

## **PROPUESTA PARA UN PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD RESPETUOSO DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA**

El procedimiento de determinación de la edad empleado en España durante muchos años ha sido objeto de preocupación por parte de la sociedad civil y de instituciones europeas e internacionales, como es el caso del Comité ONU de derechos del niño.

En febrero 2019, las agencias europeas EASO y FRA organizaron con el gobierno español una sesión de trabajo entre administración y sociedad civil y con aportaciones de las prácticas en otros países europeos para intentar sentar las bases para una nueva propuesta de procedimiento que fuera acorde con los derechos de la infancia y respondiera a las principales deficiencias que presenta el procedimiento actual. Sin embargo, en el encuentro no se profundizó en las características que debería reunir el nuevo procedimiento, ni las alternativas más adecuadas o los escenarios posibles.

La necesidad de adopción de un nuevo procedimiento de determinación de la edad ha sido recientemente admitida por el mismo órgano que actualmente ostenta esa competencia, la Fiscalía General del Estado, que en su memoria anual de 2019 reconocía que el actual procedimiento “debería ser sustituido por un procedimiento específico de carácter administrativo sometido a recurso judicial directo, con disposición adecuada de personal facultativo especializado que unifique los criterios científicos de valoración. Con ello quedaría garantizado la unidad de criterio y se produciría un efecto corrector en todos los sentidos: eliminaría buena parte de las incertidumbres en los interesados (reconversión de la naturaleza de la decisión adoptada que dejaría de ser una medida cautelar provisionalísima, para convertirse en un acto administrativo recurrible ante la jurisdicción) y limitaría los casos de mayores de edad declarados menores de edad que alteran la normal convivencia en los centros”.

La necesidad de reforma ha sido recogida también bajo el borrador del nuevo “Modelo compartido de atención integral a la infancia y adolescencia migrante no acompañada”, documento creado en el seno del grupo sobre menores extranjeros del Observatorio de Infancia del Ministerio de Servicios Sociales y Agenda 2030. Dicho modelo pretende ser el marco común de actuación y coordinación para todos los actores, autonómicos y estatales, en la intervención con la infancia migrante y refugiada, desde su llegada al territorio y hasta su mayoría de edad y emancipación. Aunque aún no haya sido adoptado por el Observatorio en su pleno, cabe mencionar como recientemente el director general de infancia y adolescencia ha incluido la adopción de dicho modelo como una de las prioridades de su mandato. En este sentido, cobra relevancia la inclusión de indicaciones detalladas para la propuesta de reforma de la determinación de la edad que podría ser incluida en dicho documento.

Sobre la determinación de la edad, en el documento se lee que “todas las soluciones posibles que se contemplan, desde trasladar la decisión al ámbito judicial, desarrollar un procedimiento administrativo o reforzar los equipos de fiscales, deberán tener en cuenta la necesidad de contar con un procedimiento holístico rápido, preciso, uniforme y garantista donde el niño o niña sea oído y escuchado, disponga de la asistencia de un abogado especializado y que permita el recurso directo contra la resolución que determine la edad”. De ello, resulta la heterogeneidad de las propuestas de reforma existentes, sin que haya una reflexión específica sobre las ventajas y desventajas de cada procedimiento o sin que exista un análisis completo sobre cómo se verían afectados los derechos de la infancia en cada uno.

En el mes de agosto, la Vicepresidencia y Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 2030 anunció la creación de un grupo de trabajo específico liderado por el Ministerio de Justicia, que antes de final de año tiene encargada la propuesta de reforma del procedimiento.

De cara al trabajo en ese grupo, el pasado 17 de septiembre tuvo lugar una sesión técnica en materia de determinación de la edad, organizada por Save the Children y Fundación Raíces en la que participaron diecisiete expertos jurídicos especializados en la materia y en la defensa de los derechos de la infancia migrante con el propósito de analizar posibles alternativas para la reforma del procedimiento de determinación de la edad en España.

A continuación, se presentan las conclusiones de la jornada para su revisión y asunción como posicionamiento en materia de determinación de la edad por las entidades que forman parte de la Plataforma de Infancia

## CONCLUSIONES SESIÓN SOBRE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

El nuevo procedimiento de determinación de la edad debe estar basado en las recomendaciones formuladas por las instituciones a nivel español e internacional que se han pronunciado al respecto, como es el caso del Defensor del Pueblo y el Comité de Derechos del Niño de la ONU (sobre estos en particular, ver anexo I), así como en la doctrina que dimana de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales españoles, de obligado cumplimiento para todos los poderes del Estado.

En particular, cabe resaltar cómo el CDN hasta el momento ha contestado a 7 comunicaciones<sup>1</sup> individuales en materia de determinación de la edad en España, en las

---

<sup>1</sup> Comunicación 11/2017, 18 de febrero de 2019 CRC/C/79/D/11/2017; 16/2017, 10 de julio de 2019, CRC/C/81/D/16/2017; 17/2017, 5 de noviembre de 2019. CRC/C/82/D/17/2017; 22/2017, 9 de julio de 2019. CRC/C/81/D/22/2017; 27/2017, 5 de noviembre de 2019. CRC/C/82/D/27/2017, 25/2017, 2 de marzo de 2020. CRC/C/83/D/25/2017; 21/2017, de 6 de febrero de 2020, CRC/C/83/D/21/2017.

que se ha constatado que dicho procedimiento, tal y como está configurado en la actualidad, vulnera los siguientes artículos de la Convención:

- Artículo 3 CDN: interés superior
- Artículo 6 del Protocolo Facultativo de la CDN, adopción de medidas provisionales para evitar posibles daños irreparables en la víctima
- Artículo 8 CDN: derecho a la preservación de la identidad
- Artículo 12 CDN: derecho a ser escuchado
- Artículo 20 CDN: protección de los niños privados de su medio familiar
- Artículo 22 CDN, derecho a solicitar el estatuto de refugiado
- Artículo 24 CDN, derecho a la salud

Para ello, resulta imprescindible establecer algunas condiciones de partida sobre las que debería de desarrollarse cualquier propuesta de reforma:

- **Presunción de Minoría:** en todo momento y hasta que no pueda ser demostrada la condición de adulto, deberá asegurarse el trato como niño o niña. Tal y como ha observado el CDN, ello implica que el procedimiento de determinación de la edad deberá llevarse a cabo mientras el niño o la niña se encuentre protegido por los sistemas autonómicos de protección de la infancia. Además, el niño o la niña deberá contar con un representante y un intérprete durante todo el procedimiento. No proporcionar dichas garantías representaría una merma en los derechos de la infancia en el ejercicio de su derecho a ser oída e informada según el Art. 12.2<sup>2</sup> de la CDN.
- El procedimiento de determinación de la edad solamente podrá llevarse a cabo en el caso de personas indocumentadas de acuerdo con la ya reiterada **jurisprudencia del Tribunal Supremo**<sup>3</sup>. El pasado 16 de junio, el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo dictó Sentencia Núm. 307/2020 estimando el Recurso de Casación e Infracción Procesal Núm. 2629/2019 e incorporando los criterios y recomendaciones formuladas por el CDN. Desde 2014, el Tribunal Supremo ha establecido como doctrina jurisprudencial la siguiente:  
*“4.- Se fija 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. Por tanto, procede realizar un juicio*

---

<sup>2</sup> “Se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

<sup>3</sup> STS nº 452/2014 de 24 de septiembre (RJ 2014/4689), STS Nº 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 204/4839), STS Nº 11/2015 de 16 de enero (RJ 2015/121), STS Nº 11/2015 de 22 de mayo (RJ 2015/121), entre otras.

*de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, **no podrán aplicarse indiscriminadamente** para la determinación de la edad.”*

En este sentido, para incoar un expediente de evaluación de la edad en presencia de algún documento del país de origen, se tendrá que justificar en una fase previa los motivos por los cuales no se le da credibilidad, la resolución de inicio tendrá que notificarse al menor y automáticamente se nombrará a un representante.

Además, en su última Sentencia, el Tribunal insiste en que “la interpretación de los textos legales debe llevarse a cabo de conformidad con la CDN”, sentando como jurisprudencia que:

*“Si un menor extranjero aporta partida de nacimiento no está indocumentado y de los documentos que aporte un menor tales como carta nacional de identidad, certificado de la oficina consular y/o pasaporte resulta acreditada la identidad y la edad.*

*Siguiendo esta línea, si un menor extranjero cuenta con documentos tales que acrediten su identidad y edad no podrá ser considerado indocumentado para ser sometido al procedimiento de determinación de la edad.”*

Habiendo observado las características de otros modelos de procedimiento posibles (se adjunta tabla comparativa, ver ANEXO II) y teniendo en cuenta los derechos de la infancia que deben ser garantizados durante todo el proceso, así como las recomendaciones específicas realizadas por el CDN, en la sesión se concluyó que el marco en el que se dan todas las garantías para asegurar la protección de los derechos de la infancia es el de un procedimiento un judicial.

Solo una autoridad judicial puede decidir sobre el estado civil de la persona, y siendo además una decisión que afecta a los derechos fundamentales del presunto menor, solo un procedimiento judicial garantiza que esa limitación de derechos se efectúa en el marco de la Constitución y con las debidas garantías, y en particular las siguientes:

- El procedimiento judicial permite la invocación y la aplicación directa de las garantías previstas en el **Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños**, cuyo objetivo es de “promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial” (no ante una

autoridad administrativa). Derecho a ser oído y a participar en todo procedimiento que le afecte: ya están previstas legalmente la intervención preceptiva de letrado (art. 31 LEC), de oficio o designado libremente por el menor, el nombramiento del Defensor Judicial (en una pieza incidental dentro del propio proceso) que complemente la capacidad del menor y que despeje cualquier posible conflicto de intereses que se pueda dar entre el menor y su tutor/guardador designado y las audiencias y posibles exploraciones al menor con las debidas garantías.

- **Seguridad jurídica:** ya están previstas las garantías y el sistema de recursos y remedios suficientes para solventar cualquier vulneración de derechos que pueda ocurrir en el transcurso del procedimiento.
  - Los juzgados de Primera Instancia ya tienen mecanismos, habilidades y práctica en materia de niños y niñas.
  - Las comparecencias frente al juez son grabadas y cuentan con la fé pública del Letrado de la Administración de Justicia.
- El acceso al **sistema de recursos ya previsto en la normativa** procesal civil, tanto frente a resoluciones interlocutorias como respecto de la decisión final sobre la edad permite asegurar el principio de contradicción, teniendo en cuenta las implicaciones para el bienestar y protección del niño o la niña y la obligación de evitar su indefensión.
- En cualquier caso, la sentencia dictada en el procedimiento de evaluación de la edad no ha de obstar a la **posibilidad de revisión o modificación posterior ante la aparición de documentación**, nuevas pruebas o circunstancias que así lo aconsejen (a modo de lo previsto, por ejemplo, en el art. 760 LEC sobre capacidad de las personas).
- Las normas procesales sobre utilidad y pertinencia de la prueba, así como respecto de valoración y carga probatoria -junto con el sistema de recursos también respecto de estas cuestiones- constituyen una garantía de **ausencia de arbitrariedad** y de la no realización de pruebas médicas invasivas de forma sistemática.
- El control judicial respecto de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la solicitud de evaluación de la edad, garantiza la **eliminación de prácticas sistemáticas** de determinación de edad que vienen existiendo en algunas comunidades autónomas y, en particular, en las llegadas marítimas a costa.

Finalmente, se llegó a la conclusión de que **la jurisdicción civil es el marco judicial que mejor se adecúa a las garantías con las que debe contar el procedimiento de determinación de la edad**, que podría incluirse en dicha jurisdicción sin forzados cambios estructurales y normativos debido a la pertinencia competencial de este ámbito con la materia. En particular, un procedimiento judicial de determinación de la edad podría estructurarse con facilidad como un procedimiento declarativo especial de

carácter preferente (de encaje perfecto en el Título I del Libro IV de la LEC), configurado desde un enfoque de derechos de la infancia. Este procedimiento, se caracteriza por las siguientes **fortalezas**:

- **Principio de no discriminación y coherencia jurídica:** a pesar de la tendencia a la desjudicialización reciente de las materias sometidas al registro civil en España, se ha mantenido la necesidad de que exista un procedimiento judicial para la modificación de los asientos registrales, precisamente a través de un procedimiento declarativo especial (arts. 90 de la Ley 20/2011 de Registro Civil y art. 781 bis LEC, ambos en vacatio legis hasta el 30 de abril de 2021). De este modo, es jurídicamente coherente que, para la modificación o evaluación de la filiación y edad de una persona, en contra de lo que esta declara, se prevea también un procedimiento judicial.
- La jurisdicción civil permite garantizar que prima la **condición de menor de edad** sobre la de extranjero, por razones de filosofía del Derecho y también por razones pragmáticas.
- **Derecho a la identidad y seguridad jurídica:** en el caso de que el juez o cualquiera de las partes (i.e. entidad de protección, Ministerio Fiscal) dudase de la autenticidad de cualquier documento que se presente, en la normativa procesal civil ya se prevén los mecanismos, tanto para impugnar el documento, como para consultar a las autoridades nacionales del interesado a fin de averarlo, y para, en su caso, suspender el procedimiento por posible prejudicialidad penal e incluso deducir testimonio para que la posible falsedad se investigue por la jurisdicción competente. Se evitarían arbitrariedades en este sentido. Para ello, será la instancia judicial quien finalmente valore la documentación aportada por el menor en una fase previa de admisibilidad. Esto imposibilita iniciar un proceso judicial si se dispone de pasaporte u otro documento del país de origen, y no se justifica la no credibilidad. La posibilidad en caso de querer iniciar un procedimiento de determinación de la edad de un menor que dispone de algún documento se tendrá así que justificar para que la carga probatoria resida en quien impugna la validez de la documentación.
- **Interés superior del menor y presunción de minoría:** el juez civil tiene la posibilidad de adoptar medidas cautelares de oficio, cuando aprecie posible desamparo, aplicando presunción de minoría de edad y ordenado la protección automática del menor (artículo 762 LEC) también tiene una amplísima capacidad de actuación de oficio y de valoración de prueba. De esta manera puede realizar no solo la determinación de la edad, sino el seguimiento de la medida de protección misma y de su correcta aplicación, velando por el interés superior del menor durante todo el proceso.

- **Intervención de profesionales especializados en auxilio:** el juez civil tiene actualmente la posibilidad de solicitar apoyo por parte de equipos psicosociales, intérpretes, etc.. Se puede prever la intervención de equipos multidisciplinares debidamente formados y especializados para que realicen la evaluación de la edad del niño o niña en ausencia de documentación del país de origen. El resultado de su evaluación será sucesivamente remitido al juez para la validación del acto y dará lugar, en su caso, a la posibilidad de recursos de la decisión.

Sin embargo, también se presentan algunas debilidades en este procedimiento relacionadas con la práctica de los juzgados civiles, en particular, los largos tiempos de tramitación de los procedimientos hasta que recae resolución sobre el fondo, y la falta de especialización en materia de evaluación de la edad. Se observa, no obstante, cómo ambas deficiencias son corregibles a través de una adecuada inversión de recursos para que el procedimiento pueda tener carácter preferente y pueda contar con jueces debidamente formados y equipos especializados de apoyo en todas las comunidades autónomas para la realización de la evaluación de la edad multidisciplinar y holística de niños y niñas.

Respecto a la especialización de los jueces, cabe destacar como en el Anteproyecto de la “Ley Integral de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia” se prevé la especialización de los jueces de lo civil en materia de derechos de la infancia y protección frente a la violencia.