidos o recuperados después de pronunciada la sentencia firme cuya revisión se pretende [Sentencias de esta Sala 430/2012, de 27 de junio y 827/2013, de 27 de diciembre], y no se haya podido disponer antes de ellos por fuerza mayor o por obra de la otra parte; por lo que **tiene que tratarse**, como reitera nuestro reciente Auto de 16 de diciembre de 2015 (PROV 2016, 8963) (Rev. 61/205 ), de **«documentos que tuvieran existencia ya en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, no aquellos otros que sean posteriores o sobrevinidos a ella (AATS, entre otros, 2-6-06 , 12-1-2010 , 4-5-2010 y 13-10-2010 y SSTS, entre otras, 19-1-2011 , 18-7-2011, 25-1-2005 y 23-11-2002)»***.

(...) Siendo, en consecuencia, doctrina de esta Sala que *«el documento recobrado ha de tener existencia con anterioridad al momento en que precluyó para la parte la posibilidad de aportarlo al proceso, en cualquiera de las instancias, ya que **la causa de no haber podido el demandante de revisión disponer de él ha de ser, en la previsión legal, no su inexistencia en aquel momento, sino la fuerza mayor o la actuación de la otra parte**» [SSTS 822/2010, de 22 de diciembre, 25/211, de 4 de abril , 388/2013, de*

10 de junio, 823/2013, de 18 de diciembre y 568/2015, de 13 de octubre ; ATS de 16 de diciembre de 2015].

De este modo, en el estado actual de las cosas, un certificado de nacimiento, un pasaporte o documento equivalente de identidad emitido por el país de origen con posterioridad a la tramitación del procedimiento nunca podría servir para fundamentar una revisión de sentencia firme por este cauce extraordinario.

Así pues, para poder evitar las consecuencias negativas indeseables que pudieran derivarse después de la finalización del procedimiento, se impone que el legislador prevea fórmulas que garanticen que se podrá revisar el pronunciamiento judicial en aquellos casos en que se revele necesario.

En este sentido, son varias las opciones que se pueden contemplar:

- Prever que la sentencia que se dicte carezca de efectos de cosa juzgada, permitiendo que el Juzgado que conoció del asunto en primera instancia revise su decisión ante un cambio de circunstancias o la aparición de nuevos elementos de juicio.

Esta ausencia de efectos de cosa juzgada, aunque efectivamente debe ser contemplada en el ordenamiento de forma excepcional, es común tanto en procedimientos sumarios (siendo que un procedimiento en el que prime la urgencia y no se prevea contestación sería un procedimiento *cuasi* sumario) como en procesos que afecten a menores, a capacidad de las personas o a bienes jurídicos susceptibles de especial protección.

- Prever que, sin perjuicio de los efectos de cosa juzgada que despliegue la resolución firme que ponga fin al procedimiento y de la eficacia *erga omnes* que se derive de la inscripción registral, la obtención posterior de un pasaporte o documento equivalente de identidad que contradiga la edad determinada se considerará un hecho nuevo que, como tal, quedará fuera de los límites temporales de la cosa juzgada (en los términos definidos, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo 411/2021, de 21 de junio), y que por tanto permitirá que se plantee la revisión de la evaluación de edad a través de un nuevo procedimiento interpuesto, bien ante otro Juzgado o incluso ante el mismo que conoció de la evaluación anterior.

Conviene que esta previsión se contenga en la propia regulación legal, a fin de evitar disparidades de criterios judiciales y asegurando no poner en riesgo los derechos de la persona evaluada, especialmente susceptible de protección si continuase siendo menor de edad.

- Prever un nuevo supuesto concreto en el art. 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir el indudable acceso de estos casos a la revisión extraordinaria del Tribunal Supremo. Si bien, esta opción parece la menos recomendable por cuanto supondría legislar como extraordinaria (y, por tanto, de interpretación restrictiva) una circunstancia que es probable que se produzca en una gran parte de las evaluaciones de edad que se realicen judicialmente y por cuanto supondría un exceso en el volumen de trabajo para el Alto Tribunal, que se encuentra en la actualidad con una alta carga de asuntos, acumulando plazos muy amplios en la resolución de los mismos.



C/ Las Pedroñeras, 41 Local 28043 Madrid [juridico@fundacionraices.eu](mailto:juridico@fundacionraices.eu) Tfn: 913882770 Fax: 9138882145

Finalmente, cabe destacar que existen otros procesos legislativos en la actualidad que se plantean la modificación de elementos fundamentales relativos a los derechos de identidad y al libre desarrollo de la personalidad, en los que las razones de seguridad jurídica y estabilidad en los asientos registrales no suponen un obstáculo para la garantía de los derechos del individuo. En concreto, en el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en el capítulo dedicado a la Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (arts. 37 y ss), se prevé la posibilidad de solicitar el cambio de la mención registral al sexo y el cambio de nombre sin necesidad de aportar informes periciales y sin tener que tramitar un procedimiento judicial previo. Igualmente, se prevé que, una vez producido el cambio registral, transcurridos seis meses desde la rectificación, pueda pedirse la reversión de la misma para volver a la inscripción inicial.

El hecho de que se regule esta posibilidad de modificación de asientos registrales, primando los derechos del individuo sobre la seguridad jurídica y estabilidad de la inscripción y sin embargo no se recoja una previsión semejante para la evaluación de edad, en la que existe consenso doctrinal y científico respecto de su falta de exactitud y en la que concurren intereses de presuntos menores de edad, resulta de una incoherencia jurídica indeseable y podría constituir de nuevo una vulneración del derecho de no discriminación e igualdad de trato, en tanto que la evaluación de edad afecta mayoritariamente a personas extranjeras.

Les damos traslado de estas propuestas en la esperanza de que sean tomadas en consideración e incorporadas en el Anteproyecto de Ley por el que se regula el Procedimiento de Evaluación de Edad, con el objeto de lograr una regulación que formal y materialmente garantice el respeto a los derechos de la persona evaluada, prime la protección y el interés de los menores y ofrezca una conclusión que sea lo más certera posible y contando con todas las garantías.

**Fdo. Lourdes Reyzábal González-Aller**  
Presidenta de Fundación Raíces