

DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL CIUDADANO EXTRANJERO Y PASAPORTE

DETERMINING THE AGE OF THE FOREIGN CITIZEN AND PASSPORT

MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ

Abogada del Ilustre colegio de Abogados de Murcia

Recibido:06.12.2021/Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6729>

Resumen: Este trabajo tiene por objeto de estudio el marco normativo aplicable a los extranjeros menores de 18 años que acceden a territorio español no acompañados por sus tutores legales, la determinación de su edad y la validez del pasaporte u otros documentos identificativos expedidos por las autoridades de su país de origen. El punto de partida de este estudio es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de julio de 2020 que sirve, finalmente, para desmenuzar la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en orden a determinar la edad de los ciudadanos de otros países que llegan a España de forma irregular y, en consecuencia, si se trata de menores susceptibles de encontrarse bajo la protección que otorga la Ley y el Reglamento de extranjería.

Palabras clave: menores extranjeros no acompañados, pasaporte, determinación de la edad del ciudadano extranjero, interés superior del menor, protección de menores.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the regulatory framework applicable to MENAs, foreigners under 18 years of age who access Spanish territory unaccompanied by their legal guardians. In particular, the determination of their age and the validity of the passport or other identification documents issued by the authorities of your country of origin is examined. The starting point of the study is the judgment of the Provincial Court of Madrid of July 27, 2020 that serves, finally, to break down the case law established by the Spanish Supreme Court in order to determine the age of nationals of other countries who arrive in Spain irregularly and, consequently, if they are minors who may be under the protection granted by the Law and the Immigration Regulations.

Keywords: unaccompanied foreign minors, passport, determination of the foreign citizen's age, best interests of the child, protection of minors.

Sumario: I. Punto de partida: La sentencia de la AP de Madrid de 27 de julio de 2020. II. Los MENA, fenómeno migratorio y realidad social de la España del siglo XXI. III. Determinación de la edad del ciudadano extranjero: 1. Definición de minoría de edad conforme al DIPr y a la Ley y Reglamento de extranjería. 2. Marco normativo para la determinación de edad de los MENA. 3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo toma la palabra. El pasaporte como documento válido para determinar la edad del extranjero. IV. Conclusiones finales.

I. Punto de partida: La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de julio de 2020

1. La sentencia de la AP de Madrid de 27 de julio de 2020¹ analiza el caso de un ciudadano nacional de Guinea que demandó ante la jurisdicción española la tutela judicial de sus derechos fundamentales, de conformidad con el art. 13 CE² con el propósito de que se declarara la validez de su pasaporte de la República de Guinea y del certificado de nacimiento expedido por las autoridades de su país. Ambos documentos evidenciaban que dicho individuo era menor de 18 años, por lo que la pretensión del ciudadano extranjero consistía en se reconociera su minoría de edad en España y evitar, con ello, su expulsión de territorio español al que llegó de forma irregular.

2. Baste indicar que el ciudadano guineano fue localizado indocumentado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado español. Por este motivo, y dado que su apariencia física generaba dudas sobre su edad, fue sometido a pruebas médicas para la determinación de la edad. El Informe Médico Forense posterior a la realización de las pruebas médicas, fue concluyente al considerar que el extranjero tenía más de 18 años.

Durante la tramitación del expediente administrativo para la determinación de la edad, le fue enviado al ciudadano extranjero su pasaporte, así como su acta de nacimiento, ambos emitidos por la República de Guinea, de los que se desprendía que contaba con menos de 18 años de edad. Ante la contradicción existente entre las pruebas médicas de determinación de su edad y los documentos de identidad emitidos por las autoridades del país del extranjero, las autoridades españolas estimaron finalmente que los documentos aportados por el ciudadano guineano no cumplían los requisitos para ser considerados documentos públicos extranjeros con eficacia en España. En consecuencia, las autoridades españolas hicieron prevalecer las pruebas médicas de determinación de edad que se practicaron al extranjero y acordaron iniciar procedimiento preferente de expulsión del ciudadano guineano por considerarlo mayor de 18 años.

3. La SAP de Madrid argumenta que el pasaporte y acta de nacimiento emitidos por las autoridades del país del ciudadano extranjero se recibieron después de su llegada a territorio español y son de dudosa o carente eficacia probatoria. Y ello dado que existe contradicción entre la fecha de nacimiento que consta en los documentos emitidos por las autoridades guineanas y la facilitada por el extranjero a las autoridades españolas. Consideran igualmente los Magistrados que la fijación de la fecha de nacimiento del extranjero no se basa en datos objetivos sino en la declaración de un miembro de su familia, por lo que “cabén todas las sospechas sobre su veracidad: da la impresión de que es un documento de favor obtenido a la carta”. Por ello, la AP de Madrid otorga mayor probatorio a las pruebas médicas practicadas al ciudadano guineano y confirma la expulsión de territorio español acordada en el expediente administrativo.

4. El presente estudio tiene como objeto el análisis del régimen jurídico existente en España para la determinación de la edad de los extranjeros, así como la validez y eficacia que se otorga al pasaporte y otros documentos identificativos expedidos por las autoridades del país de origen del extranjero. Esta cuestión es especialmente relevante cuando los extranjeros llegan indocumentados a territorio español o son portadores de pasaportes u otros documentos sobre los que existen fundadas sospechas de que la edad que consta en el pasaporte no se corresponde con la edad real del extranjero o con la que aparenta.

II. Los MENA, fenómeno migratorio y realidad social de la España del siglo XXI

5. El análisis del régimen jurídico aplicable al extranjero menor no acompañado pone sobre el tapete uno de los debates más recurrentes y controvertidos, desde el punto de vista social y político, de la España del siglo XXI. Se trata del fenómeno migratorio de los MENA.

¹ SAP M 27 de julio 2020 [ECLI: ES:APM:2020:9116] y [CENDOJ 28079370142020100257].

² Art. 13 Constitución Española (BOE núm 311, de 29/12/1978): “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

Conforme a lo dispuesto en el art. 189 del Reglamento de la LO 4/2000, de 20 de abril, el acrónimo MENA hace referencia a los extranjeros menores de 18 años que llegan a territorio español sin ser acompañados por un adulto responsable de ellos. Es decir, se trata de menores que son localizados a su llegada a España sin la compañía de sus tutores legales o de aquéllos responsables que correspondan según la costumbre. También se denomina MENA a cualquier menor extranjero que, una vez establecido en España, deja de estar bajo la protección de sus tutores legales³.

6. Los MENA son personas que, dada su minoría de edad y la ausencia de personas adultas que se hagan cargo de ellos, se encuentran en territorio español sin familia, lo que hace que sean menores especialmente vulnerables y susceptibles de protección⁴.

Según datos del Defensor del Pueblo y de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a fecha 31 de diciembre de 2020 en España se contabilizaron un total de 9.030 menores extranjeros no acompañados. Sin embargo, no hay cifras exactas debido a la dificultad de registrar a los MENA que llegan a nuestro país por las diferentes vías posibles⁵. Tan importante en número es la afluencia de los MENA durante los últimos años que se han convertido en uno de los colectivos prioritarios de protección dentro de las fronteras españolas.

7. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, como señala J. RODRIGUEZ RODRIGO, el principio del interés superior del menor⁶ se encuentra por encima de cualquier otro principio y debe presidir las políticas encaminadas a la protección de los MENA⁷. Es el principio que ha de inspirar toda actuación de instituciones públicas y privadas sobre los menores extranjeros, tal y como también establece el art. 139 del Reglamento que desarrolla la LO 4/2000.

En este sentido, el Parlamento Europeo, en una Resolución de fecha 12 septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE efectúa una serie de recomendaciones a los Estados miembros y recuerda que *“un menor no acompañado es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y que la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, debe ser el principio rector de los Estados miembros y de la Unión Europea en este ámbito, respetándose así el principio esencial del interés superior del niño; recuerda que se ha de considerar que es un niño y, por tanto, menor de edad, toda persona que no haya cumplido los dieciocho años de edad; subraya que los menores no acompañados, especialmente las niñas, son dos veces más susceptibles a los problemas y dificultades que el resto de los menores; señala que son especialmente vulnerables en la medida en que tienen las mismas necesidades que el resto de los menores y otros refugiados, con los que comparten experiencias similares (...). 2. Recuerda asimismo que 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”*⁸.

³ Art. 189 del Reglamento de la L.O4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por R.D 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 103, de 30/04/2011): “Lo previsto en el presente capítulo será de aplicación al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

⁴ M. VINAIXA MIQUEL, “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores de edad no acompañados = The legal age: a nightmare for the unaccompanied minors who are nationals of third countries.” CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 11(1), 571-602. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>.

⁵ Diario ABC, 20 de octubre 2021 “Quiénes son los MENAS y cuántos hay en España” https://www.abc.es/espana/abci-quiénes-menas-cuántos-hay-espana-nsv-02110201234_noticia.html#:~:text=Ahora%2C%20la%20nueva%20reforma%20del,haya%20llegado%20con%20su%20familia.

⁶ Vid P.RODRIGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINELLA MENÉNDEZ, “Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE”, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 484 y 485.

⁷ J.RODRIGUEZ RODRIGO, “Protección de los MENA que llegan a España”, *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Ed.Comares, 2019, pp. 4 y siguientes.

⁸ Resolución del Parlamento Europeo de fecha 12 septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0387+0+DOC+XML+V0//ES>.

8. El art. 35.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero establece el régimen aplicable a los menores no acompañados, en virtud del cual: “*En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias*”⁹.

9. Los apartados 4 y 5 del art. 35 de la LO 4/2000 disponen que una vez determinada la edad del extranjero, 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. Y, al mismo tiempo, el Estado español solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a su país de origen con la finalidad de adoptar la decisión relativa sobre su repatriación o sobre su permanencia en España¹⁰. No podrán ser repatriados los menores extranjeros en caso de no encontrar familiares que se hagan cargo de los mismos o en el supuesto de que no se den las condiciones para que los servicios de protección del país de origen se hagan cargo del menor.

10. De las primeras palabras del apartado 7 del art. 35 de la LO 4/2000 se desprende la consideración de residentes regulares, desde el momento en que se acuerde la no repatriación, de los menores extranjeros cuando sean finalmente tutelados en España por una Administración Pública o por cualquier otra entidad. Esto es, una vez en territorio español, si el Estado español no logra repatriar al extranjero menor a su país de origen o lugar de residencia, serán puestos a disposición de los servicios de protección de menores españoles de la Comunidad autónoma en la que se encuentren, tengan o no tengan regularizada su residencia en España. En todo caso, transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia en territorio español. La autorización de residencia del MENA podrá ser renovada teniéndose en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española¹¹.

11. A la vista de esta regulación legal, que protege y otorga la autorización de residencia regular en España al menor extranjero que no logra ser repatriado a su país de origen, se explica el gran número de menores que acceden a nuestras costas de forma irregular y en condiciones humanitarias, en muchas las ocasiones, muy precarias. Existe un incentivo más a la entrada masiva de menores extranjeros a través de las fronteras españolas y es que los mismos pueden adquirir la nacionalidad española tras un año de residencia en España, siempre que hayan permanecido dos años consecutivos bajo la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano español o una institución española¹², tal y como prevé el art. 22.2c) del Código Civil¹³.

⁹ L.O 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

¹⁰ Sobre el procedimiento de repatriación de los menores extranjeros Vid. M. ARMENTEROS LEÓN, “*La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería*”, Diario La Ley, Nº 7679, Sección Doctrina, 22 de Julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-313, Editorial LA LEY (LA LEY 13146/2011)

¹¹ Artículos 196.4 y 196.5 del Reglamento de la LO 4/2000.

¹² A. BRAVO/I. SANTOS GONZÁLEZ, “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psycho-social Intervention*, 26, 20017, p. 58.

¹³ Art. 22.2 c) del R.D. 24 julio 1989 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763) “*Bastará el tiempo de residencia de un año para: c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, curatela con facultades de representación plena, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuares en esta situación el momento de la solicitud*”.

III. Determinación de la edad del ciudadano extranjero

1. Definición de minoría de edad conforme al DIPr y a la Ley y Reglamento de extranjería

12. Para determinar la edad del ciudadano extranjero, es necesario partir del concepto de mayoría y minoría de edad desde el punto del Derecho Internacional Privado. La determinación de la mayor edad a efectos civiles se regula por la Ley personal del sujeto de conformidad con lo previsto en el art. 9.1 del Código Civil¹⁴. Ello quiere decir que el ciudadano extranjero se regirá por su ley nacional –ley personal- a los efectos de determinar si es mayor o menor de edad y, por tanto, si tiene capacidad de obrar a efectos civiles¹⁵. Esta cuestión tiene relevancia al considerar que son numerosos los Estados que no fijan la mayoría de edad en los 18 años sino en una edad superior. Es el caso de Guinea, por ejemplo, país en el que sus ciudadanos adquieren la mayoría de edad a los 21 años.

13. Sin embargo, la ley personal del ciudadano extranjero cede y deja de ser aplicable ante la definición de “menor extranjero no acompañado desprotegido” que ofrece el art. 189 del Reglamento que desarrolla la L.O 4/2000. Según dicho precepto, se considera menor extranjero no acompañado al menor de 18 años, con independencia de la edad a la que adquiere la mayoría de edad el ciudadano conforme a su ley nacional. Ahora bien, es preciso subrayar con énfasis que dicha definición de menor extranjero es operativa exclusivamente a efectos del Derecho de Extranjería, no a efectos civiles. En relación con tales efectos, es aplicable el citado art. 9.1 CC y la Ley nacional de la persona.

14. En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea considera a los menores extranjeros no acompañados como “*menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos*”¹⁶.

El Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación los Menores Extranjeros No Acompañados, se hace eco de la misma edad -menor de 18 años- al definir el ámbito subjetivo de aplicación del Protocolo¹⁷.

2. Marco normativo para la determinación de edad de los MENA

15. Llegados a este punto, la pregunta surge de forma natural: ¿cómo determinar la edad de un ciudadano extranjero con el fin de saber si es menor de 18 años y por tanto si es objeto de la protección para menores de edad que le ofrece la ley y el reglamento de extranjería?

Para responder a esta pregunta, el capítulo II del título XI del Reglamento de la LO 4/2000 desarrolla los requisitos, procedimiento y criterios de aplicación respecto al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en sus artículos 189 a 198. Así, el Reglamento contempla dos situaciones: en primer término, la situación del ciudadano extranjero localizado en territorio español sobre el que no se tenga duda de su minoría de edad por la documentación que porta o por su apariencia física. En este caso, se comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal y el menor extranjero será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes¹⁸.

¹⁴ Art. 9.1 del R.D. 24 julio 1989 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763): “*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior*”.

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1113-1129.

¹⁶ Art. 1 Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C221/03), DOCE C221, de 19 de julio 1997, pp23-27

¹⁷ Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE núm.251, de 16 de octubre de 2014).

¹⁸ J.RODRIGUEZ RODRIGO, “Protección de los MENA que llegan a España”, *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Ed.Comares, 2019, pp. 4 y siguientes.

16. En segundo lugar, diferente situación y mayores dificultades presenta el extranjero indocumentado del que no puede establecerse con seguridad su edad. En este supuesto, el Reglamento dispone que se informe a los servicios de protección de menores para que le presten la atención inmediata que precise y se encomienda al Ministerio Fiscal que disponga los medios para la determinación de la edad del extranjero. Las autoridades sanitarias realizarán, con carácter prioritario y urgente, las pruebas médicas necesarias para la determinación de la edad del extranjero.

El Reglamento de la LO 4/2000 no precisa el procedimiento a seguir para determinar la edad del extranjero. El apartado 2 del art. 190 del Reglamento se limita a impulsar el Protocolo Marco de menores extranjeros no acompañados con la finalidad de coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación. El mismo precepto se muestra claramente favorecedor del interés del menor, ya que en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, considera que el extranjero es menor si la edad más baja de dicha horquilla es inferior a los dieciocho años.

17. El Protocolo Marco al que se remite el Reglamento de extranjería dispone una serie de máximas en la determinación de la edad del extranjero. A este respecto, y como condición para la práctica de las pruebas médicas, será preciso el consentimiento previo del afectado. Igualmente, el Protocolo atribuye la realización de las pruebas médicas al personal sanitario especializado en la materia o al médico forense.

Sin embargo, el Protocolo no concreta cuáles son las pruebas que han de ser realizadas para determinar la edad, tan sólo se limita a señalar que corresponde a los facultativos médicos la elección de aquéllas, de manera que sean adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del extranjero afectado. Con tal fin, es preceptivo el previo examen físico y personal del individuo. Finalmente, el facultativo emitirá un informe que exponga de manera clara y motivada las técnicas que se hayan seguido para la determinación de la edad, horquilla de edad mínima, margen de error y porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pueda tener.

El expediente de determinación de edad finaliza, tal y como precisa el Protocolo, con el decreto del Ministerio Fiscal que se pronunciará de forma motivada sobre la mayoría o minoría de edad del sujeto extranjero¹⁹.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo toma la palabra. El pasaporte como documento válido para determinar la edad del extranjero

18. El marco normativo aplicable a los menores extranjeros localizados en España resulta la mayor parte de las ocasiones dudoso e insuficiente en su aplicación práctica ya que la realidad presenta numerosos perfiles que no encuentran acople ni solución en el Reglamento que desarrolla a LO 4/2000 ni tampoco en el Protocolo Marco.

Por otro lado, el Protocolo es un documento que sirve de guía y orientación para la coordinación de todas las instituciones y Administraciones que intervienen en la localización, identificación y determinación de la edad del extranjero menor no acompañado. Sin embargo, es un documento que no tiene rango ni fuerza de ley, y en consecuencia, su aplicación resulta muy limitada.

19. La realidad muestra las diversas situaciones que pueden plantearse cuando se localiza a un nacional de otro país en España. No es extraño que se someta al extranjero presuntamente menor a pruebas médicas a pesar de que lleve consigo su pasaporte u otros documentos válidamente emitidos por las autoridades de su país que le identifican y son indicativos de su edad. Esta práctica ha dado lugar a

¹⁹ Sobre el procedimiento para la determinación de la edad de los menores extranjeros y las diferentes pruebas médicas a las que pueden ser sometidos vid. C. LAPUERTA IRIGOYEN, "La determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MENAS)", *La Ley Penal*, N° 130, Sección Derecho Procesal Penal, Enero-Febrero 2018, Wolters Kluwer, *La Ley* n° 1802/2018.

expulsiones de ciudadanos que tienen como único fundamento el resultado de las pruebas médicas sobre determinación de edad, sin otorgar validez alguna a la documentación emitida en el país de origen que porta el sujeto.

20. Otras veces, el ciudadano extranjero no lleva consigo su pasaporte ni ninguna otra documentación indicativa de su edad en el momento de ser localizado en España, aunque los aporta al expediente administrativo sobre determinación de edad en un momento posterior, una vez que se le han realizado las pruebas médicas. Este último supuesto es el que aborda la sentencia de la AP de Madrid de 27 de julio de 2020, en la que prevalecieron las pruebas médicas de determinación de edad sobre el pasaporte y partida de nacimiento expedidos por las autoridades guineanas puesto que dicha documentación generaba sospechas sobre su veracidad y era contradictoria con los resultados de los exámenes médicos efectuados al ciudadano procedente de Guinea.

21. Se tratan todos ellos de casos en los que el sujeto extranjero dispone de pasaporte en el que consta su edad, sin embargo, dicha edad no se corresponde con la que demuestra el examen médico de tal persona. Surge entonces la duda de determinar si debe prevalecer la edad que indica el pasaporte extranjero o la edad que se obtiene tras la práctica de unas pruebas médicas, habitualmente invasivas -pruebas oseométricas, a través de radiografías de muñeca o de mano- y que no aportan certeza sobre la edad del sujeto. Es frecuente, además, que las pruebas se limiten a considerar una horquilla de años entre la que puede encontrarse esa persona en cuanto a su edad.

22. Ante la insuficiencia de normas claras y certeras para la determinación de la edad del extranjero, se alza la voz del Tribunal Supremo, que toma la palabra para resolver cómo debe ser interpretado el art. 35.3 de la L.O 4/2000.

En este sentido, la STS 23 septiembre 2014 [ciudadana nacional de Ghana con pasaporte y partida de nacimiento a la que se le practican pruebas médicas de determinación de edad] viene a sentar doctrina y determina que el pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de procedencia del ciudadano extranjero²⁰. La finalidad del pasaporte es facilitar la entrada y salida del sujeto de Estados que no sean el suyo propio. Y en cuanto a su validez, no corresponde realizarla a los funcionarios que se encargan de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país de ciudadanos extranjeros²¹. Y esto es así porque el pasaporte es válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y siempre que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular²². Circunstancia ésta que nada tiene que ver con la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero²³.

²⁰ STS, Sala Primera, Sección Pleno, 23 septiembre 2014 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2014:3818].

²¹ Un estudio de la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias del TS de 23 y 24 de septiembre de 2014 puede ser consultado en D. VÁZQUEZ GARCÍA, “La problemática existente en torno a los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la respuesta de la jurisdicción civil. Comentario a la STS, Sala 1ª, de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1382/2013) y de 24 de septiembre de 2014 (rec.280/2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8420, de 13 de noviembre de 2014.

²² Sobre la “presunción de validez” del documento público emitido por autoridades extranjeras que identifica al sujeto véase M^a.A. CEBRIÁN SALVAT, “Comentario de las sentencias del TS de 23 y 24 de septiembre de 2014. Valor de la documentación que aportan los jóvenes extranjeros cuando dicha documentación pudiera no conciliarse con la realidad física” pp368-376, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-23.

²³ STS, Sala Primera, Sección Pleno, 23 septiembre 2014 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2014:3818], Fundamento de Derecho Primero: “1. *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 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*”.

23. La indicada STS argumenta que la correcta interpretación de la Ley y Reglamento de Extranjería conduce a no poder considerar como extranjero indocumentado al inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad. Así, el art. 25.1 de la LO 4/2000 señala como documentos válidos para entrar en España el pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad del sujeto válidamente emitidos. Y el art. 6 del Reglamento Extranjería dispone que para acreditar la identidad del extranjero que pretenda entrar en España, el mismo deberá hallarse provisto de alguno de los documentos que cita el indicado precepto. Entre esos documentos se encuentra el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen, que deberá contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad del titular.

24 Por ello, tal y como afirma el TS, el menor extranjero que porte pasaporte legalmente expedido por el país de origen, cuya validez no ha sido cuestionada ni invalidada, no puede ser sometido a pruebas médicas de determinación de su edad por ser contradictoria dicha documentación con su apariencia física. La realización de dichas pruebas es considerada por el TS como *ultima ratio*, en el sentido de que sólo se acordarán tras efectuar un juicio de proporcionalidad en el que se ponderen las razones por las que se considere que el documento no es fiable²⁴.

25. La indicada doctrina del TS considera que, en cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas de determinación de la edad no pueden ser aplicadas de forma indiscriminada²⁵. Cualquier duda acerca de la minoría de edad del sujeto que esté basada en la simple contradicción con su apariencia física ha de ser resuelta a favor del menor puesto que las técnicas médicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad del individuo y es necesario valorar la situación de desamparo en la que pueden quedar los menores que no son objeto de protección por las autoridades competentes.

26. Esta doctrina jurisprudencial ha sido aplicada en otras sentencias posteriores del TS, como la STS 24 septiembre 2014²⁶ [nacional de Guinea que portaba pasaporte válidamente expedido y se le practican pruebas médicas por su discrepancia entre su apariencia y la edad que consta en el pasaporte]; 16 de enero de 2015²⁷ [nacional de Ghana que aporta pasaporte y certificado de nacimiento con posterioridad a ser localizado y se le practican pruebas médicas de determinación de edad]; 22 de mayo de 2015²⁸ [nacional de Gambia provisto de pasaporte válido y no impugnado, no obstante lo cual se le practican pruebas médicas de determinación de edad]; 3 de julio de 2015²⁹ [nacional de Ghana que portaba pasaporte cuando fue localizada pese a lo cual se le practicaron pruebas médicas sobre determinación de edad]; 1 de diciembre de 2016³⁰ [nacional de Senegal al que se practicaron pruebas médicas de determinación de edad pese a presentar pasaporte].

27. De imprescindible estudio resulta la STS 16 junio 2020 [nacional de Mali que aportó certificado de nacimiento de su país y se negó a someterse a pruebas de determinación de edad]³¹. La indicada

²⁴ Sobre el “juicio de proporcionalidad” vid. M^a.A. CEBRIÁN SALVAT, “Comentario de las sentencias del TS de 23 y 24 de septiembre de 2014. Valor de la documentación que aportan los jóvenes extranjeros cuando dicha documentación pudiera no conciliarse con la realidad física” pp368-376, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-23.

²⁵ Vid A. DE PALMA DEL TESO Y A. GONZÁLEZ GARCÍA, “La determinación de la edad de los Menores Extranjeros No Acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del TS”, *RJC*, 2015, núm.3, pp 39-65; y D. VÁZQUEZ GARCÍA, “La problemática existente en torno a los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la respuesta de la jurisdicción civil. Comentario a la STS, Sala 1^a, de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1382/2013) y de 24 de septiembre de 2014 (rec.280/2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8420, de 13 de noviembre de 2014.

²⁶ STS, Sala Primera, 24 septiembre 2014 [sentencia sobre nacional de Guinea] [ECLI:ES:TS:2014:3817].

²⁷ STS, Sala Primera, 16 enero 2015 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2015:26].

²⁸ STS, Sala Primera, 22 mayo 2015 [sentencia sobre nacional de Gambia] [ECLI:ES:TS:2015:2065].

²⁹ STS, Sala Primera, 3 julio 2015 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2015:3160].

³⁰ STS, Sala Primera, 1 diciembre 2016 [sentencia sobre nacional de Senegal] [ECLI:ES:TS:2016:5227].

³¹ STS, Sala Primera, 16 junio 2020 [sentencia sobre nacional de Mali] [ECLI:ES:TS:2020:2198].

resolución judicial sintetiza el marco normativo aplicable y actualiza la doctrina de la Sala Primera en la materia. Recuerda la Magistrada Ponente que la doctrina del TS desde la aludida sentencia de 23 de septiembre de 2014 ha cristalizado y se ha incorporado al vigente art. 12.4 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)³².

Por tanto, puede afirmarse que la actual redacción del art. 12.4 de la LOPJM establece una presunción de minoría de edad de la persona extranjera hasta tanto sea determinada su edad³³. Posteriormente, si el Ministerio Fiscal considera que el pasaporte o documento equivalente del extranjero no es fiable, deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere las razones que justifican la falta de fiabilidad. Por otro lado, tampoco puede considerarse indicio decisivo para dudar de la minoría de edad afirmada por el interesado y avalada por una documentación oficial no impugnada, la negativa del sujeto a someterse a las pruebas médicas.

28. El art. 12.4 recoge de igual manera la doctrina sentada por el TS al preceptuar que las pruebas de determinación de la edad de los menores no se han de aplicar de forma indiscriminada -especialmente si son invasivas- y han de someterse al principio de celeridad. Las pruebas precisarán del previo consentimiento del afectado y habrán de llevarse a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud.

29. Excepcionalmente, y a diferencia de otros casos analizados por el Tribunal Supremo, la STS 8 junio 2015³⁴ [nacional de Nigeria indocumentada que aportó certificado de nacimiento de su país y se le practicaron pruebas médicas de determinación de edad] se pronunció a favor de la mayoría de edad de la ciudadana nigeriana. El motivo se encuentra en las discrepancias contenidas en sus declaraciones judiciales respecto a la fecha de su nacimiento, en haber quedado probado que no era fiable su certificado de nacimiento y, fundamentalmente, por haber reconocido la propia extranjera que había accedido a territorio español con pasaporte falso. Todas estas circunstancias, valoradas en su conjunto, fueron decisivas para la práctica de pruebas médicas en orden a la determinación de la edad de la ciudadana nigeriana. Y esta decisión se ajustó a la normativa de aplicación a juicio del TS, pues se trataba de una extranjera indocumentada cuya minoría de edad podía ponerse razonablemente en duda.

30. En línea con la negativa a estimar la minoría de edad del extranjero se encuentra la SAP Madrid 27 julio 2020 de la que arranca este comentario. Dicha sentencia hace prevalecer las pruebas médicas de determinación de la edad del extranjero sobre su pasaporte y Certificado de nacimiento por la falta de veracidad de la documentación aportada por el ciudadano guineano en aplicación del apartado Sexto³⁵ del Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados. Dicho apartado Sexto contiene

³² Art. 12.4 L.O 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm.15, de 17/01/1996):“*Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas.(...)*”

³³ M. VINAIXA MIQUEL, “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores de edad no acompañados = The legal age: a nightmare for the unaccompanied minors who are nationals of third countries.” CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 11(1), 571-602. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>.

³⁴ STS, Sala Primera, 8 junio 2015 [sentencia sobre nacional de Nigeria] [ECLI:ES:TS:2020:2198].

³⁵ Apartado sexto Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE núm.251, de 16 de octubre de 2014).. “*Documentación oficial expedida por el país de origen del menor. Si en el instante de su localización o en un momento posterior, el menor presenta documentación oficial expedida por su país de origen serán de aplicación los siguientes criterios: 1. Las certificaciones emitidas por las autoridades extranjeras relativas al estado civil de las personas, así como cualquier otro documento extranjero que recoja datos identificativos del menor, como el pasaporte o los documentos de identidad, no constituyen prueba plena sobre la edad, filiación, matrimonio o emancipación del menor*”

los supuestos en que el pasaporte o documento de viaje no puede ser título suficiente para reconocer la minoría de edad del extranjero, entre los que se encuentran: los pasaportes que presenten signos de falsificación, o hayan sido alterados, corregidos o enmendados; también los que incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país de origen; o sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre edad que hayan sido realizadas a instancia del Ministerio Fiscal o se encuentren en clara disonancia con la apariencia física del interesado.

Sin embargo, la sentencia de la AP de Madrid parece apartarse de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS 23 mayo 2014 y actualizada por la STS 16 junio 2020, que gravita sobre el principio del interés superior del menor y sobre la presunción de su minoría de edad hasta tanto no se determine su edad. De la misma manera, La AP de Madrid se aleja en la citada sentencia de la doctrina del TS relativa a considerar el pasaporte válidamente emitido por el país de origen como documento oficial acreditativo de la identidad de los extranjeros en España -salvo que sea probada su falsificación o invalidado/desacreditado el pasaporte por las autoridades que lo expidieron. En definitiva, el pasaporte o documento acreditativo de la edad de la persona que no haya sido impugnado ni invalidado ha de prevalecer sobre pruebas médicas de determinación de edad que, como se ha indicado, no son todo lo certeras que sería deseable. Incluso debería prevalecer el pasaporte sobre las posibles contradicciones en las que haya podido incurrir el extranjero en sus declaraciones, tal y como afirma el TS en sentencias como la de 24 de mayo de 2021³⁶.

31. Finalmente, en el contexto de la fundamentación jurídica de la SAP de Madrid 27 julio 2020, es importante también distinguir entre la validez de los documentos emitidos por autoridades extranjeras y su eficacia a efectos procesales. Esto es, de conformidad con los art. 9 y 22 LOPJ la validez de los documentos públicos extranjeros, emitidos por sus autoridades competentes, “no está sometida a la jurisdicción española”, por lo que los tribunales españoles no pueden declarar su invalidez. Otra cosa distinta es su eficacia a los efectos de su aportación en un procedimiento judicial, en cuyo caso han de tenerse en consideración los siguientes criterios: 1) Si un instrumento legal internacional o una ley especial son aplicables, dicho instrumento o ley especial fijarán las condiciones para que el documento formalizado ante autoridad extranjera tenga fuerza de documento público en un proceso que se sigue en España (art. 323.1 LEC) ; 2) A falta de instrumento legal internacional o ley especial aplicable, los arts. 323 y 144 LEC establecen los requisitos que deben cumplir los documentos formalizados por la autoridad extranjera para ser considerados documentos públicos en un proceso que se sigue en España³⁷.

IV. Conclusiones finales

32. El criterio prioritario en materia de determinación de la edad de ciudadanos extranjeros es, en palabras de la Magistrada del TS M.A PARRA LUCÁN, la protección del menor que se encuentra en nuestro

salvo que así venga reconocido expresamente por Convenio o Tratado internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). 2. No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del artículo 25.1 LOEX serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes: A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados. B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente. C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos. D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española. E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado. F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento. G) Incorporen datos inverosímiles. 3. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado.”

³⁶ STS, Sala Primera, 24 mayo 2021 [sentencia sobre nacional de Costa de Marfil] [ECLI:ES:TS:2021:2164].

³⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La importancia de saber idiomas: el art. 144 LEC y los documentos públicos otorgados en el extranjero», en <http://accursio.com/blog/>, 01-07-2021.

país sin familia, lo que hace de él un menor muy vulnerable. Por esta razón, los preceptos aplicables en estos casos – el art. 35.3 de la LO 4/2000, art. 190 del R.D 557/2011, de 20 de abril y el actual art. 12.4 LOPJM-, prevén la puesta a disposición de los servicios de protección de los menores no acompañados.

33. La interpretación de dichos textos legales ha de realizarse, siempre, bajo el prisma del interés superior del menor como máxima suprema que debe inspirar la actuación de las Administraciones Públicas e instituciones privadas en orden a la tutela y amparo del menor de edad. El interés del niño requiere de una valoración particularizada en atención a las circunstancias concurrentes de cada caso.

34. Ante las extraordinarias carencias que presenta el Derecho español de producción interna en relación con la determinación de edad del extranjero irregular, es el interés superior del menor el que debe presidir toda interpretación de la norma de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS establecida en sentencias como la de 23 de mayo de 2014 y 16 de junio de 2020. Dicha doctrina jurisprudencial ha sido incorporada al contenido del art. 12.4 de la LOPJM, de manera que el extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, por no llevar consigo su pasaporte, ser su documentación insuficiente o por su apariencia física, debe ser considerado, a efectos de la normativa española de Derecho de Extranjería, un «menor de edad» hasta que se determine su edad.

35. En cuanto al extranjero que lleve consigo su pasaporte u otro documento válidamente emitidos por las autoridades de su país o que aporte dicha documentación en un momento posterior a ser localizado, no puede ser considerado como ciudadano indocumentado. El pasaporte válidamente expedido es un documento oficial acreditativo de la identidad de los extranjeros en España así como de su nacionalidad y los tribunales españoles carecen de competencia para declarar la nulidad o falta de validez del pasaporte, salvo en casos de que se acredite que han sido falsificados.

Si existe contradicción entre el pasaporte o documentación oficial del país de origen del extranjero y su apariencia física o se ponen de manifiesto discrepancias con la edad manifestada por el propio sujeto, debe prevalecer, en principio, el pasaporte o documento oficial.

36. Sin embargo, se encuentra justificada la práctica de pruebas médicas de determinación de edad si, tras realizar un juicio de proporcionalidad que pondere todas las circunstancias concurrentes del caso, el pasaporte del extranjero no se considera lo suficientemente fiable.

A este último criterio parece ajustarse la *ratio decidendi* de la sentencia de la AP de Madrid de 27 julio 2020 [litigio sobre menor edad de nacional de Guinea]. En este sentido, cabe activar técnicas médicas no invasivas para la determinación de la edad en los casos en los que las autoridades españolas sospechen fundadamente que la edad que consta en el pasaporte no se corresponde con la edad real del sujeto. Y surgen sospechas fundadas cuando, por ejemplo, el sujeto entra en España sin pasaporte, que obtiene posteriormente por medios que generan desconfianza; cuando ha afirmado que su fecha de nacimiento es otra diferente a la que figura en su pasaporte; cuando existen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente; cuando presenten signos de falsificación y otros similares.

37. En cualquier caso, tanto para el extranjero documentado como para el indocumentado, las pruebas médicas de determinación de edad no se podrán realizar de manera indiscriminada, precisarán del previo consentimiento del afectado y habrán de realizarse con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, de conformidad con la actual redacción del art. 12.4 LOPJM.

38. Como última reflexión, el extraordinario crecimiento del fenómeno migratorio de los MENA en España revela que más allá del pasaporte o de la edad de la persona subyace el profundo deseo de las personas de alcanzar una mejor vida en países que brindan una mayor protección a los menores de edad. No hay miedo al cambio para quien nada tiene que perder y mucho puede ganar. Quizá, por ello, lo que más vale en la vida para el menor extranjero no regular en España sea algo distinto a acreditar su identidad o su edad con un pasaporte o ser sometido a pruebas médicas de incierto resultado. En esa aventura

que se inicia con el acceso de ciudadanos extranjeros a las costas españolas en condiciones precarias y muy inseguras en muchas ocasiones, la regulación jurídica del menor extranjero no acompañado será operativa exclusivamente a efectos del Derecho de Extranjería español y no a efectos civiles. En efecto: el menor extranjero que abandona su país y su familia en busca de una nueva vida, no abandonará sin embargo, a efectos civiles, su ley nacional. Sigue vigente, en este ámbito propio del Derecho internacional privado, la hermosa frase del gran PASQUALE STANISLAO MANCINI, pues la ley nacional sigue a la persona y la protege como la sombra sigue al cuerpo, “*come l’ombra al corpo*”.