



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

MENORES EXTRANJEROS

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

SEGUNDO SEMESTRE.2018

INDICE

I.NOTA PRELIMINAR...p.3.

II.CIVIL

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....	p.8.
A. Documentos y prueba médica contradictorias....	p.8.
a. Prevalece la prueba médica.....	p.8.
b. Prevalece el documento.....	p.12.
B. Únicamente hay pruebas médicas.....	p.18.
a. Se confirman las pruebas médicas.....	p.18.
b. Son insuficientes.....	p.19.
C. Recurribilidad de la determinación de la edad.....	p.27.
D. Otras.....	p.36.

II.PENAL

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....	p.39.
A. Documentos y prueba médica contradictorias.....	p.39.
a. Prevalece la prueba médica.....	p.39.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

b. Prevalece el documento

B. Únicamente hay pruebas médicas

a. Se confirman las pruebas médicas

b. Son insuficientes

III.CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1.CONFIRMACIÓN DEL PROTOCOLO MARCO

2.DETERMINACIÓN DE LA EDAD.....p.43.

A. Competencia de la Jurisdicción Contenciosa. Recursos contra el Decreto del Fiscal.....p.43.

B. Documentos y prueba médica contradictorias.....p.53.

a. Prevalece la prueba médica.....p.53.

b. Prevalece el documento.....p.57.

C. Únicamente hay pruebas médicas.....p.62.

D. Únicamente hay documento



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

I.NOTA PRELIMINAR

La Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en su Apdo.10 establece que: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los Delegados de la especialidad por correo electrónico. En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la página fiscal.es a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de las resoluciones jurisdiccionales en materia de menores extranjeros no acompañados.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

DETERMINACIÓN DE EDAD

CIVIL

-Documentos y pruebas médicas contradictorias

Prevalecen las pruebas médicas

La interesada reconoce que compró el pasaporte que presentó. Las pruebas médicas señalan de manera clara que es mayor de edad. No se ha aportado prueba que se contrarreste. Las gestiones ante la República del Congo han sido infructuosas. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 469/2018, de 22 de junio

Se autorizan las pruebas ante un informe de Policía Nacional de que el pasaporte de Senegal que el interesado presenta está manipulado. Ya en el 2015, las pruebas determinaron que tenía 19 años. Un certificado de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

nacimiento no es válido como documento de identificación. Tampoco el testimonio de un pasaporte que presenta ahora. No se explica que antes presentara un pasaporte falso pudiendo aportar uno autentico. SAP de Vizcaya nº 471/2018, de 29 de junio.

Prevalece el documento

Acepta el certificado de nacimiento. Señala la irrelevancia de que en el certificado no haya foto o huella porque estos documentos no suelen tenerlos. A ello se une que el Fiscal no funda las razones por las que dudó del documento, el informe médico es escueto y cercano a los 18 años SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 511/2018, de 11 de julio. Se avala incluso certificados que se contradicen con manifestaciones del interesado, no considerándose importante la divergencia porque es sólo en cuanto al día de nacimiento, manteniendo el mes y el año. A ello se une que no consta que se hayan hecho pruebas radiológicas, sólo la exploración física. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 862/2018, de 5 de diciembre.

Comentario: Sientan un criterio contrario al de la Audiencia de Vizcaya, pero no consta que por la entidad demandada se incidiera en que la consecuencia de que no haya huella o foto es que el documento puede ser de quien lo presenta o de un tercero.

Validez del certificado de nacimiento. No consta el informe radiológico. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 609/2018, de 19 de septiembre

Únicamente hay pruebas médicas

Constitucionalidad de las pruebas médicas. La normativa de menores (art.12.5 LO1/1996) autoriza realizar las pruebas médicas a menores documentados siempre que el Fiscal dude del documento tras un juicio de ponderabilidad. La prueba médica no es una injerencia en un derecho fundamental sino un presupuesto para proteger al menor. Hay consentimiento informado y no pueden ser indiscriminada. Raíz en la ley del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Paciente. La LO 1/1996 no dice nada de los indocumentados pero el Supremo establece que las garantías de las pruebas médicas se aplican a documentados e indocumentados. Si el interesado no presenta documentos se aplica la normativa de extranjería (art.35.3 LOEX) por cuanto el interesado incumple una carga probatoria al no aportar un documento, existiendo un riesgo de fraude y de que el interesado intenta sustraerse a la normativa de extranjería. A las pruebas médicas del art.35.3 LOEX se le aplican las garantías del art.12.4 LO 1/1996.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 567/2018, de 6 de septiembre

Informe médico insuficiente y mal explicado. No consta la prueba radiográfica. Sólo se hizo la exploración física. La forense señaló en juicio que hay margen de error y utilizó el condicional “sería” mayor de 18 años sin que explique por qué. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 567/2018, de 6 de septiembre.

Recurribilidad de la determinación de edad

Una serie de Autos de la Audiencia de Barcelona entran a conocer de una reclamación de minoría de edad sin que conste, porque el demandante no lo aporta, el cese de la Resolución de tutela por mayoría de edad. En estos casos se demanda en desamparo y el interesado solicita ser reconocido y protegido como menor, haya o no Resolución administrativa. Los Autos no aceptan esta vía procesal, pero fijan una conclusión muy interesante y es que como exigencia del art.24 CE el Juzgado de oficio debe indagar sobre la existencia o no de la resolución administrativa del cese de tutela. En la mayor parte de los casos se encuentra que hay un Decreto del Fiscal y una resolución de la Administración considerándolo menor lo que hace inviable la pretensión de ser declarado menor cuando ya lo ha sido. Únicamente en el caso del AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 551/2018, de 9 de octubre había un decreto del Fiscal de mayoría y el ente de protección no localizó el expediente. No se valora si la Resolución debió dictarse o no.

MUY INTERESANTE. El plazo para recurrir del art.780 LEC no corre si no consta la notificación de la Resolución administrativa de cese de tutela. Puede anunciarse la demanda contra el Decreto de Fiscalía si no consta la notificación del cese de la resolución administrativa de tutela. SAP



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de Barcelona, secc.18ª, nº 609/2018, de 19 de septiembre.

Otras

Si el menor abandona el centro y no pueden realizarse las pruebas, el Fiscal puede dictar Decreto de archivo sin pronunciarse sobre la mayoría o minoría. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 456/2018, de 11 de julio.

PENAL

Documentos y prueba médica contradictorias

Prevalece la prueba médica

Recurso de revisión ante el Supremo de un condenado como adulto. Se deniega la revisión de Sentencia. Prevalecen las pruebas médicas practicadas por el Juzgado y el informe del Fiscal señalando que el recurrente es mayor. No se da valor a las pruebas médicas practicadas en otro procedimiento y a una documentación italiana que le identifican como menor. El recurso de revisión no es marco en el que practicar diligencias de prueba. ATS de 19 de octubre de 2018

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Recurribilidad del Decreto del Fiscal

El decreto del Fiscal no es recurrible porque no es acto administrativo al no ser el Fiscal Administración. STSJ de Madrid, secc.3ª, nº 458/2018, de 5 de julio o porque la actuación impugnada no ha tenido reflejo en el orden contencioso en forma de una expulsión administrativa. STSJ de Madrid, secc.9ª, nº 622/2018, de 23 de julio.

Documentos y prueba médica contradictorias

Prevalece la prueba médica

Se cuestiona el documento en un caso de reagrupación familiar. Las



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

pruebas médicas están más adaptadas a la evolución ósea de la población de Bangladesh y que sus resultados están muy alejados de lo manifestado por la concurrencia de varios indicios previstos en la Recomendación nº9 de la Comisión de Estado transpuesta en nuestro país por la Instrucción de la DGRN del 2006 de prevención del fraude documental

- Existe un intervalo muy largo entre la fecha del acta y la fecha del hecho al que se refiere (una diferencia de más de 15 años entre el nacimiento y su registro).

-En comparación, el tiempo es corto entre el registro del nacimiento y trámite para el que se expide el documento (3)

Comentario: Un documento tan lejano y tan cercano al mismo tiempo.

-Se desconoce en base a qué documentos o declaraciones se produjo la inscripción tardía del nacimiento.

-Informe de la embajada española sobre la llevanza de los registros en Bangladesh. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº474/2018, de 11 de junio

Prevalece el documento

La Fiscalía aceptó el documento y revisó el decreto. STSJ de Canarias, secc.2ª, nº 137/2018, de 15 de junio.

Únicamente hay pruebas médicas

MUY INTERESANTE. La actuación del Fiscal es de urgencia por lo que basta con la prueba del carpo. Es el médico quien decide por *lex artis* las pruebas médicas a realizar. El Fiscal no consideró necesario ampliarlas. Es en el proceso judicial donde el interesado debe solicitar pruebas complementarias ya que tiene el derecho a la asistencia jurídica gratuita STSJ de Andalucía (con sede en Málaga), secc.2ª, nº 1254/2018, de 11 de junio.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

II.CIVIL

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

A. Documentos y prueba médica contradictorias

a. Prevalece la prueba médica

Audiencia Provincial

1.SAP de Vizcaya nº 471/2018, de 29 de junio

Informe de Policía Nacional señalando una manipulación del pasaporte de Senegal que reflejaba la minoría de edad. El Fiscal ante la apariencia física autoriza las pruebas médicas que dan un resultado de mayoría.

iii. A raíz de tal información recibida la Diputación Foral, Departamento de Acción Social, solicitó a la Fiscalía la averiguación de la condición de menor de edad Jaime. Con tal objeto la Fiscalía en el expediente de Protección previamente incoado acordó, entre otras diligencias, recabar el pasaporte presentado por Jaime, que remitió para su análisis al Grupo de Criminalística de la Policía Científica, que informó que el pasaporte de la República de Senegal nº NUM001 (el documento) era autentico- el soporte se ajusta a las características del formato oficial-, pero que el examen al microscopio revelaba que se habían realizado varias manipulaciones, apreciando las siguientes: en la guarda de la portada, donde se encuentra la página biográfica, los fondos de seguridad datos se habían imprimido con sistema de tratamiento de imágenes informático y reproducido a través de impresora de inyección de tinta, mientras que en los auténticos emplean sistema offset, mayor calidad, definición y nitidez, en la página 2, la cifra de la estatura se ha alterado para formar un 8 y un 7, habiendo provocado el borrado de las cifras la desaparición de parte del papel en la zona, y que no hay reacción de las fibrillas luminiscentes a la luz ultravioleta.

Constatada la manipulación del pasaporte y suscitando dudas la edad de Jaime por su aspecto físico, el Ministerio Fiscal solicitó a la sección de radiodiagnóstico del Hospital de Basurto la realización de una radiografía



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

del carpo de la mano izquierda al objeto de proceder al estudio de la edad ósea por el método Greulich- Pile, una ortopantomografía dental y una radiografía del tercio interno de la clavícula, para posterior estudio por el Médico Forense para determinación de la edad. Realizada las pruebas, previa emisión de consentimiento informado, el Médico Forense emitió informe con fecha 9 de diciembre de 2016 en el que concluye que la edad del explorado es igual o superior a 18 años (todas las pruebas indican una edad igual o superior a dieciocho años).

A la vista del resultado de las pruebas y de las demás actuaciones practicadas en el expediente la Fiscalía dictó Decreto con fecha de 26 de diciembre de 2016, archivando el expediente por mayoría de edad.

iv. Con base el referido Decreto, la Diputación Foral dictó orden Foral nº 3983/2017, de 25 de enero, que dispone el cese de la tutela y acogimiento residencial en el Centro Zabaloetxe de Jaime, que ha sido impugnada por el referido D. Jaime, el cual sostiene que en la fecha en la que se dictó la Orden Foral era menor de edad.

v. Durante la tramitación del procedimiento de impugnación, la representación de D. Jaime presentó para su unión a autos un certificado de nacimiento a nombre de D. Jaime, expedido en Nimazath, Senegal, el 13 marzo 2017, en el que se consigna como fecha de nacimiento de la persona a la que se refiere la certificación el NUM000 de 1999.

Con posterioridad se presenta documentación. Un certificado de nacimiento no es un documento válido a efectos de identificación de quien lo exhibe. El testimonio del pasaporte que presenta el abogado ante la Letrada de la Administración de Justicia no acredita la autenticidad del documento. Es difícilmente explicable que en su momento presentara un pasaporte falso cuando tenía la posibilidad de presentar uno auténtico.

...sin que el resultado de tales pruebas quede desvirtuado por el certificado de nacimiento aportado por la defensa en el expediente, pues el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

certificado de nacimiento no es un documento válido a efectos de identificación de quien lo exhibe y tampoco por el testimonio del documento que exhibió el Letrado del impugnante ante la Sra. Letrada de la Administración de Justicia como pasaporte de D. Jaime, pues el testimonio no demuestra que el documento testimoniado sea auténtico, ni es hábil al efecto de la valoración de la autenticidad del documento que se testimonia y se añade que es de difícil explicación la presentación de un pasaporte falso cuando se dispone o se puede obtener uno auténtico.

2. SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 469/2018, de 22 de junio

La interesada aportó en el aeropuerto del Prat un pasaporte francés en el que constaba que tenía 17 años de edad. Ahora bien, en ese momento manifestó que su verdadera edad es la de 15 años, indicó otro nombre y haber nacido en Senegal. Reconoce que compró el pasaporte por lo que la documentación no es válida. Estaba totalmente justificado realizar las pruebas médicas.

En nuestro caso la joven Marí Trini también llamada y o conocida como Lourdes, llegó el 19 de julio de 2015 al Aeropuerto de El Prat de Llobregat procedente de un vuelo de DAKAR con pasaporte de la República Francesa, con fecha de nacimiento NUM000 de 1998. Según los datos del documento contaba con 17 años de edad.

En el escrito de oposición se afirma que la joven declaró en ese momento que había comprado el pasaporte en Senegal y que tiene 15 años. Efectivamente, consta en el expediente y lo recoge también la sentencia apelada que la joven manifestó llamarse Lourdes y haber nacido en Senegal. Interesa también se oficie a la República del Congo solicitando certificado de nacimiento y pasaporte a su nombre.

Como razona la sentencia apelada y admite la propia apelante en su escrito de oposición, la documentación que portaba no era válida y no puede considerarse a los efectos de su identificación. Ella reconoce que había comprado el pasaporte. Por lo tanto, en este caso existía -no duda más que razonable- sino certeza de que el pasaporte no se correspondía con la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

identidad declarada por lo que era procedente y totalmente justificado en este caso según la doctrina antes citada realizar las pruebas necesarias para la determinación de la edad.

La prueba médica señala claramente la mayoría de edad al consignar que la edad mínima más probable es la de 18 años o más. No se ha aportado prueba ni siquiera indiciaria que la contrarreste. La mayoría resulta de conjugar la falta de documento, la prueba médica, la imposibilidad de identificación, su ausencia en el acto del juicio y el no haber traído a su madre que vive en Francia. Se ofició a la República del Congo para que aportara documentación de la interesada respondiéndose que la joven no está registrada por lo que es precisa documentación para poder expedir el documento solicitado.

Las conclusiones del informe médico legal de fecha 21 de julio de 2017 consignan que la edad mínima más probable sería de 18 años o más (folio 120).

La prueba de la edad practicada señala de forma clara su mayoría de edad.

No se ha aportado prueba - siquiera indiciaria - para contrarrestarla. Ella dice que tiene 16 años en el 2015 y en ese momento el médico forense concluye que tiene unos 18 años. Ante la ausencia absoluta de identificación debemos conjugar los documentos obrantes, la prueba médica, la imposibilidad de identificarse y su ausencia en el acto del juicio. Tampoco se ha traído al proceso a la madre que vive en Francia, según declara. No hay datos de otros parientes.

La ausencia de documento u otra prueba que al menos de forma indiciaria acredite lo que afirma es total.

Al folio 32 EL CRAE Kairos, donde recibió atención inmediata, indica que la joven solo preguntaba cuándo podría marchar del centro y la joven se encuentra en paradero desconocido una vez concluido el expediente de la DGAIA y Fiscalía de Menores.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

A petición de la DGAIA se requirió la presentación del pasaporte al que se refieren las actuaciones y no se ha aportado. Se ofició a la República del Congo para que se remitiera la partida de nacimiento de Lourdes / Marí Trini y documentación sobre ella. La embajada contesta que la joven no está registrada por lo que es precisa documentación para poder expedir el documento solicitado. (folio 114).

b. Prevalece el documento

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 511/2018, de 11 de julio

EL caso que invoca la DGAIA es distinto del presente. En aquel el interesado estaba indocumentado cuando se presentó ante los mossos por lo que procedían las pruebas y en este presentó un certificado. No es suficiente la mera objeción de que un certificado de nacimiento no tiene huella o foto. Estos documentos no suelen incorporarlos. En este caso el certificado es avalado por el Consulado de Mali y la autenticidad no se cuestiona por la demandada. El Fiscal y la Administración no explican porque dudaron de la fecha de nacimiento del documento, si es por la apariencia física u otra circunstancia e hicieron las pruebas. El informe médico es escueto, no se ha hecho la radiografía del carpo y la edad que resulta del mismo, probablemente mayor de 18 años es tan cercano a la minoría que no cabe descartarla.

Y en un caso en el que la documentación aportada era un certificado de nacimiento sostuvimos que "La *sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 junio 2015* a que alude el Letrado de la DGAIA para sostener que estaba justificado realizar las pruebas médicas para determinar su edad cronológica, no contempla un caso similar al presente, pues aquella sentencia del Alto Tribunal trata de un caso en que la persona extranjera no estaba documentada cuando compareció en dependencias policiales y posteriormente incorporó al expediente administrativo un certificado de nacimiento expedido por las autoridades de su país de origen (Nigeria), que se ha considerado fue manipulado en cuanto a la fecha de nacimiento consignada.....Concluye



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

la *sentencia de 8 junio 2015 del TS* que la decisión inicial de la Administración de someter a pruebas médicas a la demandante se ajustó a la normativa de aplicación, pues se trataba de una extranjera inicialmente indocumentada cuya minoría de edad podía ponerse razonablemente en duda dada la manipulación de la fecha de nacimiento que en él constaba" (sentencia de APB, sec. 18 de 29-2-2016 - ROJ: SAP B 2542/2016 - ECLI:ES:APB:2016:2542-). En aquel caso, como en el presente, la parte demandante portaba un certificado de nacimiento cuya única objeción es que no tenía incorporada foto ni huella dactilar, considerando la Sala que dichos documentos no suelen incluir los referidos datos y que nos encontrábamos ante un caso distinto en el que el demandante compareció en Comisaría de los Mossos d'Esquadra portando su certificado de nacimiento en el que de conformidad con la fecha que constaba aparecía como menor de edad.

También hemos dicho en sentencia de 30-9-2016 (ROJ: SAP B 10463/2016 - ECLI:ES:APB:2016:10463) que en los supuestos en que la persona al tiempo de iniciarse el expediente ante la Fiscalía y con anterioridad cuando se persona en los Mossos porta documentación oficial, (como partida de nacimiento expedida en Mali), procede estimar la demanda de oposición, habiendo considerado que "La partida de nacimiento es suficiente a estos efectos según determina el Tribunal Supremo"

En el caso aquí contemplado el extracto de nacimiento ha sido calificado como auténtico por el Consulado de Mali en Barcelona (f. 188) y no ha sido puesto en duda por la parte apelada. No se justifica debidamente la necesidad de la realización de las pruebas de determinación de edad. En el informe médico, además, no consta ni siquiera que se haya realizado la radiografía de muñeca y el informe es muy escueto. Ni de las actuaciones policiales ni de las de Fiscalía pueden desprenderse las razones que llevan a la apreciación de que la edad que se deriva del documento no se corresponda con la edad real. Ninguna referencia se recoge respecto a aspectos físicos o de otra naturaleza que resulten indicativos de que es mayor de edad. Y la conclusión médico forense es de edad mínima más probable los 18 años, tan notablemente próxima a la minoría de edad de manera que ésta no podía quedar descartada.

Es por ello que se estima que el recurrente debió quedar bajo la protección



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

que la ley dispensa a los menores no acompañados y no puede ser considerado extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad lo que determina la estimación del recurso interpuesto.

La incomparecencia del interesado a juicio no es injustificada porque han pasado años desde la finalización del expediente de determinación de edad hasta la citación para el juicio.

A ello no obsta la incomparecencia al acto del juicio cuando se tiene conocimiento, pues así lo comunicó su asistencia letrada, que ha sido imposible su localización. Hay que tener en consideración que ha transcurrido unos años desde que se procedió al cierre del expediente hasta la celebración del juicio por lo que en ningún caso puede considerarse la incomparecencia como injustificada o sin justa causa.

2.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 609/2018, de 19 de septiembre

Se aporta en el procedimiento un certificado de nacimiento. Aunque la inscripción de nacimiento está fuera de plazo al llevarse a cabo en el 2016, no puede considerarse no válido sólo por eso. Si se hubiera presentado al inicio no hubieran podido llevarse a cabo pruebas médicas. La prueba médica se reduce a la exploración forense previa, sin informe radiológico y con sólo ortopantomografía, de la que no puede valorarse el cuadrante inferior izquierdo por deterioro en ambas hemiarquadas inferiores. La forense admite en juicio que hay un margen de error. En su informe emplea el condicional “sería” mayor de 18 años sin especificar a qué condición responde el uso del condicional y qué haría falta para deshacer la hipótesis o confirmarla y sobre una edad de 18 años justa, no más. La prueba médica no es contundente.

4. EL RESULTADO DE LAS PRUEBAS

Se acompaña certificado de nacimiento que acredita como fecha del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

mismo el NUM000 de 1999 (f.81). Se trata de una inscripción acordada fuera de plazo, en virtud de expediente de Registro civil. No es 2016 la fecha de la petición de certificado, sino la de la inscripción, pero eso no supone su invalidez. Este medio probatorio, de haberse aportado en el momento inicial, hubiera impedido la práctica de pruebas médicas, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo. A 2 de noviembre de 2015 el menor tendría 16 años y medio.

El informe médico preliminar del forense de 2 de noviembre de 2015 consideró, por anamnesis y exploración clínica (datos antropométricos, examen dental y desarrollo sexual) que el Sr. Donato era menor de edad, a la espera de pruebas complementarias. La exploración médico forense de 10 de noviembre, sin informe radiológico y con sólo ortopantomografía, de la que no puede valorarse el cuadrante inferior izquierdo por deterioro en ambas hemiarquadas inferiores, concluye que la edad mínima más probable "sería" de 18 años.

La médico forense admite en juicio el posible margen de error y formula su conclusión no en términos categóricos, sino condicionales (sin especificar a qué condición responde el uso del condicional y qué haría falta para deshacer la hipótesis o confirmarla) y sobre una edad de 18 años justa, no más.

No pueden reclamarse daños y perjuicios al no ser el procedimiento adecuado al ir dirigido a la protección del menor. Tampoco hay prueba del supuesto perjuicio.

Con estos datos debemos concluir que no queda acreditada la mayoría de edad del Sr. Donato en noviembre de 2015 y que, por tanto, tenía derecho a la protección que no se le dispensó. No es este el procedimiento adecuado para una reclamación de daños y perjuicios, sino para la protección del menor. No hay prueba tampoco del supuesto perjuicio producido, ni de su valor. Tampoco se ha mantenido esta pretensión por vía de recurso.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

3.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 862/2018, de 5 de diciembre

El interesado aporta un documento después de iniciarse el expediente de determinación, pero antes de que se autoricen las pruebas médicas. Al no presentar la documentación cuando se presenta ante los mossos, el Fiscal puede autorizar las pruebas médicas. En este caso sólo figura que la edad se ha establecido por exploración física del forense sin que conste que se hayan realizado pruebas radiológicas. Se habla de edad ósea pero no consta la prueba radiológica. El margen de error que se hace constar en el informe se niega por el forense en juicio. La edad es muy próxima a los 18 años El certificado de nacimiento debe ser tenido en cuenta ya que la contradicción con las manifestaciones del interesado es sólo en cuanto al día, no en cuanto al mes y año. Los certificados no suelen llevar foto y la jurisprudencia les da validez. La incomparecencia no equivale a una ficta confessio.

Del contenido del expediente se desprende que el demandante se presentó en la Oficina de Atención al Menor de los Mossos d'Esquadra el 19-12-2016 sin documentación y manifestando haber nacido el NUM000 -2000. Según Informa la Policía no consta identificado por el CNP. Por la DGAIA se dicta Resolución el 19-12-2016 acordando atención inmediata y autorizando el ingreso en centro. Por el Ministerio Fiscal se inicia el expediente de determinación de edad y se llevan a cabo las pruebas médicas que aparecen en el informe de l'Insitut de Medicina Legal de 28-2-2017. Según Informe emitido por el Centro se contacta con la familia de Sixto que acepta el proyecto migratorio y no solicita el retorno. La familia a petición del centro remite el certificado de nacimiento de Sixto en el que aparece como fecha de nacimiento el NUM000 -2000. No consta la fecha en que se recibe dicha documentación, pero parece que es después de iniciarse por la Fiscalía el expediente de determinación de edad, aunque Sixto ya tiene dicha documentación cuando se somete a las pruebas médicas.

El Informe médico que ha efectuado las pruebas al demandante norteafricano determina una edad ósea del carpo según escala Greulich-Pyle de 18 años, pero no consta realizado informe radiológico derivándose dicha afirmación "según valoración del médico forense que realiza la exploración".



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Se afirma que la edad estimada por ortopantomografía es también de 18 años. La conclusión médica, sin realizar más pruebas, que se afirma es de "edad mínima más probable 18 años". Y se añade que existe un margen de error no estimable en este caso al no disponer de estudios poblacionales de referencia, aunque dicho margen de error es negado después en la vista según recoge la sentencia apelada.

Ciertamente el demandante no portaba documentación acreditativa de su edad cuando se presentó a los Mossos d'Esquadra como se alega por la parte apelada, por lo que en principio está justificada la realización de las pruebas para la determinación de la edad como ha dicho el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 8- 6-2015 (ROJ: STS 2347/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2347) al señalar que existen "razones con encaje legal para acordar la práctica de pruebas médicas de averiguación de su edad" y "la decisión inicial de la Administración de someter a pruebas médicas a la demandante se ajustó a la normativa de aplicación en los estrictos términos en que ha sido interpretada por esta Sala". Pero no cabe denegar toda validez al certificado de nacimiento enviado después por su familia. La contradicción en cuanto al día de nacimiento expresado por el interesado en dos momentos distintos (12 y 25) carece de trascendencia pues hay coincidencia en el mes y el año. Y no hay elementos de los que pueda derivarse duda respecto a la veracidad del contenido del certificado de nacimiento presentado. La circunstancia de no llevar fotografía no afecta a la credibilidad del documento pues se trata de documentos que no suelen llevar por regla general fotografía. Y se ha venido considerando por regla general que la partida de nacimiento es suficiente a estos efectos según determina el Tribunal Supremo.

Por otra parte el Informe médico realizado contiene conclusiones que se derivan de la mera explicación sin prueba médica que lo verifique como ocurre cuando afirma edad ósea del carpo de 18 años sin que conste informe radiológico. Como ya hemos dicho en otras resoluciones, la conclusión médico forense de edad mínima más probable 18 años, es tan notablemente próxima a la minoría de edad que ésta no podía quedar descartada.

Se estima en consecuencia que el recurrente debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados. A ello no



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

obsta la incomparecencia al acto del juicio pues cabe valorar que han transcurrido unos meses desde que se procedió al cierre del expediente hasta la celebración del juicio por lo que en ningún caso puede considerarse la incomparecencia como injustificada o sin justa causa para otorgarle los efectos de la *ficta confessio*.

B. Únicamente hay pruebas médicas

a. Se confirman las pruebas médicas

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 459/2018, de 18 de junio

En ningún momento el joven ha presentado documento alguno que le identifique. A ello se une su aspecto según las fotografías. Está justificado realizar pruebas médicas que fijan como edad más probable los 19 años.

En este caso y en primer lugar indicar que el joven, ni en el momento de su personación ante la Fiscalía de Menores, ni durante su estancia en el centro de protección ni en la demanda, ni el día de la vista o con posterioridad a ella, ha presentado documento que le identifique. Únicamente constan los datos de filiación que proporciona ante la Policía y, en el expediente del menor abierto por la DGAIA donde refiere que es menor, no tiene familia en España y carece de documentación (folios 26 y 27). Pese a facilitar la identidad de padres y un primo en Almería y proporcionar un teléfono móvil de sus familiares en Marruecos no se ha completado ni adicionado prueba identificativa en este sentido.

A la falta de documentación del actor, hecho acreditado y no cuestionado por el recurrente, se une el aspecto del joven según las fotografías que constan en el procedimiento, por ello compartimos la procedencia de la realización de pruebas de determinación de la edad de conformidad con el *artículo 35.3 Ley 4/2000, de 11 de enero* y en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En segundo lugar, el resultado de las pruebas médicas practicadas fija como edad más probable los 19 años. No hay reservas y se ha considerado en su realización el principio del favor minoris por lo que concluimos que en este caso no se ha producido infracción de la normativa citada por la parte apelante como razona la resolución de instancia en concordancia con el informe emitido por el Ministerio Fiscal.

b. Son insuficientes

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 567/2018, de 6 de septiembre

Constitucionalidad de las pruebas médicas.

El art.12.5 de la LO 1/1996 autoriza que el Fiscal acuerde realizar pruebas médicas si su juicio de ponderabilidad de la documentación le permite dudar. Las pruebas deben llevarse a cabo previo consentimiento informado del interesado y respeto a su dignidad y sin riesgo para su salud.

1. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS MÉDICAS

1.1 El *art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que "[c]uando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

indiscriminadamente, especialmente si son invasivas." Reformado el precepto por la Ley 26/2015, de 28 de julio, es decir, con posterioridad a la nueva doctrina del Tribunal Supremo, la Exposición de Motivos de la reforma reza que "... en el artículo 12... se introduce la presunción de minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad, hasta que se determine finalmente la misma".

Por tanto, el Ministerio Público debe ponderar la documentación escrita (pasaporte o documento de identidad) y su fiabilidad y acordará pruebas médicas si el juicio de ponderación le lleva a dudar. En tal caso, acordará las pruebas médicas con celeridad, que deben contar con el previo consentimiento informado del afectado y que se practicarán con respeto a la dignidad del provisionalmente considerado menor y sin riesgo para su salud.

La Ley Orgánica 1/1996 nada dice sobre los indocumentados pero el Supremo señala que sean o no documentados, las pruebas médicas si son invasivas no pueden aplicarse indiscriminadamente

1.2 En la Ley Orgánica 1/1996 nada se dice para cuando el supuesto menor se presente indocumentado, pero el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que "[e]n 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, cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca 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 los 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». Para la Sala, «[u]n menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas". La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden traumatizar al sometido a ellas, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas" (TS Pleno, *STS, Civil sección 991 del 23 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3818)*, *STS, Civil sección 991 del 24 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3817/2014 - ECLI:ES: TS:2014:3817)* y Sala, *STS, Civil sección 1 del 16 de enero de 2015 (ROJ: STS 26/2015 - ECLI:ES:TS:2015:26)*, *STS, Civil sección 1 del 16 de enero de 2015 (ROJ: STS 27/2015 - ECLI:ES:TS:2015:27)*, *STS, Civil sección 1 del 22 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2064/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2064)*, *STS, Civil sección 1 del 22 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2065/2015 - ECLI:ES: TS:2015:2065)*, *S, Civil sección 1 del 23 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2217/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2217)*, *STS, Civil sección 1 del 08 de junio de 2015 (ROJ: STS 2347/2015 - ECLI:ES: TS:2015:2347)*, *S, Civil sección 1 del 18 de junio de 2015 (ROJ: STS 2574/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2574)* y *STS, Civil sección 1 del 03 de julio de 2015 (ROJ: STS 3160/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3160)* y *STS, Civil sección 1 del 01 de diciembre de 2016 (ROJ: STS 5227/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5227)*.

Si la ausencia de pasaporte o documento similar es debido a la sola voluntad del menor, pueden producirse situaciones de fraude que deben prevenirse. Por el mero hecho de no portar la documentación se podría conseguir la protección como menor de adultos sujetos a un control de extranjería. Por tanto, si el interesado no tiene documento cabe llevar a cabo la prueba médica.

1.3 Sin embargo, si la falta de pasaporte o documento similar es debido a la sola voluntad del menor, podrían producirse situaciones de fraude de Ley que deben prevenirse, pues, por el solo expediente de no portar la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

documentación de identidad, se podría conseguir la consideración de la minoría de edad y la protección que supone respecto a personas adultas sometidas a una legislación y a un control administrativo para su entrada y permanencia en España. Impedido el Ministerio Fiscal de recabar pruebas médicas con base en la mera "apariencia física", la falta de soporte documental haría legal y regular la presencia de cualquier persona en nuestro país fuera cual fuera su edad y su apariencia física.

Por eso hemos dicho que "[a]nte la falta de documentación del actor, hecho acreditado y no cuestionado por el recurrente, afirmamos y en este caso compartimos por lo tanto también la procedencia de la realización de pruebas de determinación de la edad de conformidad con el *artículo 35.3 Ley 4/2000, de 11 de enero* "(SAP, *Civil sección 18 del 14 de octubre de 2016* (ROJ: SAP B 10210/2016 - ECLI:ES:APB:2016:10210). Las dudas sobre la edad no pueden nacer del solo hecho de la apariencia, pero sí de la concurrencia de este dato con la falta de documentación de identidad.

El recurrente fue atendido por el servicio de educadores de la Fiscalía. Manifestó tener pasaporte y carta de identidad marroquí, No ha practicado gestión alguna particular o consular para obtenerlo por lo que sólo a él le es imputable la imposibilidad de aportarlo. El interesado no es ajeno a la carga de la prueba médica. Acordar la realización de las pruebas médicas no lesiona el derecho a la protección de los poderes públicos o la tutela judicial efectiva.

En este caso, el Sr. Vidal fue atendido por el servicio de educadores de la Fiscalía el 15 de febrero de 2017 y allí el recurrente dijo tener el pasaporte y carné de identidad en Marruecos (Tetuán). No ha practicado diligencia alguna para aportarlo, ni por vía particular, ni por vía consular, de modo que solo a él es imputable la imposibilidad de acreditar su edad documental. Si el demandante reclama su protección como menor de edad, no es ajeno a la carga de la prueba que acredite que lo es, en especial mediante la documental de documento de identidad y pasaporte que no trajo consigo desde Marruecos.

Por tanto, y sin perjuicio del resultado de las pruebas médicas y su valoración, no puede sostenerse que se ha afectado el derecho a la protección



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de los poderes públicos (art. 9 CE) o a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por el hecho de que se acordara la realización de dichas pruebas.

Este enfoque no es afectado por la normativa de extranjería del art.35.3 LOEX.

1.4 Este enfoque no queda afectado por las normas de extranjería. El art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que "[e]n 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.

Añade el párrafo a que "[d]eterminada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle." Se prevé también la posibilidad de repatriación de menores de edad, con apoyo diplomático, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, aunque se considera regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. "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 hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor" y "[l]a concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

en el apartado cuarto de este artículo".

La prueba médica no es una injerencia en un derecho fundamental sujeto a control judicial en un proceso penal. El contexto de la prueba es proteger a quien sea menor. Las pruebas médicas no han tenido por objeto excluir al interesado de la protección como menor. La prueba médica es un presupuesto para proteger al menor en defecto de documento. La Ley de Extranjería no impide que el Fiscal pida el consentimiento informado para llevar a cabo pruebas médicas en defecto de documentos fiables. Es contradictorio alegar que las pruebas médicas son invasivas y basarse en ellas para acreditar la minoría

La consideración de las pruebas médicas no puede realizarse desde la perspectiva de las medidas ingerentes en Derechos Fundamentales, sometidas a control judicial en el proceso penal, pues en el ámbito de protección de menores no se exige de tal control. Por tanto, el contexto de realización de las pruebas es el de proteger al menor. No queda acreditado que las pruebas médicas practicadas hayan tenido por finalidad excluir al Sr. Vidal de ser protegido.

Partiendo de esta regulación y de la necesidad de proteger a quien sea menor de edad, las pruebas médicas deben ir destinadas a establecer la minoría de edad como presupuesto de protección del afectado y en defecto de acreditación documental. La Ley de Extranjería es compatible con las reglas de actuación que incumben al Ministerio Fiscal, con la necesidad de recabar que concurra consentimiento informado en el caso de falta de fiabilidad de la documental y sobre la procedencia de la práctica de pruebas médicas cuando la duda no está basada exclusivamente en la apariencia física, sino también en la falta de documentación.

Aunque la normativa de extranjería no exige el consentimiento del menor el art.12.4 de la Ley sí y la doctrina jurisprudencial establecen que la prueba médica de determinación de edad venga precedida de un consentimiento informado lo que supone una remisión a la normativa reguladora de la autonomía del paciente. El consentimiento puede ser escrito, aunque puede constar por otra forma. En este caso el interesado accedió a que se realizaran las pruebas médicas. El consentimiento no



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

puede supeditarse a que el resultado sea favorable. En el informe forense consta que el interesado accede a que se realicen las pruebas. El afectado no cuestiona que consintió que se realizaran las pruebas.

2. EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR

La Ley de Extranjería no establece si se debe recabar o no el consentimiento del menor o de sus legales representantes para ser sometido a pruebas de determinación de la edad , pero el *art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996* y la mencionada doctrina jurisprudencial exigen que, para la práctica de las pruebas médicas en el llamado "Expediente de Determinación de Edad", se cuente con el consentimiento informado del afectado, lo que supone la remisión a los términos y condiciones previstas en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo art. 9* defiende que el menor consciente pueda prestar dicho consentimiento informado. La acreditación del consentimiento informado debe ser escrita, conforme a las normas generales, pero también se puede acreditar de otro modo. El consentimiento del interesado o afectado no es exigible en el tratamiento de datos que tengan por finalidad la protección de menores (*art. 22 quáter de la Ley Orgánica 1/1996*) y, en todo caso, se rechaza la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor y aunque concurra el de sus representantes legales.

El *art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996* regula el derecho del menor a ser oído y escuchado ("El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo").

A tenor de estos preceptos, se pidió al Sr. Vidal autorización para la práctica de las pruebas y prestó su consentimiento. El demandante fue atendido por el servicio de educadores de la Fiscalía el 15 de febrero de 2017 y aceptó someterse a las pruebas y ser atendido provisionalmente como menor. Se presentó en comisaría el 15 de febrero de 2017 y al día siguiente



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

la DGAIA abrió expediente de desamparo y dictó resolución de atención inmediata. En los dos informes médicos forenses practicados se recoge que el paciente muestra su consentimiento a ser explorado y a la práctica de las pruebas.

El consentimiento no puede quedar condicionado a que el resultado de las pruebas fuera favorable. En ambos informes médicos forenses, realizados sin presencia de fedatario, se recoge que el explorado consiente las pruebas, y que aceptó su realización no es negado por el Sr. Vidal. Por tanto, no se ha infringido la exigencia de consentimiento informado.

El informe forense destaca la contradicción de la declaración del menor, dice tener 17 años, con la fecha de nacimiento que menciona, que le haría tener 16 años y tres meses, y que el menor consiente en ser explorado. El informe médico basado en una simple exploración concluye que tiene al menos 18 años y que la edad más probable es de 18 años parece que lo concluye ante el desarrollo de las piezas y mineralización, pero no está bien explicado. No practica radiografía esternoclavicular ni TAC. Las pruebas no son contundentes.

3. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

El Sr. Vidal se presentó en comisaría el 15 de febrero de 2017 y al día siguiente la DGAIA abrió expediente de desamparo y dictó resolución de atención inmediata. El Decreto de Fiscalía es interno, no es recurrible, son las resoluciones de la DGAIA las que se pueden impugnar, en concreto la de 3 de marzo de 2017 que cierra el expediente de desamparo.

El demandante fue atendido por el servicio de educadores de la Fiscalía el 15 de febrero de 2017, que apreció una edad de 16-17 años sin prueba alguna (aunque no es un informe de médico forense, como predica el recurrente).

El informe médico forense de 16 de febrero de 2017 (Dra. Alicia) destaca la contradicción de la declaración del menor (dice tener 17 años) con



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

la fecha de nacimiento que menciona (que le haría de 16 años y 3 meses) y que el supuesto menor consiente en ser explorado. El grupo racial es norteafricano. Concluye el médico que el examen antropométrico, dental y desarrollo de caracteres sexuales secundarios del explorado es compatible con ser menor de edad, a la espera de radiografía y ortopantomografía.

El informe médico forense de 23 de febrero de 2017 (Dra. Angelica), con simple exploración ósea y sin prueba radiológica, refiere un juicio de edad de 19 años y con la ortopantomografía deduce "almenys 18 anys" y que "l'edat mínima més probable seria de 18 anys" (parece que lo concluye ante el desarrollo de las piezas y mineralización, pero no está bien explicado, y al recoger 100=16 años, puntuación máxima, de los dientes del cuadrante inferior izquierdo). No practica radiografía esternoclavicular ni TAC.

Las pruebas realizadas no son contundentes para establecer de forma indubitada la mayoría de edad. Como hemos dicho en otras ocasiones, existiendo un margen de error no exactamente estimable y aplicando el principio del *favor minoris*, entendemos que el recurrente debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

C.Recurribilidad de la determinación de la edad

1.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 566/2018, de 16 de octubre

El recurrente solicita que el interesado sea declarado menor. El Juzgado de instancia inadmite la demanda al no existir una resolución del ente de protección de cese de tutela incardinable en el art.780 LECIV. La Sala señala que el contenido del recurso es confuso porque hay un Decreto de Fiscalía de minoría y una Resolución de la DGAIA declarando al interesado en desamparo y asumiendo la tutela. Lo que se solicita en el recurso ya ha sido acordado por la entidad competente. La decisión del Fiscal es irrecurrible judicialmente. Su expediente son actuaciones internas para ver si se actúa o no en protección de un menor. Las diligencias del Fiscal no forman parte del expediente administrativo, sin perjuicio de que puedan ser unidas al proceso. Sólo puede recurrirse la resolución del ente de protección que ha acordado



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

lo que el recurrente reclama.

PRIMERO. - La demanda que ha sido inadmitida no impugna ninguna resolución de la entidad pública dictada en protección de un menor ni de archivo de un expediente de desamparo. En la demanda que se autodenomina de protección de derechos del menor extranjero no acompañado lo que se solicita es que Alfredo sea considerado menor de edad, se averigüe su vinculación familiar tanto en España, como en su país de origen, se averigüe y se realice el análisis correspondiente valorar su situación personal, social y familiar del infante/adolescente y se propongan las medidas de protección más adecuadas al interés del menor al que se debe considerar menor de edad, desamparado con asunción de su tutela. El Auto inadmite a trámite la demanda por entender que no existe resolución que sea incardinable en el *art. 780 LEC*. En el recurso de apelación se reitera la petición del escrito inicial.

Resulta confuso el contenido del recurso. De la documentación que obra en el expediente se deriva que por Decreto de Fiscalía de fecha 5-12-017 se declaró que Alfredo debe ser considerado menor de edad; por resolución de la DGAIA de fecha 13-2-2018 se declaró al interesado en situación de desamparo asumiendo las funciones tutelares manteniendo el ingreso en el centro de acogida.

Lo solicitado en el recurso ya ha sido acordado por la entidad competente que ha dado al interesado la protección reclamada pues ha considerado al mismo menor de edad y ha asumido la tutela declarando el desamparo. No se alcanza a entender cuál sea la finalidad del recurso. Si lo que se pretende por el recurrente es revisar la actuación de la Fiscalía, ya hemos señalado en Auto n. 326/2018 que la actuación de la Fiscalía es de carácter interno para decidir si ha de actuar o no en protección de un menor y que no implica adoptar medidas que se puedan impugnar judicialmente y que las diligencias practicadas no forman parte del expediente administrativo, sin perjuicio de que puedan ser unidas al proceso. Y en este supuesto no puede entenderse que la demanda impugne las resoluciones administrativas dictadas por la DGAIA en protección del apelante pues las medidas adoptadas son precisamente las que se solicitan por el recurrente.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

No cabe reclamar la tutela judicial cuando la actividad administrativa acordada coincide con la tutela que se pretende.

2. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 586/2018, de 25 de octubre

El recurrente solicita que el interesado sea declarado menor de edad cuando ya lo ha sido.

PRIMERO. -Se alza el apelante contra la resolución impugnada, que inadmite la demanda de protección de derechos del menor extranjero no acompañado, formulada el 7-12-2017 al amparo de los *arts. 779 y 780 LEC*, interesando que se revoque dicho pronunciamiento, y que, tras la averiguación de su vinculación familiar, la valoración de su situación personal, social y familiar, se propongan las medidas de protección más adecuada su interés ya que es menor de edad.

SEGUNDO. - Nos encontramos en el caso con que las diligencias se incoaron en 15-10-2017 por comparecencia del apelante en la que solicitó ser asistido.

Abierto expediente de determinación de edad por la Fiscalía de Menores el 15 siguiente, se le recabó consentimiento informado para la práctica de pruebas de determinación de edad. En el Hospital Clínico se practicaron pruebas óseas. El médico forense dictaminó que probablemente podía ser un menor de edad, y que su edad mínima más probable era de 16 años....por lo que acuerda que sea considerado menor de edad y que se incoen diligencias procesales de protección.

Por resolución de la DGAIA de 27-10-2017 se acordó prestarle atención y dispuso su ingreso en un centro de protección. Por la de 18 de junio lo se le declaró en situación de desamparo con la asunción de las funciones tutelares por parte de la misma y dispuso el mantenimiento de su ingreso en el centro DIRECCION000, donde continúa ingresado, con lo cual, habiéndose cumplido con lo peticionado por el apelante en el escrito iniciador de estos autos, no podemos sino desestimar el presente recurso.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

3.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 551/2018, de 9 de octubre

Se ha inadmitido por el auto recurrido la demanda por la que el interesado reclama ser menor de edad al no existir resolución administrativa. Para mejor resolver, la Sala acordó recabar de la Fiscalía informe sobre su intervención y de la DGAIA la resolución administrativa de archivo o de protección dictada en su caso.

El auto recurrido ha inadmitido la demanda de protección de derechos de menor extranjero no acompañado porque no se dan los requisitos contenidos en el *artículo 780 LEC* dado que no existe resolución administrativa contra la que proceda oposición. Ello se adopta sin perjuicio de notificar la presentación de la demanda a la DGAIA para que tome aquellas medidas que sean necesarias en protección del menor. El apelante recurre.

El apelante insiste en su petición de protección de derechos de menor no acompañado mediante expediente de referencia de NUM000 a nombre de Vicente, que debe ser considerado menor de edad, se averigüe su vinculación familiar tanto en España como en su país de origen, se valore su situación personal, familiar y social y se adopte la medida de protección más adecuada al interés del menor Vicente, al ser menor y estar desamparado.

La demanda fue registrada el 5 de enero y para su tramitación como oposición a medidas en protección de menores se requirió la aportación de la resolución que se impugna y la fecha de notificación.

La parte ha acompañado las alegaciones efectuadas ante la Sección de menores de la Fiscalía Provincial de Barcelona en relación con el NUM000.

A la vista de lo actuado en el procedimiento y para mejor resolución del recurso interpuesto este tribunal acordó recabar de la Fiscalía informe sobre su intervención y de la DGAIA la resolución administrativa de archivo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

o de protección dictada en su caso.

SEGUNDO.- El *art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que "[e]n 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.

Añade el párrafo a que "[d]eterminada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle".

Se prevé también la posibilidad de repatriación de menores de edad, con apoyo diplomático, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, aunque se considera regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. "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 hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor" y "[l]a concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo".

De la documentación remitida por Fiscalía se desprende que el interesado al tiempo de la exploración física manifestó ante la Fiscalía



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

ser de Nigeria y tener 20 años. La DGAIA señala que no les consta expediente. Se desestima la demanda.

En este caso y partiendo de la documentación remitida por la Fiscalía de menores nos encontramos con un extranjero no documentado que el día 5 de febrero de 2016 fue presentado a la oficina de atención al menor de Barcelona por los Agentes de la Guardia Urbana a raíz de un operativo de esa unidad por un tema de prostitución.

Ante la Fiscalía quien hoy recurre manifestó tener 20 años, ser de Nigeria y llamarse Vicente. La misma edad de 20 años fue referida por el Sr. Vicente al tiempo de ser explorado por el Médico Forense a continuación.

El 19 de septiembre de 2018 la DGAIA informa a este tribunal que no les consta expediente ni por lo tanto resolución administrativa de archivo o de protección respecto de ese ciudadano.

En este caso, atendido lo expuesto entendemos procedente confirmar la resolución apelada, sin imposición de costas.

4. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 483/2018, de 24 de julio

El Tribunal debe indagar desde la perspectiva del art.24 CE si existe Resolución administrativa de cese. Se pide información a Fiscalía y a la DGAIA. Fiscalía informa que el interesado fue declarado menor y así consta en Resolución de la DGAIA. Se confirma el Auto si bien era el Juzgado quien debió recabar dicha información.

- La Sala entiende que el Juzgado antes de proceder a resolver sobre la admisión o inadmisión de la demanda, debió verificar si por parte de la entidad pública se ha dictado o no alguna Resolución, ello desde la perspectiva del derecho de defensa del *art. 24 CE* y de los principios generales de protección del menor.

En sede de apelación se ha solicitado tanto al Ministerio Fiscal como a la entidad pública información sobre la persona del demandante y de la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

misma se desprende que Sebastián ha recibido protección como menor de edad. Así consta que por Resolución de la DGAIA de fecha 8 enero 2018 se declaró su desamparo, se le prestó atención inmediata y se le ingresó en un centro de acogida.

Procede por tanto confirmar el Auto del Juzgado que inadmite a trámite la demanda y acuerda el archivo del expediente sin poder dejar de indicar que lo procedente era que por el mismo se hubiera debido recabar la información que ha sido solicitada ahora por la Audiencia, información que pone de manifiesto que en contra de lo que se alega, por la entidad pública se ha dictado resolución y que consta se le ha dado al interesado la protección legal correspondiente como menor de edad.

5.AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 483/2018, de 24 de julio

El Juzgado antes de inadmitir la demanda debe comprobar si hay resolución administrativa de cese de tutela. Así lo exige el derecho de defensa del art.24 CE. El interesado ha sido declarado en desamparo y se le ha prestado atención como menor.

La demanda que se autodenomina de protección de derechos del menor extranjero no acompañado se solicita que Sebastián sea considerado menor de edad, se averigüe su vinculación familiar tanto en España, como en su país de origen, se realice el análisis correspondiente valorar su situación personal, social y familiar del infante/adolescente y se propongan las medidas de protección más adecuadas al interés del menor al que se debe considerar menor de edad, desamparado con asunción de su tutela.

El recurrente no impugna resolución alguna de la DGAIA dictada en protección de un menor ni el archivo de un expediente de desamparo.

El Auto recurrido inadmite a trámite la demanda por entender que no ha sido dictada por la DGAIA, ni es una resolución administrativa sino un Decreto de Fiscalía, y acuerda el archivo de las actuaciones, sin hacer el Juzgado de primera instancia averiguación alguna de las actuaciones realizadas por la entidad pública a pesar de que el Decreto de Fiscalía



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

indicaba que el hoy recurrente era menor de edad, y se acordaba su notificación a la DGAIA.

Resulta confuso el contenido del recurso, pero de su contenido se entiende que se está solicitando que se adopten las medidas que para los menores de edad no acompañados establece el protocolo de actuación.

TERCERO. - La Sala entiende que el Juzgado antes de proceder a resolver sobre la admisión o inadmisión de la demanda, debió verificar si por parte de la entidad pública se ha dictado o no alguna Resolución, ello desde la perspectiva del derecho de defensa del *art. 24 CE* y de los principios generales de protección del menor.

En sede de apelación se ha solicitado tanto al Ministerio Fiscal como a la entidad pública información sobre la persona del demandante y de la misma se desprende que Sebastián ha recibido protección como menor de edad. Así consta que por Resolución de la DGAIA de fecha 8 enero 2018 se declaró su desamparo, se le prestó atención inmediata y se le ingresó en un centro de acogida.

Procede por tanto confirmar el Auto del Juzgado que inadmite a trámite la demanda y acuerda el archivo del expediente sin poder dejar de indicar que lo procedente era que por el mismo se hubiera debido recabar la información que ha sido solicitada ahora por la Audiencia, información que pone de manifiesto que en contra de lo que se alega, por la entidad pública se ha dictado resolución y que consta se le ha dado al interesado la protección legal correspondiente como menor de edad.

6. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 624/2018, de 14 de noviembre

El decreto del Fiscal no es recurrible directamente. Conforme al Decreto el interesado es menor por lo que la reclamación del apelante carece de objeto.

Conforme al *art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Consulta n. 1/2009 de la Fiscalía General del Estado y *ATC n. 151/2013*, y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

como ya hemos recogido en AAP, Civil sección 18 del 28 de mayo de 2018 (ROJ: AAP B 3245/2018 - ECLI:ES: APB:2018:3245A) de la existencia de una actuación de la Fiscalía no puede deducirse la existencia de recurso directo contra el decreto de determinación de la edad.

Pero, por otra parte, el Decreto de la Fiscalía de 3 de octubre de 2017 establece que el interesado debe ser considerado menor de edad, consta en el Rollo que la DGAIA declaró el desamparo por Resolución de 6 de noviembre de 2017 y el menor está asistido en un centro, por lo que la reclamación del apelante carece de objeto.

7.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 609/2018, de 19 de septiembre

El plazo de caducidad de dos meses del art.780 LECIV para recurrir judicialmente no es computable sino consta que se le notificara al interesado la resolución administrativa de cese de tutela. Anuncia la demanda contra el decreto del Fiscal es coherente si no consta la Resolución administrativa.

La DGAIA abrió expediente de desamparo el 3 de noviembre de 2015 y acordó la atención inmediata. Tras práctica de pruebas médica y Decreto de la Fiscalía, por Resolución de 23 de diciembre de 2015 la DGAIA deja sin efecto la atención inmediata y cierra el expediente de desamparo.

No consta notificación de esta Resolución, aunque el 10 de noviembre de 2015 el demandante conociera el Decreto de Fiscalía (es cohoneste que anuncie demanda contra este Decreto, si no tenía noticia de la Resolución Administrativa) y el 11 de noviembre abandonara el centro. Lo esencial es que la notificación al afectado en acuse de recibo de 21 de enero de 2016 fue devuelta negativa, una vez recogida la manifestación de la inquilina (f.127).

No podemos computar plazo de caducidad con suficiente claridad, tanto si computamos los 2 meses del *art. 780 LEC*, como los 3 del *art. 113 LDOIA*. Se pidió justicia gratuita el 25 de julio de 2016 y ese mismo día se reconoce el beneficio. Dos días después se presenta la demanda. Lo esencial es que no queda probado que antes del 25 de abril de 2015 el recurrente fuera



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

notificado.

D. Otras

El interesado se marcha antes de completar el expediente

Audiencia Provincial

1. AAP de Barcelona, secc.18ª, nº 456/2018, de 11 de julio

Si el apelado está fugado del centro y permanece ilocalizable, la Fiscalía puede archivar provisionalmente el expediente por no haberse podido practicar todas las pruebas necesarias para determinar sin perjuicio de que se reabra cuando el interesado sea localizado. Sigue sin constar su localización.

Segundo. - El recurrente alega que la Fiscalía ha archivado el expediente al considerarle mayor de edad. Fiscalía indica que el 13 de agosto abrió expediente y fue ingresado en centro de protección OIKIA de Deltebre. Se le recabó consentimiento para la práctica de las pruebas tendentes a la determinación de la edad, pero se fugó el 17 de octubre de 2017 causando baja en el centro el día 24 habida cuenta su falta de localización. Al tiempo de fugarse no se habían practicado todas las pruebas del protocolo de determinación de la edad por lo que Fiscalía acordó el archivo provisional del procedimiento incoado, sin perjuicio de su apertura en caso de conocerse su paradero. A fecha 28 de marzo de 2018 no consta su localización lo que hace que cualquier medida tuitiva que pudiera adoptarse careciera de virtualidad.

Como razona el auto recurrido en este caso la DGAIA ha dictado las resoluciones pertinentes y ha acordado las medidas necesarias para brindar protección al recurrente por lo que nada procede establecer ahora y en este procedimiento cuando de lo informado por el Ministerio Fiscal en escrito de marzo de 2018 se deduce que el apelante está fugado del centro y permanece ilocalizable.

Por todo lo expuesto y razonado procede desestimar el recurso y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

confirmar el auto recurrido sin imposición de costas.

2.SAP de Barcelona, secc.18ª, nº 556/2018, de 16 de octubre

Se confirma el archivo del expediente de protección. LA DGAIA no señala que el recurrente sea mayor, sino que al no ser localizado cierra el expediente de protección abierto. El interesado se fugó del centro de protección antes de que pudieran llevarse a cabo las pruebas médicas que consintió. El Tribunal también ha intentado averiguar su paradero. Nos encontramos ante una persona cuya identidad desconocemos. No se ha aportado a los autos documentación alguna que permita completar su identificación y al marchar y permanecer ilocalizable ha interrumpido el proceso establecido para permitir su protección, imposibilitando la realización de las pruebas complementarias de determinación de la edad

SEGUNDO. - La resolución de la DGAIA de 25 de enero de 2017 no declara que Esteban sea mayor de edad. Se limita a cerrar el expediente de protección abierto por no localización del joven identificado como Esteban, sin perjuicio de lo que pueda acordarse con posterioridad. Como bien señala la sentencia recurrida fue el menor -quien dijo ser Esteban - el que se fugó del centro de protección donde se hallaba acogido por la DGAIA de conformidad con lo resuelto en fecha previa y antes de que se pudieran completar las pruebas de determinación de la edad, a las que prestó consentimiento informado. Asimismo, y como subraya el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, Esteban antes de marchar del centro DIRECCION000 manifestó ser en realidad mayor de edad y querer viajar al Reino Unido.

En el procedimiento cuya sentencia ahora se recurre también se acordó la averiguación de su paradero para que pudiera comparecer a juicio, siendo dicha averiguación negativa. Nos hallamos ante una persona cuya identidad y edad desconocemos dado que fue detenido en el Aeropuerto con documentación falsa que -según reconoció compró en Bélgica por 700 euros-. No se ha aportado a los autos documentación alguna que permita completar su identificación y al marchar y permanecer ilocalizable ha interrumpido el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

proceso establecido para permitir su protección, imposibilitando la realización de las pruebas complementarias de determinación de la edad por lo que al ignorarse su paradero y desconocerse si se halla en territorio español es por lo que procede confirmar el archivo recurrido.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

II.PENAL

1.DETERMINACIÓN DE LA EDAD

A. Documentos y prueba médica contradictorias

a. Prevalece la prueba médica

Tribunal Supremo

1.ATS de 19 de octubre de 2018

Se solicita la revisión de la condena firme dictada por el Juzgado de lo Penal de Asturias. Se aportan por la defensa informes médicos del 2018 emitidos en otro procedimiento penal seguido en Valencia que señalan que la interesada era menor. El Juez de Instrucción de Valencia acordó su libertad por esta causa. Se alega por la recurrente que tiene un documento italiano avalado por las autoridades italianas por las que sería menor de edad. El Tribunal Supremo reclama el procedimiento completo del Juzgado de lo Penal de Asturias y comprueba que en el mismo hay informes médicos que establecen que en la fecha de comisión de los hechos la interesada era adulta y tenía 22 años. También constan informes del Fiscal que señalan que es mayor de edad. El recurso de revisión no es el ámbito en el que practicar nuevas diligencias probatorias. Se deniega la autorización para interponer la revisión por cuanto no aparece en modo alguno, unívocamente en los diversos informes que la recurrente fuera menor de edad en la fecha en que ocurrieron los hechos.

PRIMERO.- Paloma condenada por *sentencia de 4/4/16 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Oviedo en el Procedimiento Abreviado 11/15*, como autora de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, cometido en casa habitada, intentado, sentencia que ganó firmeza al desestimar la Audiencia Provincial de Asturias el recurso de apelación, dando lugar a la ejecutoria 486/16, pretende autorización necesaria para interponer recurso extraordinario de revisión con apoyo en el art. 954.1d) LEcrm alegando que en la fecha en que sucedieron los hechos (5/8/14) era menor de edad, ello a través de las conclusiones del *"Informe Antropológico*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Forense de estimación de edad de fecha 24 de abril de 2018, emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Valencia, la edad de Paloma a la fecha de los hechos por los que fue condenada en esta causa (5 de agosto de 2014) se situaría por debajo de los 18 años de edad y sería por tanto menor de edad...En segundo lugar, Paloma (quien se hacía llamar también Tamara) cuenta con documento de identidad oficial expedido por las autoridades italianas (carta de identidad italiana n° NUM000) en la que consta oficialmente que, a la fecha de los hechos, era menor de edad, pues como fecha de nacimiento figura el " NUM001 /1998"...Informe Lofoscópico de fecha 8 de febrero de 2018, realizado por la Policía Nacional en el marco de las DP 2862/2014 de Juzgado de Instrucción n° 21 de Valencia, en el que quedó aclarado que mi mandante y la persona que se encontraba interna en el Centro Penitenciario "Madrid-1" con el nombre de " Paloma " y NIS: NUM002 SON LA MISMA PERSONA y que, conforme les habían participado las autoridades italianas, la documentación de identidad italiana que portaba Paloma "no aparece sustraída y es auténtica" por lo que no cabe dudar de la veracidad de los datos que contiene, inclusive la fecha de nacimiento que en ella figura. En tercer lugar, la minoría de edad de Doña Paloma a la fecha de comisión de los hechos por los que fue finalmente condenada, ya había quedado constatada en las DP 2862/2014 de Juzgado de Instrucción n° 21 de Valencia, tal y como se puso de manifiesto en su Auto de 12 de marzo de 2018 de dicho Juzgado, que decretó la libertad de Paloma en los siguientes términos:

" Alegada por la defensa la minoría de edad de la investigada, por resolución de fecha 12 de febrero de 2018 se acordó al objeto de determinar la edad de la investigada la realización de Informe Antropológico forense a fin de determinar si en la fecha de la comisión de los hechos la investigada era menor de edad, habiéndose recibido en el día de hoy el informe interesado en el que se concluye la posibilidad de que la edad cronológica de la investigada en la fecha 21 de julio de 2014 se situaría por debajo de los 18 años de edad". El Informe Antropológico forense al que se alude en dicho Auto es el emitido en fecha 8 de marzo de 2018 por el Dr. Don Federico, Médico Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Valencia ...Ello significa que se ha acreditado sobradamente que Paloma era menor de edad tanto el 21 de julio de 2014 como también el 5 de agosto de 2014 y, por tanto, no podía ser penalmente responsable...".



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

El delito se comete en el 2014. La Sentencia se emite en el 2018

SEGUNDO.- El art. 954.1d) LEcrm en que se apoya, establece: *"cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave"* que exige dos requisitos, primero, que se trate de circunstancias o datos que hasta ese momento hubieran sido ignorados y, por tanto, no tenidos en cuenta al dictarse sentencia, aunque fueran anteriores a ella; y, segundo, que evidencien, sin asomo de duda alguna, el error padecido al juzgar (*STS 748/2016, 11 de octubre*). Pero el recurso de revisión no constituye una oportunidad de plantear diligencias de prueba (ver autos de 31/10/16 Revisión 20236/16 y de 10/1/17 Revisión 20639/16). En el supuesto que ahora nos ocupa los hechos tuvieron lugar el 5 de agosto de 2014, la *sentencia objeto de esta revisión es de 4/4/16* y el Informe Forense que cita, emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Valencia, es de 24/4/18 y el Informe Antropológico Forense emitido por el Dr. Federico, médico forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Valencia de 8/3/18, todo ello practicado en las Diligencias Previas 2862/14 del Juzgado de Instrucción núm. 21 de Valencia, ello mueve al Ministerio Fiscal a solicitar testimonio íntegro del Procedimiento Abreviado 111/15 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Oviedo, a los efectos de verificar los anteriores datos afirmados en el encabezamiento de la sentencia de revisión, relativos a la fecha de nacimiento de la identificada como Paloma, nacida en CROACIA el día NUM003 de 1993, hija de Octavio y de Juliana, de ellos el Juzgado de lo Penal de Oviedo infirió su mayoría de edad en la sentencia que la condenó.- Recibido el testimonio íntegro (Procedimiento Abreviado 11/15, hoy ejecutoria 468/16) aparece dictamen del Ministerio Fiscal de 21/3/18 *"... que la presente causa por la que fue condenada, se refiere a hechos cometidos posteriormente al 21 de julio de 2014, en concreto el 5 de agosto de 2014, por lo que en un principio no se cuenta con dato objetivo alguno que diga que la penada en fecha 5 de agosto de 2014 fuese menor de edad"* . Practicadas las pruebas necesarias a instancia del Juzgado de lo Penal de Oviedo, aparece informe médico forense tras solicitar el 2/4/18 en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias radiografía de mano-muñeca izquierda y radiografía de clavícula izquierda para determinar edad ósea, las



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

CONCLUSIONES SIGUIENTES: *"A fecha de realización de las pruebas complementarias Doña Paloma tendría una edad aproximada mayor de 26 años (al presentar fusión completa del núcleo de osificación medial). Por tanto, en cuanto a los hechos objeto del procedimiento ocurridos en agosto de 2014 tendría una edad aproximada de más de 22 años"*, al que sigue informe antropológico forense de estimación de edad. AMPLIACIÓN de la Unidad de Antropología y Odontología Forense de 24/4/18, sigue dictamen del Ministerio Fiscal de 25/4/18 *"...se llega a la conclusión de que en la fecha de los hechos cometidos y por los que fue en su día condenada, (hechos de 5 de agosto de 2014), tendría una edad próxima de más de 22 años, por los que se estima que la misma al tiempo de la comisión de los hechos por los que ha sido enjuiciada y condenada, sería mayor de edad..."*. Acordando el Juzgado de Oviedo por auto de 3/5/18: *"No procede la aclaración de la sentencia firme dictada en la presente ejecutoria. Dese testimonio de la sentencia firme, escrito de acusación, escrito de defensa, e informes médicos-forenses practicados, unidos a la ejecutoria, a la representación de la condenada Paloma. No ha lugar a la libertad de la penada Paloma en tanto no se acredite la admisión a trámite del recurso de revisión..."*.

Es por ello que el Ministerio Fiscal ante esta Sala llega a la conclusión de *"...no aparecer acreditada de manera unívoca en los diversos informes técnicos emitidos al respecto, que la condenada Paloma, también conocida como Tamara, fuera menor de edad en la fecha de comisión de los hechos, 5 de agosto de 2014..."*. A la misma conclusión llega esta Sala, no aparece en modo alguno, unívocamente en los diversos informes que la hoy solicitante Paloma, también conocida como Tamara fuera menor de edad en la fecha en que ocurrieron los hechos (5 de agosto de 2014).

Por lo expuesto, no encontrándonos ante supuesto alguno de los contemplados en el art. 954 de la LECrm, procede conforme al art. 957 del mismo texto legal no dar lugar a lo solicitado.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

2. DETERMINACIÓN DE LA EDAD

A. Competencia de la Jurisdicción Contenciosa. Recursos contra el Decreto del Fiscal

Tribunal Superior de Justicia

1. STSJ de Madrid, secc.3ª, nº 458/2018, de 5 de julio

Irrecurribilidad del Decreto del Fiscal de determinación de edad en el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo. Con arreglo a los arts. 5 y 1 LJCA, las actuaciones del Fiscal para determinar la mayoría de edad no son recurribles en vía contencioso-administrativo porque no son actos administrativos ni el Fiscal es Administración.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo estriba en determinar si es enjuiciable en el orden contencioso administrativo o en el civil el Decreto de la Fiscalía Provincial de Madrid, sección de menores, de 6 de noviembre de 2017, por el que acuerda no haber lugar a la revisión del Decreto de determinación de la mayoría de edad de D. Mauricio, de 7 de julio de 2017, dictado por la Fiscalía de Almería en el seno de sus diligencias 278/17, que considera mayor de edad al extranjero, con base a la maduración ósea de su muñeca izquierda, tras habersele practicado una radiografía de su mano izquierda, que concluye que tiene una impresión diagnóstica de una edad ósea mayor de 19 años, a fecha 7 de julio de 2016.

Hay que partir del *artículo 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que dispone que *“la jurisdicción contenciosa - administrativa es improrrogable. Los órganos de este orden jurisdiccional apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de 10 días. En todo caso, esta declaración será fundada y se efectuará indicando siempre el concreto orden jurisdiccional que se estime competente”*.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Por tanto habrá que estar al *artículo 1 de la LJCA* que delimita el ámbito del orden jurisdiccional contencioso administrativo en los siguientes términos " 1) *Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.* 2) *Se entenderán a estos efectos por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las entidades que integran la Administración Local. d) Las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales.* 3) *Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con: a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. B) los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la ley orgánica del Poder Judicial. c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen General", añadiendo el artículo 3 a) que "no corresponde al oren jurisdiccional contencioso administrativo las cuestiones expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil"*

De la normativa expuesta se deduce claramente que las actuaciones del Ministerio Fiscal de determinación de la edad del recurrente en más de 18 años, no son objeto del recurso contencioso administrativo, por cuanto que ni cabe reputarlo acto administrativo ni el Ministerio Fiscal es una Administración Pública en los términos expuestos, por lo que sus resoluciones no pueden ser objeto de recurso contencioso administrativo.

En el caso debatido, la actuación del Ministerio Fiscal, tal y como expone el Juzgador de la instancia, se ha dictado de conformidad con los *apartados 3 y 4 del artículo 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero* , sobre



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que 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 puede 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 oportunas. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle*".

De la normativa expuesta se deduce que si el extranjero es menor de edad el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle y si por el contrario de la actuación del Ministerio Fiscal, una vez realizadas las pruebas oportunas, se considera que es mayor de edad, como ocurre en el caso debatido, se inician los procedimientos de infracción a la ley de extranjería.

En consecuencia con lo expuesto, y dado que la jurisdicción contenciosa administrativa es improrrogable y, como ya hemos dicho, el Ministerio Fiscal ni es una Administración Pública ni dicta actos administrativos por lo que sus resoluciones no pueden ser objeto de recurso contencioso administrativo, procede desestimar el recurso de apelación confirmando el Auto impugnado y sin que las alegaciones del recurrente en apelación puedan tener favorable acogida, por referirse a cuestiones ajenas a la planteada que se concreta , exclusivamente , en determinar si la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para el enjuiciamiento de la resolución impugnada. En efecto, ni existe interpretación rigorista o desproporcionada en el Auto recurrido, ni se ha dejado de tomar en consideración el interés del menor, ni se ha incumplido el procedimiento previsto en el *artículo 116 de la LJCA*, por cuanto que el *artículo 5.2 de la LJCA* habilita a los órganos de este orden jurisdiccional, inclusive, a apreciar de oficio la falta de jurisdicción. Conforme al citado



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

artículo ha actuado el Juzgador de la instancia que ante la alegación de falta de jurisdicción planteada por el Ministerio Fiscal acordó oír a las partes a efectos de alegaciones, tras lo cual dictó el Auto aquí impugnado, declarando de forma motivada la incompetencia de jurisdicción e indicando el orden jurisdiccional competente. Finalmente, debiendo concluir señalando que el apelante no cita precepto alguno en que fundamentar la competencia de este orden jurisdiccional para el enjuiciamiento del recurso.

En el mismo sentido, **STSJ de Madrid, secc.2ª, nº 696/2018, de 17 de octubre**

2.STSJ de Madrid, secc.9ª; nº 622/2018, de 23 de julio

El ATC nº172/2013 señala como las medidas de protección o de otra naturaleza que se adopten a raíz de un Decreto del Fiscal de determinación de edad serán recurribles ante la jurisdicción civil ya sea ante la jurisdicción civil, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del artículo 780 de la Ley de enjuiciamiento civil, ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando afecta al estatuto de extranjero del interesado. En este caso el Decreto del Fiscal que se quiere impugnar sólo ha producido un efecto consistente en la Resolución de la Comunidad de Madrid por la que no acuerda medidas de tutela. Por tanto, sólo ha tenido efectos susceptibles de revisión ante la Jurisdicción Civil, no siendo procedente su impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa, laboral, o penal, por efectos que eventualmente pudiera tener en relación a decisiones no adoptadas.

Se comparten los planteamientos de la Sentencia de instancia conformes a la doctrina expresada por el TC en *Auto de TC 172/13*.

En el presente caso, a la vista del expediente y documental obrante en autos, el decreto del Ministerio Fiscal objeto de impugnación solo ha tenido un efecto consistente en resolución de la Comunidad de Madrid declarando no haber lugar a adoptar medida de tutela respecto a la apelante. Dicha



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

resolución ofrece pie de recurso ante los Juzgados de primera instancia de Familia de Madrid de conformidad con el art 780 L1/2000.

En este punto debe recordarse, como hacía el auto apelado, las siguientes consideraciones del fundamento quinto del *auto del TC 172/13* de aplicación al presente caso

"(...) La determinación de la edad de un menor indocumentado se adopta por una resolución interlocutoria, que reviste los caracteres de cautelar y provisionalísima, y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, por lo que la resolución se integra en el conjunto de medidas protectoras o de otra naturaleza que se adoptan a raíz de la fijación de la edad que realiza el Fiscal.

Tales medidas son desde luego impugnables en vía judicial, ya sea ante la jurisdicción civil, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del artículo 780 de la Ley de enjuiciamiento civil , ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero, ya sea mediante el ejercicio de otras acciones contempladas en el ordenamiento procesal en función del contenido de las medidas adoptadas.

(...) Por tanto, el recurso de amparo sólo puede iniciarse una vez agotada la vía impugnatoria ante la jurisdicción ordinaria. En efecto, nuestro ordenamiento solo contempla el recurso de amparo directo contra los actos sin valor de ley de las Cámaras (artículo 42 LOTC), por lo que cualquiera que sea la naturaleza de la resolución interlocutoria dimanante del Ministerio Fiscal resulta exigible para abrir el acceso al recurso de amparo constitucional , tal y como se deriva de la lectura de los artículos 43 y 44 LOTC , el agotamiento de la vía judicial previa, aunque esa vía, en este caso , no pueda ser más que una vía indirecta de recurso en la que, quien considera lesionados sus derechos fundamentales por el decreto de determinación de la edad , pueda impugnar las consecuencias asociadas a la aplicación de ese decreto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

(...) En el supuesto que nos ocupa, entiende este Tribunal que los órganos judiciales son quienes deben reestablecer primariamente los derechos que se consideran vulnerados por los recurrentes en amparo, puesto que nada impide a un Juez de lo civil, o de lo contencioso-administrativo, al hilo de un procedimiento incoado para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad que ha establecido una determinada fecha de nacimiento del extranjero, pronunciarse sobre dicho decreto, al estar éste en el origen del acto que pueda ser objeto del procedimiento en cuestión.

Por lo tanto, serán los actos o resoluciones que se dicten teniendo en cuenta el Decreto los que podrán ser impugnados ante la jurisdicción ordinaria, y en ese procedimiento podrá discutirse lo determinado provisionalmente por el Ministerio Fiscal; lo que no cabe es interponer recurso contencioso-administrativo directamente contra el Decreto de Fiscalía."

Así, en definitiva, el decreto que se pretende impugnar solo ha tenido efectos susceptibles de revisión ante la Jurisdicción Civil, no siendo procedente su impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa, laboral, o penal, por efectos que eventualmente pudiera tener en relación a decisiones no adoptadas.

Finalmente, recordar que la vía a la que se remite a la recurrente se trata de un procedimiento de tramitación preferente, conforme al *art 780 LEC*, ante Juzgados de Familia especializados en la materia, por lo que los reproches de falta de tutela judicial efectiva carecen de fundamento, pudiendo hacer valer ante dicha Jurisdicción, con carácter preferente, cuantas alegaciones y pretensiones quiera hacer valer frente al único efecto producido de no adoptar medida de tutela.

3.STSJ de Madrid, secc.2ª, nº 696/2018, de 17 de octubre

No consta que se haya iniciado actuación administrativa de expulsión. El cese de la tutela debe impugnarse en el orden jurisdiccional civil.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Cuando resulte de actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal que el extranjero es considerado mayor de edad (como es el caso que nos ocupa), se podrá iniciar el procedimiento correspondiente si se considera que pudiera existir una infracción a la ley de extranjería (en cuyo caso, dicho acto administrativo podría ser impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y, mediante el mismo, discutir la determinación de edad), y también si el extranjero se hallase sujeto a la tutela de la Comunidad de Madrid por su condición de menor, podría dar lugar a la adopción de la decisión correspondiente a través del acto administrativo que, en su caso, podría ser objeto de recurso jurisdiccional y ante la jurisdicción que resultara competente, dejando sin efecto la tutela hasta el momento ejercida.

En el caso analizado no consta, como antes hemos señalado, que exista una actividad administrativa impugnabile ante esta jurisdicción dado que como se pone de manifiesto por el Abogado del Estado, así como por el Fiscal, no consta que se haya tramitado procedimiento alguno por infracción de lo previsto en la ley de extranjería. Y, si como consecuencia de la determinación de la mayoría de edad del interesado se hubiera dejado sin efecto la tutela sobre el menor de la Comunidad de Madrid, dicho acto sería el único acto definitivo e impugnabile, si bien ante la jurisdicción civil, al versar sobre la tutela que es asunto cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, pero no ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La STS nº131/2018, de 31 de enero no establece una nueva doctrina por la que todos los actos que se dicten en aplicación del Protocolo Marco son impugnables en forma directa.

SEXTO. - Debe pues desestimarse el recurso de apelación pues como indica el Abogado del Estado la *Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo nº 131/2018 de 31 de enero la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo lo que ha resuelto es desestimar la impugnación referida al Protocolo Marco de 2014. No se ha establecido una nueva doctrina acerca de la posibilidad de impugnar en vía contencioso-administrativa los actos concretos dictados de aplicación. Dicha posibilidad ya venía establecida por el Tribunal Constitucional y en la jurisprudencia existente en la materia. Frente a lo que pretende la*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

apelante, en la STS de 31 de enero de 2018 (que no excluye a limine el recurso contencioso administrativo) de ningún modo se establece que todos los actos que se dicten en aplicación del Protocolo Marco sean susceptibles de impugnación directa en vía contencioso-administrativa.

Por tanto, no siendo *el Ministerio Fiscal una Administración Pública y no dictando actos sujetos al derecho administrativo sus resoluciones no pueden ser objeto de recurso contencioso administrativo*, debe desestimarse el recurso de apelación debiendo significarse que las alegaciones respecto a la tutela del supuesto menor habrán de alegarse en su caso ante la jurisdicción competente

4. STSJ de Madrid, secc.10ª, nº 643/2018, de 25 de octubre

Dado que el procedimiento que se sigue es el de protección de derechos fundamentales, el plazo para interponer el recurso contra la inactividad administrativa prevista en el art.29 LJCA no es el de tres meses del art.46 LJCA sino el de 10 días a contar desde el siguiente al período de 20 días desde la fecha de la reclamación administrativa.

Consta documentalmente acreditado que en fecha de 19 de enero de 2018 la Fundación Raíces, representando al menos Cipriano, presentó por registro electrónico una solicitud dirigida a la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid interesando su protección, su tutela y la realización de las actuaciones contempladas en la Ley de Asilo.

(...)

Al apelante le asiste la razón porque el recurso contencioso administrativo era admisible, al existir inactividad administrativa previa impugnable:

Es cierto que en el procedimiento general el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo previsto en el *artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción*, se inicia una vez transcurrido 3 meses a contar desde la reclamación del cumplimiento de la obligación administrativa, por cuanto que el artículo 29 dispone:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

"1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78".

Pero también lo es que en el Procedimiento para la Protección de los Derechos Fundamentales existe una norma especial, tanto en cuanto al plazo para la interposición del recurso como respecto al cómputo del mismo, ya que el artículo 115 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción dispone que:

"1. El plazo para interponer este recurso será de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente".

La doctrina jurisprudencial avala la tesis del apelante de que, en el caso de inactividad administrativa, el plazo máximo para la interposición del recurso por el procedimiento especial que nos ocupa es de 10 días a contar desde el siguiente al período de 20 días desde la fecha de la reclamación administrativa (por todas, la *sentencia del Tribunal Supremo de 26 de*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

septiembre de 2011, rec. de casación 4168/2010).

Se está en el caso de que la reclamación a la Comunidad de Madrid se formuló el día 19 de enero de 2018, por lo que el plazo de 10 días para acudir a la vía jurisdiccional para la protección de los derechos fundamentales del menor Cipriano se inició el 19 de febrero, de manera que ya existía formalmente inactividad administrativa susceptible de impugnación cuando el día 22 de febrero de 2018 se interpuso el recurso contencioso administrativo tempestivamente, lo que determina la estimación del recurso de apelación.

El incidente de inadmisión del recurso exige que se haya reclamado el expediente administrativo lo que no se ha hecho. La jurisdicción Contencioso-administrativa no es competente para conocer de la inactividad por falta de nombramiento de tutor a un MENA, pero sí para que la Comunidad dispense la protección que corresponda con fundamento en el art.48.3 LO 12/2009 a quien solicita asilo.

Respecto a los menores no acompañados, el *artículo 48 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre*, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, dispone:

"Artículo 48. Menores no acompañados.

...

3. De forma inmediata se adoptarán medidas para asegurar que el representante de la persona menor de edad, nombrado de acuerdo con la legislación vigente en materia de protección de menores, actúe en nombre del menor de edad no acompañado y le asista con respecto al examen de la solicitud de protección internacional".

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, también procede acoger el motivo de recurso del apelante que denuncia la vulneración del procedimiento previsto en los *artículos 116 y 117 de la Ley Jurisdiccional* (y en el artículo 51.c) de la misma, aplicado en el auto impugnado), conforme a los que la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

tramitación del incidente sobre inadmisión del recurso se ha de iniciar una vez reclamado y, en su caso, recibido el expediente administrativo, no habiéndose hecho así en el presente caso, en el que, ciertamente, no se actúa frente a la inactividad administrativa para el nombramiento de tutor a un menor extranjero no acompañado, sino para que la Comunidad de Madrid le dispense la asistencia que preceptúa el *artículo 48.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, del Derecho de Asilo*, y la demás derivada de su petición y de su estatus, por lo que, aún cuando la inadmisión no se haya declarado por falta de Jurisdicción, señalaremos que la Sala no comparte la afirmación que el auto contiene sobre tal extremo.

B. Documentos y prueba médica contradictorias

a. Prevalece la prueba médica

Reagrupación familiar

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº474/2018, de 11 de junio

La embajada de España en Dhaka deniega el visado de reagrupación familiar ante las dudas sobre la edad del solicitante quien manifiesta tener 17 años, pero las pruebas médicas dan un resultado de 20-21.

TERCERO. - La cuestión de fondo sobre la que ha girado el presente debate procesal se centra en la conformidad o no a Derecho de la resolución de la Embajada de España en Dhaka, denegatoria de la solicitud de visado de residencia por reagrupación familiar en régimen general formulada por el hijo del aquí recurrente.

Tal como consta, en la Resolución aquí impugnada la Administración denegó la solicitud de visado con base exclusivamente en las dudas



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

expresadas acerca de la edad del solicitante (quien dijo tener 17 años a la fecha de la solicitud), siendo así que obra en el expediente un informe médico -emitido tras la práctica de las pruebas óseas a las que aquél consintió en someterse- del que se deriva lo siguiente:

El resultado obtenido es sugestivo de una edad ósea entre 20 y 21 años.

En el mismo informe médico se hacen constar, para la determinación de la edad, las observaciones radiológicas siguientes:

En las vistas de cintura, codo, hombro, tobillo, rodilla, cadera, la epífisis de los huesos correspondientes está fusionada, no ocurriendo así en la epífisis esternal de la clavícula.

El informe contiene una nota que expone que "la fusión ósea para la determinación de la edad en la población bangladeshí femenina se sitúa en la edad de 20 años y en la población masculina en los 22 años".

Consta en el expediente que el interesado, junto con su solicitud de visado, aportó un certificado de nacimiento del que se deriva que tal hecho ocurrió el día NUM000 de 2000, constando asimismo en el referido documento que el nacimiento se registró el día 4 de mayo de 2015.

La solicitud de visado se formuló ante la Embajada de España en Dhaka el día 19 de septiembre de 2017.

El resultado del método Greulich y Pile no es absoluto, sino que presenta desviaciones. En este caso la prueba no se ha limitado a medir los huesos del carpo de la muñeca y compararlo con el Atlas Greulich y Pile, sino que se observó la fusión de distintos huesos del cuerpo humano y se confrontó con los resultados previstos para la población masculina de Bangladesh. El resultado de la prueba está muy alejado de la edad que dice tener el solicitante.

QUINTO. - En este caso, la resolución de la cuestión de fondo tal como ha



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

sido suscitada en el proceso requiere la previa aclaración de que esta Sala no desconoce precisamente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo respecto a la eficacia de las evaluaciones realizadas mediante el Atlas de Greulich y Pyle, pruebas óseas practicadas mediante la medición de la muñeca del interesado; una doctrina de la que es claro exponente lo razonado en *STS de 17 de junio de 2013 (Rec. Cas. 4353/2012)* en la que se razona lo impreciso de la prueba en cuestión y que ello no es extraño "... *si tenemos en cuenta que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (la llevada a cabo al solicitante) no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos, sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones. Ha de señalarse y así ha sido puesto de manifiesto por diversas organizaciones no gubernamentales y por resoluciones judiciales (...) que el método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características étnicas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses*".

En este caso, sin embargo, las pruebas óseas realizadas no lo han sido con base en una mera medición de los huesos de la muñeca ni para su confrontación con el referido Atlas. Por el contrario, se basan en la observación de la fusión de distintos huesos del cuerpo humano, confrontando los resultados obtenidos para el solicitante del visado, nacional de Bangladesh, con los que suelen ser sugestivos de una edad específicamente calculada para la población de ese país, dando como resultado una sugerencia de edad en el interesado de entre 20 y 21 años, muy alejada de la consignada en el certificado de nacimiento. Y todo ello, ha de insistirse, según los resultados de la prueba radiológica a la que consintió someterse el solicitante del visado establecidos para la población masculina bangladeshí.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Según el certificado con el que se pretende acreditar la minoría de edad, el nacimiento se registró muy tardíamente y en fecha cercana a la solicitud del visado. Se aplica la Recomendación nº9 de la Comisión del Estado Civil sobre concurrencia de un indicio externo para dudar de un documento como es que exista un intervalo muy largo entre la fecha del acta y la fecha del hecho al que se refiere (una diferencia de más de 15 años).

En comparación, el tiempo es corto entre el registro del nacimiento y el trámite para el que se expide el documento, desconociéndose en base a qué documentos o declaraciones se produjo la inscripción tardía del nacimiento. A ello se une el informe de la embajada española sobre la llevanza de los registros en Bangladesh, en concreto irregularidades en la gestión de certificados lo que integra otro indicio de la Recomendación nº9. El recurrente no ha articulado prueba alguna dirigida a combatir la Resolución administrativa.

Junto a lo anterior y con una relevancia no menor que lo expuesto, ha observado la Sala que el registro de nacimiento se produjo, según el certificado presentado por el interesado al objeto de acreditar su menor edad de 18 años, muy tardíamente, el día 4 de mayo de 2015, esto es, en fecha ciertamente cercana a aquélla en que después se solicitó el visado del que aquí se trata.

Concurren, pues, los indicios externos a los que se refiere la Recomendación nº 9 de la que antes hemos tratado, (1) al existir un intervalo muy largo entre la fecha del acta y la fecha del hecho al que se refiere (una diferencia de más de 15 años). (2) En comparación, el tiempo es corto entre el registro del nacimiento y trámite para el que se expide el documento (3) desconociéndose en base a qué documentos o declaraciones se produjo la inscripción tardía del nacimiento.

Todo ello unido al hecho de que la Embajada de España en Dhaka expresa razonadamente en la resolución impugnada las dudas que existen en cuanto a la correcta llevanza de los Registros públicos en Bangladesh, habiendo tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

irregularidades en su gestión o en la expedición de certificaciones; lo que integra uno de los indicios derivados de los elementos externos del documento presentado, de acuerdo con la repetida Recomendación nº 9.

En consideración de lo que hasta aquí se ha expuesto y razonado, unido ello a la circunstancia de que la parte actora no ha articulado prueba alguna en este proceso apta para destruir la presunción de legalidad del acto impugnado, la conclusión que en este recurso se alcanza es que el mismo debe ser desestimado. Habiendo la demandada puesto en duda la identidad del solicitante, la edad del mismo y la validez de los documentos presentados para acreditar todo ello, habiendo quedado justificada y apoyada documentalmente la decisión de la Administración, no ha ocurrido lo mismo con las pretensiones de la parte actora. Debe, por tanto, prevalecer la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado y desestimarse el presente recurso.

b. Prevalece el documento

Expulsión

1.STSJ de Canarias, secc.2ª, nº 137/2018, de 15 de junio

La Fiscalía solicita la estimación del recurso contra la expulsión. Si bien en el momento en que se dictó la sentencia apelada, no existía un documento fiable sobre la mayoría o minoría de edad, posteriormente Fiscalía sobre la base de un pasaporte de Ghana modificó su decreto de mayoría y dictó otro de minoría. En consecuencia, por el Decreto del Fiscal, el interesado tendría 16 años cuando resolvió el Juzgado de lo Contencioso y 17 años en el momento en que la Sala dicta esta Sentencia. En consecuencia, el recurrente es menor de edad.

Por el Ministerio Fiscal se solicita la estimación del recurso de apelación interpuesto por Roque, teniendo en cuenta que en el momento de dictarse la sentencia apelada, es decir, el día 3 de julio de 2017, no existía ningún documento fiable acerca de la minoría de edad o mayoría de edad del interesado, pero mediante Decreto del Fiscal de fecha 2 de octubre de 2017, dictado en las Diligencias Preprocesales para la determinación de la edad ,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

se ha procedido a determinar el día 25 de febrero de 2001, como fecha de nacimiento del interesado, Roque, con pasaporte de la República de Ghana, modificando el anterior Decreto del Fiscal, de fecha 3 de abril de 2017, mediante el cual se había determinado la mayoría de edad del interesado.

En consecuencia, mediante el Decreto del Fiscal de fecha 2 de octubre de 2017, se fijó como fecha de nacimiento de Roque, con NIE- NUM000 y con número de pasaporte de la República de Ghana NUM001, el día NUM002 de 2001, por lo que el mencionado es menor de edad, con dieciséis años de edad cuando se dictó la sentencia apelada, y con diecisiete años de edad en la fecha del dictado de la presente sentencia de la Sala, dejándose constancia en dicho expediente de la hoja biográfica del mencionado pasaporte, por lo que procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia y anular el acuerdo de expulsión de fecha *25 de abril de 2017, debiendo comunicarse esta sentencia por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 a la Dirección General del Menor del Gobierno de Canarias, a la Fiscalía de Menores de la Fiscalía Provincial de Las Palmas (Sección de Protección), a la Subdelegación del Gobierno de Las Palmas y a la Brigada de Extranjería del C.N.P. a los efectos oportunos, teniendo la condición de MENA, Menor Extranjero No Acompañado el menor Roque, a quien se notificará la presente sentencia mediante su representante procesal, el Procurador de los Tribunales D. José Luis Verbo Palomino.*

Autorización de residencia

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ del País Vasco, secc.2ª, nº291/2018, de 13 de junio

El art.198 RE exige que la solicitud de autorización de residencia se presente durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumple 18 años. Conforme a la fecha de nacimiento del Decreto del Fiscal, la solicitud se habría presentado el día anterior a cumplir la mayoría por lo que estaría en plazo, pero con arreglo a la fecha de nacimiento del pasaporte estaría fuera de plazo. Debe darse prioridad al pasaporte frente al Decreto del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Fiscal conforme a la STS, Sala Primera, 453/2014, de 23 de septiembre, recaída en el recurso 1382/2013 que establece la prioridad del pasaporte

Es cierto que en el curso de las actuaciones se constató y se acreditó que, en su momento, por Decreto del Ministerio Fiscal se fijó, en los términos del ordenamiento aplicable, como fecha de nacimiento el NUM000 de 1998, por lo que el 25 de abril de 2016 sería ya en el día previo a alcanzar la mayoría de edad.

A continuación, debemos retomar el contenido del *art. 198 del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería*, del tenor que sigue:

<< Artículo 198. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia.

1. En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia prevista en el artículo 196 de este Reglamento y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y de que la recomendación de la entidad habrá de acompañar a la solicitud de autorización, ésta será presentada personalmente por el extranjero durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años.

(...)

Debemos, asimismo, ratificar con la Administración y con la sentencia apelada que debe partirse de la edad que refleja el documento expedido al interesado, el pasaporte expedido el 18 de mayo de 2014 , por



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

ello como fecha de nacimiento el 30 de octubre de 1994, que debe entenderse se antepone a la fijación de la edad por Decreto del Ministerio Fiscal, que concretó la fecha de nacimiento en el 26 de abril de 1998, al tener que ratificar la relevancia en este ámbito de las conclusiones que asumió la sentencia apelada, extraídas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiendo partir, inicialmente, de lo que al respecto concluyó la *STS, Sala Primera, 453/2014, de 23 de septiembre, recaída en el recurso 1382/2013*, que fijó como doctrina jurisprudencial, aunque lo fue en cuanto a la determinación de la minoría de edad, la que sigue:

<< El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad >>.

Así lo concluye tras razonar sobre el pasaporte como sigue:

<< 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 visado, 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 Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de 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 funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tenga o



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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 >>.

Ello se ratifica en las posteriores sentencias que refiere también la *sentencia apelada 11/2015, de 16 de enero*, y la 13/2015 recaídas, respectivamente, en los recursos 1406/2013 y 241/2014, ello en relación con la relevancia del documento internacional de identificación, del pasaporte, y, en lo que aquí interesa, en relación con la fecha de nacimiento que debe anteponerse a la fijación con el singular carácter de la edad que se hizo por el Ministerio Fiscal.

Asimismo, es determinante, en este caso, que el pasaporte que consta en las actuaciones, había sido expedido el 18 de mayo de 2014, como consta en el expediente, nos remitimos al folio 16, por ello con constancia previa a la solicitud de 25 de abril de 2016.

Para concluir solo señalar que el recurso de apelación, como recogemos en el FJ 3º, se detiene e insiste en relación con las pautas del *art. 198 del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería*, en concreto en relación con la recomendación de concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, como a tales efectos informó la Diputación Foral, pero no se detiene en rebatir el argumento central, al que nos hemos referido, que tuvo presente la Administración para denegar la solicitud presentada el 25 de abril de 2016, y que de forma cumplida ratificó la *sentencia apelada, esto es, la relevancia de que el interesado ya había superado los 21 años, de conformidad con la reflejada en el pasaporte, expedido el 18 de mayo de 2014, a fecha 25 de abril de 2016, por haber nacido el 30 de octubre de 1994*, y, por ello, estar fuera del ámbito de aplicación del *art. 198 del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería*, por ello, no cumplir la exigencia de la solicitud se presentara dentro de los sesenta días naturales previos a alcanzar los 18 años de edad o dentro de los noventa días naturales posteriores a dicha fecha.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

C. Únicamente hay pruebas médicas

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Andalucía (con sede en Málaga), secc.2ª, nº 1254/2018, de 11 de junio

No hay infracción del Protocolo Marco. El art.1º de dicho Protocolo establece que los expedientes incoados por el Fiscal no persiguen la determinación de edad como manifestación de su estado civil sino establecer si de manera urgente e incluso en la guardia debe ser acogido en un centro de menores. El Fiscal no ha pedido la repetición o ampliación del informe forense. El que sólo se haya practicado la prueba del carpo no significa que haya que practicar las restantes cuando la del carpo es suficiente. Corresponde, como señala el Protocolo, a los médicos conforme a su lex artis decidirlo.

SEGUNDO : Entrando a conocer acerca del primero de los motivos alegados por la parte apelante, que se contrae a entender que la sentencia dictada en la instancia, en cuanto que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto, no se ajusta a derecho toda vez que la resolución recurrida incurre en vicio de nulidad en la medida en que no se observaron las prescripciones establecidas en la Resolución de 13 de octubre de 2014, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (en lo sucesivo protocolo Mena), y ello porque, por un lado, al recurrente, para determinar su edad biológica, únicamente le fue practicada una radiografía en la muñeca, sin que éste fuese consciente de su realización, sin ser asistido de letrado, ni representante legal alguno, y sin que diese su consentimiento, todo lo cual es insuficiente para tener por acreditada la edad, el mismo no puede ser acogido y ello porque, una vez que consta que a fin de establecer la edad del recurrente se incoo el expediente de determinación de edad nº NUM000, dando cuenta de ello a la Fiscalía, así como que de la prueba radiológica se pudo determinar con certeza que la edad del recurrente superaba los dieciocho años, ninguna infracción a lo dispuesto en la normativa antes mencionada puede observarse, máxime cuando, como se dice en el art 1º de dicha resolución "... Los expedientes



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

incoados por el Ministerio Fiscal al amparo de dicho precepto y, en su caso la resolución adoptada, no persiguen la determinación de la edad del afectado en cuanto una de las manifestaciones de su estado civil, sino exclusivamente decidir con carácter cautelar y urgente, incluso si es posible durante el servicio de guardia si debe ser acogido en un centro de protección de menores de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor o por el contrario debe ser sometido al régimen ordinario de mayores de edad...", no pudiendo tampoco argüirse, ni que en la tramitación del expediente para la determinación de la edad no se observaron las prescripciones establecidas en el expediente de determinación de la edad biológica, pues a falta del mismo, las alegaciones de la parte no traspasan el umbral de la mera especulación, siendo de resaltar al respecto que el Ministerio Fiscal en la medida en que no hizo uso de lo establecido en el protocolo Mena, que le autoriza a pedir la repetición o ampliación del informe cuando se omite cualquiera de los datos reseñados, carezca del suficiente grado de motivación, considero suficientes y correctas las pruebas practicadas, ni tampoco que existen otras pruebas médicas para determinar la edad, o incluso que la valoración médica no es determinante de manera absoluta, sino que únicamente constituye un diagnóstico de certeza, pues, por un lado, el que existan otras pruebas no determina la necesidad de tener que practicarlas, cuando a la vista de la practicada, es suficiente para determinar la edad, y por otro lado, porque el que no sean de determinantes de manera absoluta, no priva de la validez al resultado obtenido, pues como se dice el mencionado protocolo " corresponde a los facultativos médicos según las leyes de su ciencia determinar las pruebas adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del extranjero afectado".

2. STSJ de Andalucía con sede en Málaga, secc.2ª, nº 1209/2018, de 5 de junio

La prueba del Greulich se llevó a cabo por un agente de la Policía Nacional comisionado por el Fiscal. Si el recurrente entiende que es insuficiente debe proponer otras al Juzgado de Instrucción, máxime cuando tiene el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En todo caso es de reseñar que la alegada minoría de edad del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

recurrente fue descartada mediante una prueba médica objetiva practicada en un hospital público el día 7 de junio de 2017 a instancias de un agente de la Policía Nacional comisionado por el Ministerio Fiscal (que consta al folio 17 del expediente,) en el que se concluía que la edad del mismo era de 18 años, tras una prueba de valoración de edad ósea tras la práctica de una radiografía de la mano del recurrente (denominada Greulich y Pyle). Resulta llamativa, ante la existencia de dicha prueba en el expediente, que no se haya presentado medio probatorio alguno ante este Juzgado o instado la práctica de una prueba pericial alternativa -máxime cuando el recurrente es titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita- tendente a desvirtuar el acierto de esta, sustentándose las afirmaciones de la parte en meras manifestaciones unilaterales desprovistas de sustento probatorio.

La Sentencia no sólo se ha pronunciado sobre lo alegado por la demandante sobre la falta de intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de determinación de la minoría de edad, sino que destaca la falta de prueba propuesta por la demandante para fundar la minoría de edad.

Por consiguiente, los motivos alegados relativos a la minoraría de edad del apelante deben ser desestimados puesto que resulta acreditado que el recurrente era mayor de edad y que en la práctica de la prueba intervinieron agentes de la Policía Nacional comisionados por el Ministerio Fiscal sin que el demandante se haya ocupado ni preocupado de pedir prueba sobre esta circunstancia en el momento procesal oportuno.

No hay violación de derecho fundamental alguno en cuanto Administración, Fiscalía, Juzgado de Instrucción, Audiencia Provincial y Juzgado de lo Contencioso-administrativo, han aceptado que era mayor, habiendo el interesado intervenido con abogado.

-Una segunda causa de impugnación iría fundamentada por el recurrente en que el acto debe ser declarado nulo por vulnerar gravemente derechos fundamentales de un menor no acompañado.

Tanto esta causa como la siguiente no pueden ser compartidas, desde el momento en el que parten de la premisa ya negada de una minoría de edad que en ningún momento ha resultado acreditada frente a la mayoría de edad



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

que si lo ha sido, y ha sido aceptada como tal tanto por la Administración, como por la Fiscalía, como por el Juzgado de Instrucción, como por la Audiencia Provincial, como por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y habiendo intervenido a lo largo de todos estos procesos la asistencia letrada.

- El cuarto motivo de recurso se refiere a la vulneración del Derecho a la Libertad del *artículo 17 de la Constitución Española*.

Ante todo hemos de recordar en esta Fiscalía que el presente recurso se dirige, como recoge el Antecedente de Hecho Primero de la sentencia, contra el acto administrativo consistente en la resolución dictada por la Jefatura del Grupo de Expulsiones de la Brigada de Extranjería y Fronteras de la Comisaría Provincial de Málaga del Cuerpo Nacional de Policía el día 8 de junio de 2017 en las diligencias 488/17, por la que se acordaba proponer al Juzgado de Instrucción que acordase el internamiento del recurrente en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid, con el fin de ejecutar la posible resolución de devolución que pudiera dictarse.

En estas condiciones las consideraciones relativas a si posteriormente la Administración fue o no diligente en el envío del expediente no entendemos resulten trascendentales a estos efectos. Sobre todo, en la medida en la que, como tendremos ocasión de reiterar a lo largo de esta impugnación del recurso, el Magistrado que ha dictado la sentencia no manifiesta en ningún momento omisión alguna en el expediente que le haya impedido llegar a una decisión fundada en derecho.

Hemos de insistir también en que todas las alegaciones que se realicen en el recurso relativas a cualquier tipo de crítica o desacuerdo respecto a la actuación judicial practicada en el orden jurisdiccional penal, son ajenas al presente procedimiento. Ya ha recogido el Magistrado de lo Contencioso-Administrativo, y no podemos sino insistir en ello, que las decisiones adoptadas por el Juez de Instrucción tienen su cauce de recurso específico ante la Audiencia Provincial, y en ningún caso pueden ser examinadas ni revisadas en este procedimiento. De hecho, la parte actora tuvo ocasión y así lo hizo de recurrir en apelación la decisión adoptada por el Juez de Instrucción relativa al internamiento en el C.IE. de Madrid. El resultado de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

dicho recurso fue la desestimación del mismo por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

Restringidos pues, en esta apelación a los argumentos relativos a que el acto administrativo aquí recurrido pudiera ser contrario al *artículo 17 de la Constitución Española*, no cabe sino reiterar los argumentos que en sentido negativo ha dado la sentencia que aquí se ataca por la parte apelante.

Plantea la demandante que la vulneración al derecho a la libertad vendría de proponer un internamiento por parte de la Administración, cuando se sabe positivamente que no se va a poder llevar a cabo la devolución del extranjero. Sin embargo, en el caso que nos ocupa no se puede aceptar dicho planteamiento. El Juez ya ha considerado su sentencia que la actuación de la Administración es razonable y respetuosa con el artículo 17. Se trata, de que ante una actuación en la que se intercepta a personas extranjeras a bordo de una patera pretendiendo entrar ilegalmente en el territorio nacional, en tanto se logra su documentación e identificación de una manera suficientemente fiable y definitiva, se solicita el internamiento de dichas personas. En el caso que nos ocupa, al tratarse de personas totalmente indocumentadas, no resulta en absoluto irracional no proceder de manera inmediata a la libertad de personas sin arraigo y dejar pasar un tiempo hasta que se logre una situación más asentada en la que pueda determinarse con mayor certeza que se trata de nacionales de países en donde no va ser posible la devolución. De hecho, a estos efectos, es significativo que el extranjero, antes de agotarse el plazo de 40 días de internamiento acordado por el Juez de Instrucción fue puesto en libertad por no haber podido ser documentado ni por tanto enviado su país, lo que revela una actuación de la Administración dirigida a evitar que la prohibición de libertad se prolongue cuando se sepa que no va a cumplir sus resoluciones.