

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre menores extranjeros no acompañados

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. VALIDEZ DE LA DOCUMENTACIÓN QUE PORTAN LOS MENORES.—III. PRESUNCIÓN DE MINORÍA DE EDAD.—IV. PRUEBAS MÉDICAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD.—V. PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.—VI. REFLEXIÓN FINAL.

Ante la cada vez más numerosa llegada de menores extranjeros solos a España —hay actualmente alrededor de 4.000 de ellos tutelados¹ y otros muchos que no lo están—, la mayoría procedentes del continente africano, se hace necesario estudiar cómo las autoridades administrativas y judiciales están tratando la problemática jurídica en torno a este colectivo, donde el mayor reto es la determinación de su edad, pues en muchas ocasiones llegan a nuestro país sin documentación o con documentación que no es considerada válida por las autoridades españolas. Así, su consideración como menores activará la normativa de protección de los mismos, mientras que su consideración como adultos conllevará la aplicación de la normativa de extranjería.

El presente comentario se centra en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre este colectivo. Se analizan las cuestiones relativas a la validez de su documentación, a la presunción de minoría de edad, a las pruebas médicas de determinación de la edad y

* Alumna Colaboradora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores, Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

¹ Unidad de Extranjería de la FGE, Memoria 2017, 2017, p. 541 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/; última consulta 04/06/2018).

a la impugnación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, pues todas ellas han sido objeto de estudio por el Tribunal Supremo desde 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Lo primero que llama la atención es el reducido número de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos cinco años sobre la cuestión de los menores extranjeros no acompañados —alrededor de quince—, algo que es sorprendente frente a la creciente presencia de este colectivo en España y de las numerosas cuestiones administrativas y judiciales que surgen por el siempre presente conflicto entre la necesaria protección del menor y los intereses de extranjería. Este reducido número de sentencias es una posible consecuencia de la falta de recursos efectivos frente a las resoluciones que les afectan. De hecho, el decreto de determinación de la edad dictado por el Ministerio Fiscal no es recurrible directamente ante la jurisdicción (únicamente es susceptible de recurso indirecto a través de la impugnación de los efectos que produce), y ello genera una profunda indefensión que se ve traducida en la imposibilidad de acceder a instancias superiores del sistema jurisdiccional como el Tribunal Supremo.

La mayoría de resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre menores extranjeros no acompañados se refieren a la complicada cuestión de su documentación y de las pruebas de determinación de la edad que se les realizan en prácticamente todos los casos. La fase de determinación de la edad tiene una trascendencia mayúscula, pues si el extranjero resulta ser menor de edad se activará el sistema de protección, siendo su estancia regular a todos los efectos; mientras que si resulta mayor, pasaría a someterse al régimen de extranjería, siendo considerado un inmigrante irregular. Así, a este respecto, desde las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 452/2014, de 24 de septiembre (RJ 2014\4689) y núm. 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014\4839), el Alto Tribunal ha reiterado como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“[E]l 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”.

Esta interpretación ha sido reiterada, entre otras, por las Sentencias de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª núm. 11/2015, de 16 de enero (RJ 2015\121); núm. 13/2015, de 16 de enero (RJ 2015\122); núm. 318/2015, de 22 de mayo (RJ 2015\2260); núm. 319/2015, de 23 de mayo (RJ 2015\2040); núm. 320/2015, de 22 de mayo (RJ 2015\3840); núm. 368/2015, de 18 de junio (RJ 2015\2764); núm. 411/2015, de 3 de julio (RJ 2015\2561); núm. 507/2015, de 22 de septiembre (RJ 2015\4356) y núm. 720/2016, de 1 de diciembre (RJ 2016\5673).

II. VALIDEZ DE LA DOCUMENTACIÓN QUE PORTAN LOS MENORES

Como se desprende del fragmento extraído de las sentencias, el Tribunal Supremo ha resuelto que, si los menores extranjeros portan documentación, no pueden ser sometidos a pruebas médicas de determinación de la edad; y, en caso de realizarse, siempre debe efectuarse previamente un juicio de proporcionalidad sobre la validez de la documentación que portan. Sin embargo, dicho juicio de proporcionalidad parece no tener lugar en la práctica, pues esta interpretación jurisprudencial tiene como causa la realización sistemática de pruebas de determinación de la edad tanto a menores con documentación como sin documentación, pues la Fiscalía puede siempre y en todo caso, sin recurrir a ningún procedimiento judicial, considerar que la documentación que portan los menores no es válida y/o fiable y, por tanto, primar los resultados médicos de las pruebas de determinación de la edad sobre los datos reflejados en dichos documentos.

Esta doctrina jurisprudencial no supone la imposibilidad de realización de pruebas médicas de determinación de la edad, pues sí pueden llevarse a cabo en los casos en que los menores se encuentren indocumentados y su apariencia no permita concluir con certeza sobre su edad o cuando la documentación que porten no sea válida. Así, tanto en la Sentencia 329/2015, de 8 de junio (RJ\2015\2925), como en la Sentencia 2194/2016, de 11 de octubre (RJ 2016\5544) la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha avalado la realización de dichas pruebas. En el primer caso, acorde con la doctrina jurisprudencial arriba transcrita, el Tribunal considera que existían razones con encaje legal para acordar la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad al haber aportado la inmigrante un certificado de nacimiento manipulado y un pasaporte falso, con lo que no se consideró debidamente documentada habiéndose realizado un juicio de proporcionalidad. Sin embargo, en el segundo caso, sorprendentemente el Tribunal Supremo aprueba la realización de pruebas a un inmigrante procedente de Bangladesh que aportaba pasaporte acreditando su minoría de edad —sin hacer referencia a su posible falsedad o invalidez—, al considerar que su aspecto físico se correspondía al de un adulto y al no existir tratado o Convenio alguno con Bangladesh que obligue a España a dar por válida la fecha de nacimiento constante en el documento.

En cuanto a la concreta documentación que portan estos menores, hay que subrayar la relevancia práctica de que no es solo el pasaporte el único documento válido para la consideración de un extranjero como menor, sino cualquier “documento equivalente de identidad”, como afirma el Tribunal Supremo², donde deberían incluirse todos aquellos casos en los que los menores, por presentar determinadas condiciones y dificultades, no han tenido la oportunidad de acceder a la expedición de un pasaporte y portan otros documentos como actas o partidas de nacimiento o u otros documentos nacionales de identidad. En todo caso, hay que tener en cuenta que la carga de la prueba impuesta al menor para acreditar su minoría de edad no puede resultar excesiva, con lo que debería bastar la documentación expedida por las autoridades diplomáticas de sus países extranjeros acreditados en España mediante Embajadas o Consulados. Exigir a los menores la presentación de un pasaporte emitido por las autoridades de su país de origen supondría una *probatio diabólica* para ellos cuando ya han accedido a nuestro país.

III. PRESUNCIÓN DE MINORÍA DE EDAD

La Sentencia núm. 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014\4839), añade, además, basándose en el principio del interés superior del menor, que:

“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”.

Así, el Tribunal Supremo subraya la necesidad de respetar la presunción de minoría de edad, lo que supondría que, en caso de duda sobre la edad del extranjero, debe resolverse a favor de su minoría y de la protección jurídica que debe garantizarse a todo menor de 18 años.

IV. PRUEBAS MÉDICAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

En cuanto a la tipología concreta de pruebas médicas que se realizan, cabe destacar el pronunciamiento contenido en la Sentencia del Tribunal

² Sentencia núm. 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014\4839).

Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, de 17 de junio de 2013 (RJ 2013\5078) en un caso de solicitud de asilo, la cual establece que:

“la imprecisión de la prueba no es extraña 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 [...].

[E]l 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 éticas, 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”.

Con respecto a la cuestión de las pruebas médicas que se realizan, numerosas organizaciones sociales y médicas ya se han pronunciado sobre su falta de fiabilidad y su inexactitud, con lo que sería deseable, a la luz de lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo, el desarrollo de pruebas médicas de carácter multidisciplinar cuyos resultados fueran más fiables, teniendo en cuenta la mayor cantidad posible de variables que afectan al desarrollo.

V. PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

La Sentencia más reciente relativa a estos menores fue dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo el 31 de enero de 2018 (núm. 131/2018, RJ 2018\319) y tenía como objeto la impugnación de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia 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. El recurso tenía como argumento principal que el acto impugnado, a pesar de revestir la condición de instrucción interna de la Administración, excede del contenido propio de una instrucción y, por tanto, debía ser impugnable. A pesar de ello, el Tribunal Supremo consideró que no cabe la impugnación directa de dicho Protocolo, por ser su naturaleza de instrucción interna y no de reglamento, no

pronunciándose, por tanto, sobre el fondo de dicho protocolo. El Tribunal considera que “el Protocolo no hace sino establecer la coordinación de las diferentes autoridades y funcionarios que deben intervenir”, no excediéndose del ámbito propio de una instrucción interna.

En todo caso, la desestimación del recurso del Tribunal Supremo no puede interpretarse de modo que se considere validado el contenido del Protocolo Marco, pues únicamente se refiere a su irrecurribilidad.

VI. REFLEXIÓN FINAL

En general, parece que el Tribunal Supremo está alejándose del ímpetu con el que reiteraba la doctrina jurisprudencial que sentó en septiembre de 2014, siendo muy relevante que haya sido incluida en ocho sentencias en 2015, solo en una ocasión en 2016 y no haya vuelto a incluirse en una sentencia desde diciembre de 2016; encontrando sin embargo sentencias recientes como la Sentencia 2194/2016, de 11 de octubre (RJ 2016\5544) que avala la realización de pruebas a un extranjero con documentación sin hacer referencia a la validez o falsedad de la misma. Es necesario que el Tribunal Supremo siga recordando al Ministerio Fiscal los límites en la realización de pruebas médicas de determinación de la edad a estos extranjeros pues, en la práctica, se siguen llevando a cabo de forma indiscriminada.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, como recordó el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 453/2014, de 23 de septiembre, que:

“[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 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”.

En conclusión, a pesar de la reiterada jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo estableciendo los límites a la realización de pruebas médicas de determinación de la edad, en la práctica se continúan llevando a cabo de manera sistemática y encontramos cada vez menos sentencias que recuerden dichos límites, lo cual demuestra, entre otras cosas, que el acceso a la jurisdicción para estos menores es muy dificultoso. Sería deseable una nueva Sentencia del Alto Tribunal recordando la necesidad de llevar a cabo todas las actuaciones que afecten a estos menores bajo la óptica de su interés superior, aplicando la presunción de minoría de edad en caso de duda y otorgando prioridad a su condición de menores sobre su condición de

extranjeros. Por último, también resultaría de gran interés que el Tribunal se pronunciase de nuevo y de forma extensa sobre la adecuación y exactitud de las pruebas médicas que se practican a estos menores.

A mi entender, una interpretación que garantizase la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, acorde por tanto con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor³ y con la Convención sobre los Derechos del Niño⁴, sería aquella que, al contrario de lo que ocurre actualmente, prime la cualidad de menor sobre la de extranjero.

Y ello supondría que, en primer lugar, en materia de documentación, se reconozcan como válidos documentos distintos del pasaporte, como actas o partidas de nacimiento y que, en todo caso, sea la autoridad judicial, y no el Ministerio Fiscal, la que dirima sobre la validez de dicha documentación; y, en segundo lugar, en materia de determinación de la edad, que las pruebas médicas fuesen multidisciplinarias, reduciendo así el margen de error existente actualmente, incluyendo entrevistas personales para así tener en cuenta todas las variables físicas, psicológicas, culturales y de desarrollo que afectan al crecimiento. Además de esto, la negativa al sometimiento a dichas pruebas no debe ser considerada como una prueba de su mayoría de edad, y, sobre todo, no debe someterse a pruebas médicas a menores que se encuentren documentados y cuyos documentos no hayan sido invalidados por la autoridad judicial. De hecho, el Defensor del Pueblo⁵ afirma que a pesar de la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo citada más arriba, “se ha incrementado el número de quejas recibidas por la incoación de procedimientos de determinación de edad a menores que cuentan con pasaporte o con otra documentación válida acreditativa de ello”. Esto se debe a que, con la nueva redacción del art. 12.4 LOPJM, el Ministerio Fiscal considera que se le ha otorgado la potestad de realizar un juicio de proporcionalidad para considerar que un documento de identidad es o no fiable, potestad que debería estar encomendada con exclusividad al Juez. Por último, dado el elevado margen de error que presentan las pruebas actualmente, aplicar la presunción de minoría de edad avalada por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 453/2014, de 23 de septiembre, supondría en todo caso la adopción de la edad más baja posible de la horquilla establecida por los resultados de las pruebas. Solo cumpliendo con estas previsiones se estaría respetando el principio del interés superior del menor y la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁵ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2017, pp. 251-252 (disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf; última consulta 26/03/2018).