



---

## **CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME**

---

**Acto que se certifica:** Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 30 de marzo de 2023, por el que se ha aprobado el siguiente:

### **INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE LA EDAD**

#### **I. ANTECEDENTES**

**1.-** Ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto por el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad.

**2.-** La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del 19 de mayo de 2022, designó ponentes de este informe a los vocales doña Roser Bach Fabregó y don José Antonio Ballester Pascual.

#### **II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ**

**3.-** La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 LOPJ (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a «[N]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales» (apartado sexto), y a «[N]ormas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales» (apartado séptimo del artículo 561.1 LOPJ).



**4.-** En atención al anterior dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Proyecto remitido, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

**5.-** Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

**6.-** La competencia del Consejo para desarrollar su función consultiva respecto del anteproyecto que le ha sido remitido deriva de la naturaleza netamente procesal de la norma proyectada y de aquellas que han de ser objeto de modificación por virtud de ella. La potestad de informe entronca, por consiguiente, directamente con los apartados sexto y séptimo del artículo 561.1 LOPJ.

### **III. DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO**

**7.-** El anteproyecto, que viene acompañado de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, se estructura en cuatro artículos, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

**8.-** En el artículo primero se modifican los artículos 748, 749, 750 y 753 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), e introduce un nuevo Capítulo V bis en el Título I del Libro IV, intitulado "Del procedimiento de evaluación de la edad".

**9.-** El artículo segundo introduce una nueva letra j) en el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

**10.-** En el artículo tercero se modifica el artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím).



**11.-** En el artículo cuarto se modifica el artículo 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, al que se añade un nuevo apartado 13º bis, y se introduce un nuevo artículo 48 bis en la misma Ley.

**12.-** La disposición transitoria única se refiere a los expedientes de determinación de la edad en curso, y las disposiciones finales primera y segunda modifican, respectivamente, 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 (LOPJM), la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX).

**13.-** La disposición final tercera contiene el título competencial, la cuarta se refiere a la naturaleza de la ley y la quinta a su entrada en vigor.

#### **IV. CONSIDERACIONES GENERALES**

##### **I**

**14.-** El análisis del anteproyecto objeto de informe debe comenzar situando la norma anteproyectada en el marco social y jurídico en el que ha de desenvolverse la normativa reguladora del procedimiento de determinación de la edad.

**15.-** En esta primera aproximación se debe centrar la atención en el hecho de que la regulación de la determinación de la edad surge en un contexto de flujos migratorios y desplazamientos forzados en los que se ven involucrados menores de edad, generalmente no acompañados y separados de sus familias, que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y cuyos derechos son susceptibles de ser lesionados, con riesgo de exclusión social.

**16.-** El Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración, de 5 de julio de 2010<sup>1</sup>, en su conclusión 86, señala: *«La protección de los derechos de todos los niños en el contexto de la migración es un asunto de la máxima importancia. Al tiempo que se reconoce que los niños presentan vulnerabilidades y necesidades particulares y que pueden ser víctimas de la discriminación, la*

---

<sup>1</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, AHRC/15 29.



*violencia y los abusos en el contexto de la migración, la situación de los niños no debe separarse artificialmente de la de sus padres y familiares adultos. La mejor forma de proteger los derechos del niño en este contexto es velar por que las políticas de migración en general no criminalicen a los migrantes, no tengan fines y efectos discriminatorios, abarquen todo el proceso de la migración desde una perspectiva que tenga en cuenta los intereses del niño y los aspectos de género, se basen en las normas de derechos humanos y las respeten, y estén fundamentadas en hechos empíricos y coordinadas entre todos los interesados pertinentes».*

**17.-** Con anterioridad, la Observación General nº 6 del Comité de los Derechos del Niño (Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen), de 2005 (CRC/GC/2005/6), puso de manifiesto: *«[l]a situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de sus familia (...) para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos, así como proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención de Derechos del Niño, con particular referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de este a manifestar libremente sus opiniones».*

**18.-** La misma Observación insiste en la vulneración de derechos que implica que los menores no puedan obtener documentos de identidad apropiados, no tengan acceso a registros, su edad no pueda determinarse, ni puedan solicitar documentos, instar la localización de la familia ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En su punto V, "Respuesta a las necesidades de protección generales y concretas; a) Evaluación y medidas iniciales", señala: *«31. Las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia, su secuencia y prioridad, se regirán por el principio del interés superior del menor. El necesario proceso de evaluación inicial comprende las siguientes etapas: i) Determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país (art.8). Las medidas incluirán la determinación de la edad, para lo cual no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. Además, la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal».*



**19.-** En términos similares, e incidiendo en la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 2018, "Niños y adolescentes migrantes" (A/RES/69/187), dispone: *«Preocupada por que los niños migrantes, incluidos los adolescentes, en particular los que se encuentran en situación irregular, pueden estar expuestos a abusos y violaciones serios de los derechos humanos en diversos puntos de su viaje, lo que puede poner en peligro el bienestar físico, emocional y psicológico en los países de origen, de tránsito o de destino, y porque muchos niños migrantes en situación irregular, incluidos los adolescentes, pueden no ser conscientes de sus derechos y estar expuestos a delitos y abusos de derechos humanos que cometan organizaciones delictivas transnacionales y delincuentes comunes, en particular el robo, el secuestro, la extorsión, las amenazas, la trata de personas, incluido el trabajo forzoso, el trabajo infantil, la explotación, los abusos sexuales, las lesiones físicas y la muerte (...)*».

**20.-** Y añade: *«Reafirma la necesidad de promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños migrantes, incluidos los adolescentes, independientemente de su estado migratorio, y de abordar la cuestión de la migración internacional mediante la cooperación y el diálogo a nivel internacional, regional o bilateral y la aplicación de un enfoque integral y equilibrado, reconociendo las funciones y responsabilidades de los países de origen, de tránsito y de destino en la promoción y protección de los derechos humanos de los niños migrantes, incluidos los adolescentes, y evitando aplicar enfoques que puedan agravar su vulnerabilidad».*

**21.-** La condición de vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados está presente, por lo demás, en distintos actos de la Comunidad Europea y de la Unión Europea. Así, se alude a ella en la Resolución del Consejo de la Comunidad Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE C.221/23, de 19.7.1997); también en el artículo 3.9 de la Directiva 2008/115/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L 348/98, de 24.12.2008); y asimismo se alude a la vulnerabilidad en el artículo 21 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido, DOUE L 180/96, de 26.6.2013).

**22.-** En este mismo ámbito de la Unión Europea, en el denominado Programa de Estocolmo, que ha dado lugar al Plan de Acción sobre los Menores no



Acompañados [COM(2010) 213 final, 6.5.2010], se refleja la preocupación por la vulnerabilidad de los menores no acompañados procedentes de terceros países. En el punto 3 de dicho Plan de Acción, relativo a la "Prevención de la migración insegura y de la trata de seres humanos y aumento de las capacidades de protección en los terceros países", se señala: *«La Unión Europea también seguirá apoyando los sistemas de registro de nacimientos que, al garantizar la identidad legal de todos los menores y, por lo tanto, el acceso de estos a sus derechos legales, cumplen una función muy importante en la protección de los menores»*; y más adelante añade: *«Los instrumentos de la Unión Europea y los instrumentos nacionales de cooperación exterior (...) deberían apoyar actividades encaminadas a proteger a los menores contra cualquier forma de violencia o explotación y, en particular, al desarrollo de sistema de protección de la infancia y de registro de nacimientos»*.

## II

**23.-** La adecuada contextualización del régimen jurídico del procedimiento de determinación de la edad pasa por tomar en consideración el conflicto existente entre dos intereses jurídicos necesitados de protección: el interés del Estado en la protección de sus fronteras ante los flujos migratorios, por una parte, y el interés superior del menor proclamado desde los instrumentos y resoluciones de instancias internacionales -y por el Tribunal Constitucional, en su ámbito de competencias, como se verá- que opera como principio rector en la protección de los menores, en general, y en particular en la protección de los menores extranjeros no acompañados.

**24.-** El legislador, al abordar normativamente la necesidad de articular un procedimiento de determinación de la edad, consideró que era una cuestión que afectaba al régimen de extranjería y, consecuentemente, introdujo la previsión de la regulación del procedimiento y de sus líneas generales en el artículo 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 (LOEX, en lo sucesivo).

**25.-** La consideración de la determinación de la edad como una cuestión propia del régimen de extranjería ha traído consigo diversas consecuencias. En primer término, sitúa la determinación de la edad en el marco del título competencial del artículo 149.1.2º CE y, por tanto, dentro de las competencias estatales -exclusivas- en materia de inmigración, extranjería y derecho de asilo, orillando de este modo las competencias autonómicas en materia de protección de la infancia y la adolescencia y sobre asistencia social (respecto de esta última competencia, cfr. artículo 148.20ª CE).



**26.-** Sin entrar en las críticas que desde distintos sectores ha merecido esta concepción de la determinación de la edad y sus consecuencias en el plano competencial, interesa ahora detenerse en la segunda consecuencia derivada de su consideración como una cuestión de extranjería y de su tratamiento normativo como tal. Y es que, de esta forma, se hace primar el interés público, del Estado, sobre cualquier otro, y la cuestión aparece vinculada, por tanto, a intereses de carácter político, sin perjuicio del sometimiento a la legalidad que impone a la Administración el artículo 103.1 CE y, por supuesto, al control jurisdiccional de su actividad.

**27.-** Es innegable el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, como es indudable que, en el ejercicio de las competencias que le confiere el artículo 149.1.2º CE, no solo ha de estar revestido de las potestades precisas para el ejercicio de su competencia, sino que en la regulación de su ejercicio el legislador ha de velar por la promoción y consecución de políticas públicas encaminadas a evitar situaciones de riesgo de vulneración de los derechos de los menores derivadas, fundamentalmente, de la actividad de organizaciones que llevan a cabo migraciones ilegales y trata de personas.

**28.-** También es innegable que este interés público tiene una proyección sobre los procedimientos de determinación de la edad, proyección que se refleja en la necesidad de prevenir fraudes que afectan, no solo al interés del Estado, sino también a los derechos de otras personas, entre los cuales se encuentra, dentro de los derechos de la personalidad, el de ser tratado como menor de edad y de relacionarse con menores de edad.

**29.-** La expresión de este interés público, en su proyección procedimental, se aprecia con facilidad en el examen y la valoración de la documentación que el menor extranjero porte consigo, así como en el control de las garantías que ofrezcan los registros públicos y las autoridades del Estado de procedencia.

**30.-** Pero al mismo tiempo que concurre el interés del Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de extranjería, concurre el interés del menor, con consideración de interés superior que, como contrapeso del anterior, se encuentra vinculado a diferentes derechos constitucionales -entre ellos, los contemplados en los artículos 10.1, 14, 17, 24 y 39 CE-, y que también ha de tener su debida proyección procedimental, con una densidad e intensidad normativa mayor, incluso, que la que merece la tutela del interés público.

**31.-** La Convención de Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>2</sup>, en su artículo 3, concibe el interés superior

---

<sup>2</sup> Convención de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE 313, de 31 de diciembre de 1990).



del niño como un derecho específico y sustantivo del menor, al tiempo que constituye un principio general que debe inspirar todas las acciones de los poderes públicos, administraciones, autoridades y particulares que tengan incidencia sobre la vida del niño. El apartado 1 del artículo 3 de la CDN dispone que *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*; y en otros artículos de la Convención -artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40- se hace también referencia al interés superior del menor.

**32.-** La Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRG/C/GC/14), ha llevado a cabo una interpretación auténtica del artículo 3.1 CDN dotando de significado a todos sus elementos normativos, y vinculando el interés superior del niño a otros derechos fundamentales del menor. En lo que ahora interesa, el interés superior del niño constituye un concepto tridimensional: es un derecho subjetivo, es un principio jurídico interpretativo de carácter primordial y constituye una norma de procedimiento.

**33.-** En la esfera interna, el interés superior del menor, también con esa concepción, tiene pleno respaldo constitucional y legal. No solo se incorpora al ordenamiento por la vía del artículo 10 CE, sino que además tiene respaldo en el artículo 39 CE. En la legislación ordinaria, el interés superior del menor se encuentra consagrado en el artículo 2 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 (LOPJM), en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que incorpora tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la ya citada Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Como explica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015, la determinación del interés superior del menor en cada caso -como derecho- *«[d]ebe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio»*.



**34.-** El Tribunal Constitucional por su parte, ha declarado que *«[E]l interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990. Como detalla la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor»* (STC 64/2019, de 9 de mayo de 2019, FJ 4).

**35.-** El mismo Alto Tribunal ha incidido en la consagración constitucional del interés superior del niño, incluso frente a quienes ejerzan la patria potestad o funciones tutelares: *«Así pues, sobre los poderes públicos, y muy especialmente sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño. En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el "interés superior" de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)»* (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

**36.-** En la reciente STC 130/2022, de 24 de octubre, en el marco de un recurso de amparo interpuesto en relación con las resoluciones dictadas en un procedimiento de oposición a medidas de protección de menores que impedían la efectiva impugnación del decreto de la fiscalía sobre determinación de la edad, se analiza la protección del interés superior del



menor en la jurisprudencia constitucional y la especial vulnerabilidad del menor extranjero. En su FJ 5 dice:

*«En aquellos casos en que los derechos fundamentales van referidos a una persona menor de edad, o que pudiera serlo, tal circunstancia ha de ser tenida en cuenta por el Tribunal, en atención al principio constitucional de protección del interés superior del menor reconocido en el art. 39 CE; y justifica una modulación del contenido y alcance de aquellos, precisamente para tutelar este interés superior constitucionalmente reconocido, llegando incluso a atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar legítimos intereses y perspectivas de terceros e incluso derechos y principios constitucionales (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 141/2000, FJ 5; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2, y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, entre otras). En la STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, pusimos de relieve que “[e]l interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes los menores `que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos´, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumentos de 30 de noviembre de 1990”. Y en relación con esta consideración del interés superior del menor juega un papel fundamental el derecho de la persona menor de edad, o que pudiera serlo, a ser oída y escuchada, como parte del estatuto jurídico indisponible de las personas menores de edad, como norma de orden público que de forma inexcusable han de observar todos los poderes públicos (SSTC 64/019, de 9 de mayo, FJ 4, y 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5)».*

**37.-** Y añade: *«Por lo que se refiere a la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones poniendo el acento en la importancia de la protección de sus derechos. Así se indica en la ya citada sentencia de 21 de julio de 2022, asunto Darboe y Camara c. Italia, en la que, tras hacer una extensa referencia a la normativa nacional, europea e internacional que protege los derechos de los menores, el Tribunal afirma que esta normativa es de aplicación desde el momento en que la persona afectada es identificada como menor y recuerda el principio de presunción de minoría de edad, que considera “un elemento inherente a la protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad” (§153), lo cual implica que el procedimiento para la determinación de la edad en estos casos debe ir acompañada de las garantías procesales adecuadas y suficientes (§ 154)».*

**38.-** Cuando se produce una concurrencia o interrelación con otros derechos o intereses legítimos -ya sean públicos y respondan a decisiones políticas, ya



sean privados, como el derecho a la tutela judicial efectiva de terceros-, el Tribunal Constitucional ha precisado que toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor: «[t]odos los poderes públicos -incluido el judicial-, deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad» (STC 64/2019, cit., FJ 4, con cita de las SSTC 185/2012, de 17 de octubre, 127/2013, de 3 de junio, 167/2013, de 7 de octubre y 186/2013, de 4 de noviembre).

**39.-** En esta línea, el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996 (LOPJM), en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, dispone que:

“4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”.

**40.-** De este modo, el interés superior del menor, como principio jurídico fundamental y como norma de procedimiento, ha de actuar en un doble plano. Por una parte, opera en el plano normativo, de forma que determina la actuación del legislador a la hora de elaborar -en lo que ahora atañe- las normas rectoras del procedimiento de determinación de la edad y sus trámites. Y por otra parte, en el plano interpretativo y aplicativo, ha de informar la actividad que se desarrolle en el procedimiento, a la hora de interpretar y aplicar las normas que lo regulan, y especialmente a la hora de motivar y adoptar la decisión. En este plano, el interés superior del menor incide con especial intensidad en la ponderación de los eventuales intereses legítimos concurrentes, en su posible conciliación siempre sobre la base de la prevalencia de aquel sobre estos, y cobra especial virtualidad a la hora de valorar los elementos de prueba aportados al proceso y de obtener la resultancia probatoria conforme a la cual el tribunal ha de adoptar su decisión, ya sea la relativa a abrir o no el procedimiento, ya sea de carácter cautelar, ya sea de naturaleza interlocutoria orientada a disponer la adopción de medidas y la práctica de medios de prueba, ya sea, en fin, la resolución sobre el fondo.

**41.-** Conviene puntualizar que tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Consejo de Europa mantienen que el procedimiento para la determinación de la edad debe tener un carácter *holístico*, lo que conlleva, por una parte,



una aplicación casuística del interés superior del menor, como principio y como regla de procedimiento, y por otra parte la necesidad de adoptar la decisión disponiendo todas las medidas pertinentes y tomando en cuenta todos los datos y elementos de prueba que puedan ser útiles y pertinentes para decidir.

**42.-** Y conviene asimismo reflexionar acerca del carácter plural del interés superior del menor, por cuanto junto al de aquel cuya determinación de la edad constituye el objeto del procedimiento se encuentra el de aquellos con los que, en el marco de las medidas de protección adoptadas o que vayan a adoptarse, ha de relacionarse, cuyos derechos han de protegerse también conforme al mismo principio y regla de procedimiento.

### **III**

**43.-** Llegado este punto, resulta oportuno hacer algunas consideraciones acerca de la importancia de la determinación de la edad.

**44.-** Aunque pueda resultar ocioso recordarlo, se debe tener presente que el ordenamiento jurídico vincula a la edad de las personas determinados derechos y determinadas obligaciones. Como es sabido, la mayoría de edad, establecida en España en los dieciocho años (artículo 12 CE y artículo 315 del Código Civil), comporta la adquisición de la plena capacidad para todos los actos de la vida civil (artículo 322 del CC). No obstante, antes de alcanzar la mayoría de edad, el ordenamiento jurídico anuda a la edad, aun dentro de la minoría de edad, determinadas consecuencias y efectos jurídicos. Sin ánimo de exhaustividad, cabe recordar que a partir de los dieciséis años se puede solicitar la declaración de emancipación y la concesión del beneficio de la mayoría de edad (artículos 317 y siguientes CC); que la responsabilidad penal es exigible partir de los catorce años (artículo 1.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores); que el derecho a acceder al mercado laboral se fija en los dieciséis años (artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores), y que la prohibición de realizar trabajos nocturnos, insalubres, penosos, nocivos o peligrosos y la prestación de horas extraordinarias se establece para los menores de dieciocho años (artículo 3.2 y 3.3 del Estatuto de los Trabajadores); que el derecho a recibir enseñanza básica obligatoria y gratuita se reconoce a los niños entre los seis y los dieciséis años de edad (artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación); que a partir de los doce años el menor tiene derecho a ser oído y a partir de los dieciséis tiene derecho al otorgamiento del consentimiento informado en los términos previstos en el artículo 9 de 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; que a partir de los catorce años el menor puede testar y puede obtener dispensa para contraer matrimonio (artículos 663.1º y 48 del Código



Civil); y que las agresiones sexuales a menores de dieciséis años tienen su específica tipificación penal (artículo 181 del Código Penal).

**45.-** El fundamento jurídico de la edad y de su determinación se encuentra en el contenido mismo del derecho a la identidad del menor, implícitamente reconocido en el artículo 7.1 de la Convención de Derechos del Niño ("El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padre y a ser cuidado por ellos") y en el artículo 10 de la Carta Europea de Derechos del Niño ("Todo niño deberá ser registrado desde su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad"). La identidad, según el Diccionario panhispánico del español jurídico, se define como "los datos básicos que permiten identificar a una persona por su nombre, filiación, lugar de nacimiento y número de documento nacional de identidad"; y en el plano jurídico, forma parte de los derechos humanos y, en particular, del derecho a la personalidad. Si bien no existe, en rigor, un derecho a la edad y a su determinación, la integración de la edad en el contenido del derecho a la identidad es consustancial al hecho del nacimiento y a su inscripción y constancia oficial: el nacimiento está ligado a un determinado acontecimiento temporal que da comienzo al cómputo que sirve para la determinación de la edad cronológica.

**46.-** En el marco del régimen de extranjería, la relevancia de la edad y de su determinación se muestra de forma evidente en el hecho de que de ella depende la sujeción al régimen de asistencia y protección dispuesto para los menores de edad -y, en términos generales, la sujeción al régimen de derechos de los que son titulares- y, en particular, al otorgamiento de la autorización de residencia de los menores sujetos a protección (cfr. artículo 35.7 LOEX y artículo 196 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Extranjería, REX). La edad y su determinación es especialmente relevante en los supuestos de menores indocumentados, pues la posibilidad prevista en el artículo 34.2 LOEX, relativa a la solicitud y obtención de la cédula de inscripción para extranjeros, no sirve de solución ante la falta de documentación en la medida en que para la obtención de la cédula es preciso el dato de la edad.

**47.-** Paralelamente, la edad es un elemento integrante del estado civil, entendido este como aquella cualidad de la persona que resulta del puesto que tenga en cada una de las situaciones consideradas como fundamentales en la organización civil de la comunidad y que afecta a su capacidad de obrar, o como aquella cualidad natural o adquirida que supone, por su estabilidad o permanencia, una manera de ser o estar en la comunidad y que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuirle efectos jurídicos.



El artículo 325 CC dispone que “Los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado a este efecto”, y conforme al artículo 326, el Registro del estado civil comprenderá, entre otras, las inscripciones de nacimientos, y de este modo, servirá de constancia oficial de la edad (ex artículo 327 CC)<sup>3</sup>.

**48.-** Recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de examinar desde el plano constitucional diversos aspectos relativos a la fecha de nacimiento y, correlativamente, a la edad como circunstancia integrante del núcleo esencial que conforma la identidad misma de la persona. En la STC 130/2022, de 24 de octubre, después de señalar que no se había efectuado ningún pronunciamiento en relación con tales cuestiones, reseña la doctrina del TEDH contenida en la sentencia de 21 de julio de 2022, asunto Darboe y Camara c. Italia, en la que el alto Tribunal europeo ha declarado de manera específica que «[e]l concepto de “vida privada” es un término amplio que no es susceptible de definición exhaustiva (véase *Pretty c. el Reino Unido*, núm. 2346-02, § 61, CEDH 2002III). Abarca la integridad física y psicológica de una persona y, por lo tanto, puede abarcar múltiples aspectos de la identidad de la persona como, por ejemplo, la identificación del género, la orientación sexual, el nombre y los elementos relacionados con el derecho a la imagen de una persona privada (...)». Y el Tribunal Constitucional concluye señalando que «De forma expresa el Tribunal -el TEDH- incluye la edad entre esos aspectos que determinan la identidad de una persona, afirmando taxativamente que “la edad de una persona es un medio de identificación personal y que el procedimiento para evaluar la edad de un individuo que alega ser menor, incluidas las garantías procesales, es esencial para garantizarle todos los derechos derivados de su condición de menor”».

**49.-** De lo anterior cabe extraer las siguientes consecuencias: la primera, la necesidad de articular normativamente un procedimiento de determinación de la edad, necesidad particularmente intensa cuando se trata de menores extranjeros no acompañados indocumentados; y la segunda, la integración de la edad y de su determinación en la esfera del estado civil de las personas, lo que es determinante de la naturaleza de las normas rectoras del procedimiento para su determinación y, por ende, de la competencia para conocer de él.

#### IV

**50.-** El marco normativo actualmente vigente en materia de determinación de la edad se encuentra integrado, en primer término, por el artículo 35.3 y 4 de la LOEX, desarrollado reglamentariamente por el artículo 190 del Real

<sup>3</sup> En similares términos, artículos 4.1º y 16.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.



Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería (REX).

**51.-** El artículo 35.3 LOEX establece:

“3. 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 e su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas oportunas”.

**52.-** Y su apartado 4 preceptúa:

“4. 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”.

**53.-** El artículo 190 del REX, por su parte, dispone:

“Artículo 190. Determinación de la edad.

1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, este será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competente, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde este se encuentre.



2. La Secretaría de estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.
3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.
4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de esta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento”.

**54.-** La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introdujo un apartado 4 del artículo 12 de la LOPJM, que afecta al procedimiento de determinación de la edad de los menores documentados, como un supuesto específico de determinación de la edad. Dicho precepto -criticado por su ubicación y por la dispersión normativa que produjo, con la subsiguiente duda acerca de la posible coexistencia de dos procedimientos de determinación de la edad diferentes, para menores indocumentados y para menores documentados-, dispone:

“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, especialmente si son invasivas”.



**55.-** Este marco regulatorio se complementa con una serie de instrumentos no normativos que componen una suerte de *soft internal law* en materia de determinación de la edad que, en ocasiones, no solo sirven para establecer pautas o reglas de actuación uniformes y coordinadas, sino que incorporan contenidos normativos, extravasando el ámbito propio de actuación de tales instrumentos, que no son vinculantes *erga omnes*, carecen -han de carecer- de contenido normativo propiamente dicho y no forman parte de las fuentes del derecho enumeradas en el artículo 1 CC (cfr. STS 131/2018, de 31 de enero, ECLI:ES:TS:2018:262).

**56.-** Entre ellos se encuentra la Instrucción 2/2001, de la Fiscalía General del Estado, de 28 de junio de 2001, acerca de la interpretación del artículo 35 de la LOEX; la Instrucción 6/2004, sobre el tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados; la Circular 3/2001, de la Fiscalía General del Estado, de 21 de diciembre de 2001, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería; la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, de la Fiscalía General del Estado sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España; la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados; el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones sobre menores de edad extranjeros no acompañados, de 2014, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 251, de 16 de octubre de 2014; y, en una línea paralela, se encuentra la Circular 4/2013, de la Fiscalía General del Estado, sobre diligencias de investigación. Este *soft law* incide en aspectos tan relevantes como la naturaleza del procedimiento de determinación de la edad y la forma de la resolución en la que ha de determinarse; en la definición jurídica de los menores de edad no acompañados, separándose de la contenida en el artículo 189 del Real Decreto 577/2011; en la valoración de los documentos de identidad aportados, la realización de pruebas médicas y la prevalencia del resultado de estas frente a aquellos; y de manera más o menos tangencial, en el principio de contradicción, en el derecho de audiencia del menor y, en fin, en la tutela judicial efectiva.

**57.-** El marco normativo expuesto se complementa con otras disposiciones legales que operan en distintas esferas. En el seno del procedimiento administrativo de asilo, el artículo 48.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece:

“En los supuestos en los que la minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se pondrá el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá lo necesario para la determinación de la edad del presunto menor, para lo



que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas científicas necesarias. La negativa a someterse a tal reconocimiento médico no impedirá que se dicte resolución sobre la solicitud de protección internacional. Determinada la edad, si se tratase de una persona menor de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores”.

**58.-** En la esfera penal, el artículo 375 LECrim dispone:

“Para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, el Secretario judicial traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviese inscrito en el Registro.

En todo caso, cuando no fuere posible averiguar el Registro o parroquia en que deba constar en nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partida; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento del artículo anterior por informe que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los Médicos Forenses o los nombrados por el Juez”.

**59.-** Y el artículo 762.7ª de la misma ley rituaría establece:

“En las declaraciones se reseñará el Documento Nacional de Identidad de las personas que las presten (...) Cuando por tal circunstancia o por cualquiera otra no ofreciere duda la identidad del imputado y conocidamente tuviere la edad de dieciocho años, se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento. En otro caso, se unirá dicho certificado y la correspondiente ficha dactiloscópica (...)”.

**60.-** El artículo 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dispone:

“Cuando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo”.

**61.-** Y el artículo 2.9 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, establece:

“Cuando la policía judicial investigue a una persona como presunto autor de una infracción penal de cuya minoría de edad se dude y no consten datos que permitan su determinación, se pondrá a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que proceda a determinar la identidad y edad del presunto delincuente por las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.



**62.-** También en la esfera penal, la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procedimientos penales (DOUE L...), señala en su Considerando (13): *«Los Estados miembros deben determinar la edad de los menores a partir de las declaraciones de los propios menores, la comprobación del estado civil, investigaciones documentales, otras pruebas y, si no se dispone de tales pruebas o no resultan concluyentes, un reconocimiento médico. Es reconocimiento médico debe realizarse únicamente como último recurso, respetando estrictamente los derechos del menor así como su integridad física y dignidad humana. En caso de que persistan dudas sobre la edad de la persona, debe presumirse, a efectos de la presente Directiva, que es menor».*

**63.-** Respecto de la víctima del delito, el artículo 13.2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (DOEU L 101, de 15.4.2011), establece:

“Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima de la trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor, sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección de conformidad con los artículos 14 y 15”.

**64.-** Por su parte, el artículo 29.3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, dispone:

“Cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza, se presumirá que se trata de una persona menor de edad, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley”.

**65.-** Sin salirse de la esfera penal, de los artículos 57.7 y 63.2 LOEX se desprende la competencia del juez de instrucción para resolver acerca del internamiento y el cese del mismo, lo que, según autorizada doctrina, lleva implícita la evaluación y la determinación de la edad.

**66.-** En la esfera contencioso-administrativa, el juez de este orden jurisdiccional puede resolver acerca de la determinación de la edad en el marco de las medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

**67.-** Y en la esfera civil, la determinación de la edad puede surgir en el curso del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en



materia de protección de menores del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Cabe puntualizar que, como indican los AATC 151/2013, de 8 de julio y 178/2013, de 9 de septiembre, las medidas adoptadas en materia de protección de menores pueden ser revisadas en vía judicial, tanto a través del indicado procedimiento civil especial, como por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero; y si bien, como se verá, el decreto del fiscal de determinación de la edad no es directamente impugnabile, sí puede ser objeto de revisión a través de una y otra vía.

## V

**68.-** Una vez expuesto el panorama normativo vigente, cabe hacer algunas consideraciones acerca de la naturaleza y objeto del procedimiento de determinación de la edad y de la resolución que le pone término, así como sobre la competencia para dictarla, junto con algunas reflexiones sobre algunos aspectos críticos oponibles al modelo actualmente en vigor.

**69.-** El procedimiento para la determinación de la edad que enraiza en el artículo 35.3 LOEX y en el artículo 190 del REX -con el complemento que supone, como se acaba de ver, el apartado 4 del artículo 12 de la LOPJM respecto de los menores extranjeros documentados- tiene, por una parte, una naturaleza aparentemente administrativa, y por otra parte un carácter preprocesal.

**70.-** El Informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España publicado en septiembre de 2005 dirigió la Recomendación n.º 5 a la Fiscalía General del Estado en la que propuso que se dictara una instrucción para que, cuando existiesen dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los fiscales, una vez efectuadas las pruebas diagnósticas procedentes, dictasen una resolución motivada en la que de manera expresa determinaran la edad del menor a todos los efectos.

**71.-** Tanto en la Circular 2/2006, como en los instrumentos estatutarios de la Fiscalía General del Estado y en el Protocolo sobre el Observatorio de la Infancia aprobado el 14 de noviembre de 2005 se incide en la misma línea: el fiscal habrá de incoar unas diligencias preprocesales en las que, una vez practicadas las pruebas pertinentes, deberá dictar la correspondiente resolución en forma de decreto motivado en el que se determine si la persona afectada debe considerarse menor de edad y, en caso positivo, se acuerde la puesta a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores.



**72.-** La predicada naturaleza administrativa del procedimiento de determinación de la edad, y por tanto del decreto que le pone término, se explica desde la consideración de que la LOEX regula una materia que tiene esa misma naturaleza, de forma que la naturaleza de la norma determina la propia del procedimiento que en ella se prevé. La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha reconocido, con base en ese argumento, la naturaleza administrativa del procedimiento de determinación de la edad (STS 2194/2016, de 11 de octubre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4464).

**73.-** Esta caracterización del procedimiento de determinación de la edad como un procedimiento de naturaleza administrativa no es, sin embargo, y no obstante el pronunciamiento del Alto Tribunal, pacífica. Y ello fundamentalmente porque ha sido cuestionada la ubicación normativa de la previsión legal de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados y su vinculación con el interés público de la protección de fronteras y de control de los flujos migratorios -es decir, al interés público al que sirve la legislación de extranjería-, habiéndose demandado un tratamiento normativo acorde con su consideración de elemento integrante del estado civil de la personas y, de forma más genérica, su inclusión en el derecho a la identidad, dentro del derecho a la personalidad, haciendo entrar en juego el prevalente interés superior del menor.

**74.-** Parece oportuno orillar la sedicente naturaleza administrativa del decreto, que parece pugnar con las funciones del Ministerio Fiscal y con el carácter irrecurrible -de manera directa- del decreto. Debe tenerse presente que la atribución de la competencia al Ministerio Fiscal para conocer del procedimiento y para dictar el decreto de determinación de la edad fue sobrevenida, pues en su origen, el artículo 32 de la LOEX atribuyó la competencia al Juez de Menores. La revisión de la LOEX llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, para adaptarla a los principios y criterios del Consejo Europeo de Tampere, y bajo el argumento de que una cuestión como la determinación de la edad del menor extranjero no acompañado no podía criminalizarse mediante la atribución de la competencia a un órgano judicial de la jurisdicción penal, tuvo como consecuencia la asignación de la competencia al Ministerio Fiscal, atribución competencial que el legislador justificó en que con ella se dotaría de mayor seguridad jurídica al procedimiento<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, 18 de octubre de 2000, núm. 12-5, Serie A. Proyectos de Ley.



**75.-** Desde un aspecto funcional, la atribución competencial al Ministerio Fiscal enraiza en la cláusula residual del ordinal 16.<sup>ª</sup> del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, pero antes de ella, en la función constitucional que se le atribuye en el artículo 124 CE: “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social”.

**76.-** Sin entrar en las distintas competencias que en el plano de la legalidad se atribuyen al Ministerio Fiscal en relación con la protección de los menores de edad, interesa ahora destacar que el Ministerio Fiscal, aunque constitucionalmente se encuentra incardinado, como órgano de relevancia constitucional, en el Título VI de la CE, relativo al Poder Judicial, no es un órgano del Poder Judicial, lo que es común y generalmente aceptado. Como órgano estatal de naturaleza constitucional participa de la actividad de la Administración de Justicia, como promotor y coadyuvante de la misma; y si es pacífico que no es un órgano integrante del Poder Judicial, también ha de serlo que no es un órgano administrativo. Como reconoce el Libro Blanco del Ministerio Fiscal aprobado por el Consejo Fiscal en el año 2013, *«[l]as funciones del Ministerio Fiscal han de desarrollarse principalmente en el ámbito judicial y no en el administrativo, por lo que han de limitarse al máximo todas las que no correspondan a este esquema»*. Si se observa con detenimiento el elenco de funciones que se establecen en el artículo 3 del EOMF, prácticamente todas ellas tienen carácter preprocesal o se sitúan en el marco de un procedimiento judicial y sirven a los fines del proceso.

**77.-** En su actual regulación, el procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados no se configura como un procedimiento autónomo en el que se ejercite una pretensión cuyo objeto específico sea la determinación de la edad mediante una resolución con efectos *erga omnes* y con el correspondiente acceso tabular de su contenido. Antes bien, el procedimiento actual tiene una naturaleza netamente incidental caracterizado por la urgencia y la provisionalidad, rasgos que se proyectan al decreto del fiscal con el que finaliza, que se presenta como una resolución interlocutoria de carácter cautelar y provisional integrada en un conjunto de medidas protectoras del menor, tal y como se desprende de los AATC 151/2013, de 8 de julio y 172/2013, de 9 de septiembre, y se indica expresamente en la Circular 2/2006: *«Dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre edad de la persona afectada, que*



*podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No puede olvidarse que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad, y disponiendo de más tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v.gr. ortopantomografía) o llevarse a cabo otro tipo de investigación (v. gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor, etc.)».*

**78.-** Y paralelamente, el procedimiento tiene un carácter preprocesal, lo que lo sitúa en el ámbito del artículo 5 del EOMF, de la regulación interna contenida en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2013, sobre diligencias de investigación, y en lo que pudiera ser de aplicación, en el marco del artículo 773.2 LECrim.

**79.-** Consecuencia del carácter incidental y preprocesal del procedimiento y del carácter cautelar y provisional del decreto del fiscal es su irrecurribilidad por vía directa; no obstante lo cual, el decreto es revisable por el fiscal ante la presencia de nuevas circunstancias y ante el resultado de nuevos elementos de prueba dispuestos a la vista de ellas, y -como ya se ha anunciado- puede ser objeto de revisión en vía jurisdiccional civil o contencioso-administrativa en el curso de procedimientos incoados para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados del decreto de determinación de edad -en particular, en el orden civil, en el seno del procedimiento especial previsto en el artículo 780 de la LEC- (cfr. AATC 151/2012 y 172/2013, cit.).

**80.-** Resulta oportuno, en este punto, reseñar alguno los reproches que el Comité de los Derechos del Niño ha dirigido respecto de la regulación del procedimiento de determinación de la edad vigente hasta ahora en España, especialmente los recogidos en las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, de 5 de marzo de 2018. Debe recordarse, empero, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (cfr. STC 70/2002, de 3 de abril) y conforme reiterada doctrina jurisprudencial, los dictámenes del Comité, sin perjuicio de su autoridad, carecen de valor jurídico vinculante por cuanto no son resoluciones judiciales, ni pueden constituir fuente de interpretación auténtica del Convenio.

**81.-** Hecha la anterior puntualización, cabe incidir en que el Comité muestra su preocupación «[p]or el hecho de que, con arreglo a la legislación española,



*el Fiscal General esté facultado para emprender procedimientos para la determinación de la edad de los niños extranjeros no acompañados».*

**82.-** Al paso de dicha Observación cabe afirmar que la atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para conocer del procedimiento de determinación de la edad y para dictar la correspondiente resolución no es, en sí misma, razón bastante para considerar que no se garantiza suficientemente la tutela de los derechos de los menores extranjeros no acompañados, teniendo como guía el principio del superior interés del menor: las propias competencias que constitucional y legalmente le corresponden en orden a la protección jurídica del menor y la garantía institucional de su imparcialidad permiten afirmar que se proporciona dicha tutela en un grado suficiente. Pero la naturaleza de esas mismas competencias, y la naturaleza y el carácter del procedimiento y de la resolución que le pone término tal y como están actualmente configurados, introducen la duda acerca de si dicha tutela se garantiza con un grado de suficiencia elevado. Este alto grado de suficiencia se alcanza sin duda mediante una configuración jurisdiccional del procedimiento, con la consiguiente atribución competencial a los órganos judiciales, con su configuración como un procedimiento autónomo no incidental, y con la articulación de unos trámites procesales que garanticen los derechos de los menores, en particular los derechos de audiencia y de tutela judicial efectiva, así como la revisión jurisdiccional de la decisión, sobre la base de la primacía del principio del interés superior del menor, sin perjuicio de la eventual concurrencia y toma en consideración de otros posibles intereses legítimos.

**83.-** La anterior consideración conduce, por tanto, a valorar positivamente la decisión del prelegislador de dotar al procedimiento de determinación de la edad de un decidido carácter jurisdiccional. Ciertamente, la configuración jurisdiccional del procedimiento no constituía un imperativo derivado de la previsión establecida en la disposición final vigésima cuarta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, conforme a la cual *"El Gobierno, en el plazo de doce meses desde la aprobación de esta ley, procederá al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores, de modo que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España, así como la prevalencia del interés superior del menor, sus derechos y su dignidad"*; pero, habida cuenta de que ya se disponía de un procedimiento de determinación de la edad, en torno al cual se había edificado un *soft internal law* a través del Protocolo Marco y de las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía, la previsión del legislador no podía sino estar orientada a la regulación de un procedimiento de naturaleza



jurisdiccional situado en manos de los órganos judiciales, dotado de todas las garantías consustanciales al proceso judicial.

**84.-** Ahora bien, esta configuración jurisdiccional del procedimiento tiene como obligada consecuencia el desplazamiento del mencionado *soft internal law*, que en el modelo vigente ha servido de complemento y de guía de interpretación y de actuación para todos los organismos e instituciones concernidos procedimentalmente, en muchos casos, como ya se ha indicado, incorporando contenidos normativos que exceden de los propios de este tipo de instrumentos. Las pautas y reglas contenidas en ellos vinculaban a sus destinatarios, pero evidentemente no pueden vincular ni guiar la actuación de los órganos judiciales en manos de los cuales se sitúa el procedimiento, ahora ya judicial, de determinación de la edad. Para que este *soft law* mantenga su virtualidad, de indudable relevancia por cuanto en él no solo se ha ido plasmando la experiencia acumulada en la práctica del procedimiento de determinación de la edad, sino que también se han ido recogiendo los criterios jurisprudenciales y las directrices de los organismos internacionales, es necesario que su contenido, especialmente aquel que presenta un carácter nítidamente normativo, se incorpore a la regulación legal del procedimiento, como normas o reglas del procedimiento legalmente establecido, en la medida en que el prelegislador considere conveniente o necesaria su incorporación.

## VI

**85.-** En el régimen actualmente vigente son distintos los momentos y diferentes las vías procedimentales en las que se puede producir la determinación de la edad, y diversos los órganos, administrativos y judiciales, con competencia para resolver. Esta diversidad procedimental y esta concurrencia competencial ha dado lugar a solapamientos y a resultados contradictorios, sin que se haya dado una respuesta legal o jurisprudencial contundente que haya puesto fin a los eventuales conflictos competenciales y a las eventuales contradicciones.

**86.-** En efecto, un posible primer escenario se produce ante una actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en relación con un presunto menor extranjero no acompañado, en la que se pone a este a disposición de la administración competente y se da cuenta al Ministerio Fiscal a fin de que adopte la resolución procedente sobre la apertura o no del procedimiento de determinación de la edad y, en su caso, se determine la edad del individuo.

**87.-** En paralelo a ese escenario, se abre aquel en que se encuentra la administración competente respecto de un presunto menor extranjero y en



relación con la adopción de medidas de protección/internamiento. La autoridad administrativa puede unilateralmente realizar las pruebas pertinentes para determinar la edad del presunto menor y, a la vista de su resultado, adoptar la decisión que corresponda, la cual puede ser impugnada judicialmente, específicamente mediante el procedimiento especial contemplado en el artículo 780 de la LEC, relativo a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, en el curso del cual el juez puede revisar la edad determinada por la autoridad administrativa, pero también la determinada por el Ministerio Fiscal en el procedimiento "ad hoc".

**88.-** Esta vía de control judicial, con la subsiguiente competencia de los órganos de la jurisdicción civil, no es, sin embargo, unánimemente aceptada, pues no son pocos los órganos de la jurisdicción civil que han rechazado su competencia por considerar que la competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa; y, al contrario no son pocos de estos últimos los que niegan su competencia por entender que corresponde a los órganos de la jurisdicción civil al estar comprometidas cuestiones que afectan al estado civil de las personas, en línea con lo declarado por la STS, Sala tercera, de 14 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:2034), FJ 5: *«Estamos, por tanto, en presencia de una cuestión civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. La presencia de una entidad pública, encargada de la guarda y acogimiento de los menores, no desvirtúa estas conclusiones, como precisa el Auto de esta Sala de 28 de septiembre de 1994: [...Es el fundamento esencial de la pretensión que en cada caso se formula lo que, por principio, delimita el orden jurisdiccional competente. Las pretensiones basadas en normas de naturaleza civil competen a la jurisdicción civil (art. 2.a), aunque se encuentre presente en la relación una Administración Pública...]».*

**89.-** Esta interrelación entre las entidades públicas, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y los tribunales del orden civil puede darse en diferentes situaciones, desde aquellas en las que se adoptan inicialmente medidas de protección, pasando por aquellas en las que, después de haberse adoptado, se acuerda su cese, junto con aquellas en las que se insta la revisión de la determinación de la edad y de las medidas adoptadas, o, en fin, aquellas en las que el tribunal del orden contencioso-administrativo resuelve cautelarmente sobre su adopción.

**90.-** Y en términos semejantes, esta interrelación, ahora también con los órganos de la jurisdicción penal, se manifiesta en los casos en los que un juez de instrucción autoriza un internamiento en un Centro de Internamiento de



Extranjeros (CIE), donde concurren las competencias de su Director, del Juez de Control de Estancia<sup>5</sup>, del Ministerio Fiscal -de la Fiscalía de extranjería, de menores o de guardia, de la Fiscalía de la sede del CIE o de la sede del juzgado que autorizó el internamiento-, incluso del juez de guardia, junto con la competencia de los tribunales del orden civil respecto del procedimiento especial regulado en el artículo 780 de la LEC.

**91.-** Respecto del Juez de Control de Estancia, si bien está comúnmente aceptado que sus competencias en relación con la tutela de derechos fundamentales y como juez de garantías le autorizan a practicar diligencias de prueba en relación con la determinación de la edad del interno, está generalmente aceptado que el mismo no actúa con competencias propias, sino en funciones delegadas del juez de instrucción que acordó el internamiento; como igualmente está generalmente aceptado que el fiscal ejerce también funciones auxiliares del juez de instrucción que acordó el internamiento, que es quien ostenta facultades decisorias en relación con la determinación de la edad y con el mantenimiento o cese del internamiento, sin perjuicio de que este pueda solicitar la intervención del fiscal para la determinación de la edad. Y, en fin, está asimismo extendida la idea de que la actuación de la Administración en relación con la determinación de la edad es meramente formal, vicarial o ejecutiva de la decisión adoptada por el fiscal al respecto.

**92.-** Con la exposición de este escenario se quiere incidir en la necesidad de que, más allá de los mecanismos procesales establecidos para resolver los conflictos de competencia entre juzgados y tribunales de distinto orden (cfr. artículos 42 y siguientes LOPJ), o de las reglas conforme a las cuales debe actuar la prejudicialidad (cfr. artículos 40 y siguientes LEC), el prelegislador, a la hora de articular el procedimiento judicial de determinación de la edad, contemple esta diversidad procedimental, esta concurrencia competencial y estos eventuales solapamientos y contradicciones, y establezca normativamente las pautas conforme a las que se ha de dar respuesta a los eventuales conflictos, tanto más si se tiene en cuenta el efecto de cosa juzgada que el anteproyectado artículo 781 *decies, in fine*, atribuye a la sentencia firme recaída en el procedimiento que ahora se pretende implementar.

## VII

---

<sup>5</sup> No obstante, en ocasiones se ha negado el carácter auxiliar del fiscal en relación con la competencia del juez de instrucción que ha autorizado el internamiento, y se ha reclamado su competencia para resolver sobre la determinación de la edad y el cese del internamiento.



**93.-** Para examinar adecuadamente la propuesta legislativa que ahora se informa es conveniente hacer un examen de las líneas jurisprudenciales dictadas sobre los aspectos más esenciales en la regulación del procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, que, por una parte, han sido incorporadas a la normativa actual, y por otra parte, no solo habrán de guiar la práctica judicial en la interpretación y aplicación de la regulación anteproyectada, sino que, antes de ello, deben servir de pauta en el proceso de elaboración normativa.

**94.-** A la hora llevar a cabo este análisis se tendrán presentes las Circulares y las instrucciones de la Fiscalía, así como el Protocolo Marco y, en general, los distintos instrumentos que conforman el *soft internal law* del régimen vigente de la determinación de la edad; pero con la necesaria precisión de que, dado que el análisis jurisprudencial arranca de la STS, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3818), y toda vez que en su elaboración no ha participado este órgano constitucional ni representación alguna del Poder Judicial, tales instrumentos deberán ser objeto de revisión para adaptarlos, tanto a los criterios jurisprudenciales, en lo que sea necesario, como, en cualquier caso, a la regulación anteproyectada.

**95.-** La mencionada STS de 23 de septiembre de 2014 constituye el hito que sirve para conformar la doctrina jurisprudencial acerca de qué debe entenderse por menores documentados a los efectos del procedimiento de determinación de la edad y, por contra, qué debe entenderse por menor indocumentado a estos mismos efectos. En su FJ 4 fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «*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 (...)*»; y en su FJ 1 se puntualiza que el pasaporte o documento equivalente de identidad son válidos cuando hayan sido otorgados cumpliendo los requisitos exigidos en el país de origen o procedencia y contengan datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de su titular.

**96.-** Este criterio jurisprudencial se ha mantenido en sentencias posteriores [cfr. SSTS, Sala Primera, de 24 de septiembre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:3817) y 16 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:27 y ECLI:ES:TS:2015:26)]. La STS, Sala Primera, de 16 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2198), recuerda la doctrina de la Sala recogida en las SSTS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2015, 23 de mayo de 2015, 8 de junio de 2015, 18 de junio de



2015, 3 de julio de 2015, 22 de septiembre de 2015 y 1 de diciembre de 2015: *«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»*. En similares términos se expresan las SSTS, Sala Primera, de 24 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2164), de 18 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2551), 21 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2400) y 27 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1765), entre otras.

**97.-** Esta doctrina, como ya se ha anunciado, ha sido incorporada al artículo 12.4 de la LOPJM por el artículo 1.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. Este precepto ha sido modificado por la disposición final 8.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (en vigor desde el 25 de junio de 2021), para prohibir expresamente la práctica de algunas pruebas (desnudos integrales, exploraciones genitales) y recoger el deber de las entidades públicas que adopten la medida de guarda o tutela respecto de personas menores de edad que hayan llegado solas a España de comunicar la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior, a los efectos de la inscripción en el Registro Estatal correspondiente.

**98.-** En lo que ahora interesa, debe recordarse nuevamente el tenor del artículo 12.4 LOPJM, tras la reforma de 2015:

“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 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”.



**99.-** A la anterior doctrina, la Sala Primera ha añadido la siguiente (SSTS de 16 de junio de 2020, de 24 de mayo de 2021, de 18 de junio de 2021 y 27 de abril de 2022, cit.):

*«Aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (artículos 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes. (...)*

*En el caso, ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación. (...).*

*En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en la documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no puede prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores».*

**100.-** También, como relevante, la Sala ha declarado lo siguiente:

*«El interés del niño requiere una valoración particularizada de cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. En este ámbito deben conciliarse, de una parte, el celo dirigido a evitar el fraude de las mafias y evitar, entre otros graves inconvenientes, el peligro que representa para los menores que están tutelados en un centro el ingreso y la convivencia con quien no lo es, con el riesgo de que, de otra parte, supone tratar como mayor y dejar sin protección a quien sí es menor». (SSTS 21 de marzo de 2021, 24 de mayo de 2021 y 27 de abril de 2022).*

**101.-** En otro lugar se afirma:

*«(...) [e]l criterio prioritario en esta materia es la protección del menor que se encuentra en nuestro país sin familia, lo que hace de él un menor muy vulnerable. Por esta razón, la interpretación de los textos legales debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (...)» (SSTS 24 de mayo de 2021 y 20 de abril de 2022).*



**102.-** Es igualmente relevante lo declarado en la STS de 3 de julio de 2015, con síntesis de la jurisprudencia, y que se reitera en la STS de 20 de abril de 2022:

*«Ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de 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».*

**103.-** Y se añade:

*«Un 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. 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 resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda».*

**104.-** Al descender al examen del juicio de ponderación, la Sala ha declarado que, ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo indocumentado, ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación: *« En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta*



*en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores (...). Ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación. Fueron el Consulado y la Embajada de (...) quienes, a la vista de la documentación aportada por el interesado, que no cuestionaron, elaboraron la otra documentación aportada, incluido el pasaporte oficial» (SSTS 16 de junio de 2020 y 24 de mayo de 2021).*

**105.-** *A lo que se añade que «[T]ratándose de un adolescente tampoco es decisiva la apariencia, dado que la valoración esporádica de la apariencia física de los adolescentes no puede ser determinante de su edad, pues no en todos los casos la apariencia física de los adolescentes revela indubitadamente su minoría. Cuestión distinta será que una persona con apariencia física que revele su mayoría esté en posesión de una documentación como si fuera menor y que claramente no le corresponda, pues en tal caso debería impugnarse o invalidarse tal documentación por la vía correspondiente».*

**106.-** *Y a continuación se precisa: «La negativa a someterse a las pruebas médicas tampoco es un indicio decisivo para dudar de la menor edad afirmada por el interesado y avalada por una documentación oficial no impugnada. Tal negativa no carece de justificación y es coherente tanto con las razones defendidas en el recurso en el sentido de estar documentado por un pasaporte no invalidado y acreditativo de su menor edad como con la exigencia de que las pruebas de determinación de la edad no se practiquen de manera indiscriminada, tal y como ahora recoge el artículo 12.4 LOPJM». (STS 24 de mayo de 2021; en similares términos, STS 16 de junio de 2020).*

**107.-** *Para la Sala, además, no es un dato decisivo para dudar de la fiabilidad de la edad que resultaba de tal documentación el hecho de que cuando el demandante entró en España manifestara ser mayor de edad, «[p]ues es conocido que declaraciones en tal sentido se hacen por quienes son menores creyendo que así encontrarán trabajo o, tal y como en el caso explicó el demandante -y según expone el propio Fiscal-, que es el modo de pasar a la península (...) y no quedarse en un centro de internamiento (...)».*



**108.-** Aunque los criterios jurisprudenciales expuestos tienen, en mayor medida, una dimensión interpretativa y aplicativa, es posible, empero, extraer de ellos unas líneas generales con proyección al proceso de elaboración normativa que ha dado lugar a la solicitud de informe de este órgano constitucional.

**109.-** Estas líneas generales con proyección normativa -algunas de las cuales ya han merecido plasmación legal y reglamentaria- pueden resumirse del siguiente modo:

- i) En los supuestos de carencia de documentación, se deberá abrir el procedimiento de determinación de la edad para la realización de las pruebas pertinentes con el consentimiento debidamente informado del inmigrante y con audiencia del mismo, salvo que el menor muestre signos biológicos decididamente incompatibles con la mayoría de edad.
- ii) En los casos en los que se presente documentación, pasaporte o documento equivalente de identificación del que resulte la minoría de edad, se debe dar valor y reconocer la eficacia extrínseca e intrínseca de la documentación en tanto no haya sido impugnada, sin que a estos efectos la valoración esté condicionada por las reglas de valoración y eficacia probatoria de los documentos extranjeros (cfr. artículo 323 LEC), y sin que se requiera la legalización o apostilla que permita reconocer la eficacia formal del documento, ni la existencia de Convenio o Tratado Internacional con el Estado emisor que permita el reconocimiento de su eficacia desde el punto de vista intrínseco. Se trata con ello de evitar que el reconocimiento de la eficacia de los documentos extranjeros aportados para acreditar la edad -que, fuera de los casos de existencia de tratado o convenio, presenta un carácter conflictual- opere en contra del menor y en contradicción con el interés superior del mismo, que exige la consideración de este como tal mientras no se determine su mayoría de edad, y en todo caso, mientras se sustancia el procedimiento de determinación de la edad, y siempre en caso de duda sobre la mayoría o minoría de edad. En cualquier caso, ha de asegurarse la contradicción y el derecho del menor a ser oído cuando la pretensión de determinación de la edad no se ejercita por el mismo.
- iii) En los casos en los que se presente documentación y esta sea impugnada, deberá llevarse a cabo un juicio de racionalidad y



ponderar adecuadamente, conforme al principio de proporcionalidad, las razones por las que el impugnante, primero, y el tribunal, después, considera que el documento no es fiable y que, por tal razón, se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. Por consiguiente, cuando como resultado de ese juicio de racionalidad y ponderación no se aprecien las razones que conduzcan a considerar que la documentación no es fiable, no procederá la realización de las pruebas de determinación de la edad. Del mismo modo, deben garantizarse los principios de contradicción y audiencia del menor.

- iv) En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, la práctica de las pruebas deberá estar presidida por el principio de celeridad, no podrán realizarse de forma indiscriminatoria, y deberá contar con el consentimiento debidamente informado del menor, especialmente si son invasivas.
- v) La negativa a prestar el consentimiento no debe valorarse como un indicio decisivo para dudar de la minoría de edad afirmada por el interesada y avalada por una documentación oficial no invalidada ni impugnada.
- vi) La apariencia física de los adolescentes no es decisiva ni determinante de su edad.
- vii) En todo caso, el interés superior del menor exige una valoración casuística adoptada desde una perspectiva *holística*, y sin incurrir en apriorismos que aboquen a un determinado resultado.

**110.-** La importancia de estos criterios reside en el hecho de que el Protocolo Marco prevé, en ciertos casos, considerar como indocumentado a menores extranjeros no acompañados provistos de pasaporte o documento de identidad equivalente de los que resulte su minoría de edad; y en general, tanto el Ministerio Fiscal como las autoridades administrativas han venido disponiendo la realización de pruebas médicas de determinación de la edad a extranjeros no acompañados de cuyos pasaportes o documentación equivalente resultaba la minoría de edad, sin valorar previamente la validez de los documentos que portaban.

**111.-** En parecidos términos, la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no



acompañados, ha interpretado que deberían considerarse indocumentados no solo a todos aquellos menores extranjeros que carecieran de pasaporte o documento identificativo, sino también a quienes exhiban “títulos con indicios de falsedad”, o que hubieran sido “generados en países que de hecho no garantizarían la certeza de los datos que sobre la edad del titular que figuran en los mismos”.

**112.-** Conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos, en un modelo procesal de determinación de la edad, ante la exhibición del pasaporte o de documento identificativo equivalente en el que conste la minoría de edad, la enervación de su eficacia pasaría por su impugnación para, con las comprobaciones y elementos de prueba oportunos, proceder al juicio de racionalidad y de ponderación, con base en el principio de proporcionalidad, cuyo resultado, expresivo de las razones que han sido objeto de ponderación, abrirá eventualmente el paso a la realización de las pruebas para la determinación de la edad.

**113.-** La STS de 23 de septiembre de 2014 (cit.) precisa que *«[e]l 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 visados, 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 LEC (los artículos 319 y 323) tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de un documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los encargados de su recepción para autorizar la entrada y salida de nuestro país pues no depende de que tengan 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».*

**114.-** Debe advertirse, no obstante, que el criterio expuesto se adopta en el marco de un procedimiento preprocesal y extrajudicial -sin perjuicio de la revisión jurisdiccional de la decisión recaída-, por lo que en un plano hipotético cabría cuestionarse si en el marco de un modelo procesal de determinación de la edad el control de la validez y la eficacia de los documentos acreditativos de la edad ha de llevarse a cabo mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 323 de la LEC. En rigor, un control de la validez y eficacia de los documentos de identidad extranjeros conforme a



lo dispuesto en dicho precepto, que conduce, como se ha visto, al reconocimiento de su eficacia extrínseca e intrínseca conforme a lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales y, en su defecto, al control con arreglo a los requisitos establecidos por la ley del Estado de emisión para que los documentos tengan plena eficacia probatoria, cuando se ha producido su impugnación, no contradice el tenor de la doctrina jurisprudencial expuesta: por lo que podría considerarse que los documentos oficiales de identidad extranjeros, si no ha sido cuestionada su validez y eficacia, han de ser tenidos por válidos y eficaces, y solo cuando han sido impugnados, cabrá llevar a cabo el control del reconocimiento de su eficacia ex artículo 323 LEC, de modo similar a como opera el reconocimiento automático de las resoluciones extranjeras y su control jurisdiccional. Y por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el criterio jurisprudencial expuesto viene referido a los pasaportes, y si bien podría ser aplicable a otros documentos equivalentes identificativos, quedaría por concretar si es extensible a cualesquiera documentos distintos expedidos por las autoridades del Estado de origen en el que se haga referencia a la edad.

**115.-** Vinculado a lo anterior, debe tenerse presente que el Protocolo Marco, en su Capítulo II, apartado sexto, contiene una serie de previsiones relativas a la documentación oficial expedida por el país de origen del menor, fijando 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 salvo que así venga reconocido expresamente por Convenio o Tratado internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 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 del que disponga la autoridad española competente.

C) El menor esté en posesión de 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”.

**116.-** Con independencia de que criterios similares hayan sido tenidos en cuenta por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo a la hora de valorar la documentación exhibida en procedimientos de carácter administrativo (cfr. STS de 24 de julio de 2014, ECLI:ES:TS:2014:3233), surge la duda acerca de su plena conciliación con los criterios jurisprudenciales establecidos por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que han quedado más arriba expuestos.

**117.-** Pero, por encima de ello, debe tenerse en cuenta que la proyección de estos criterios jurisprudenciales -adoptados, como se ha visto, en el marco de un modelo pre o extraprocesal, si bien incorporando el principio del interés superior del menor- a un modelo procesal de determinación de la edad ha de suponer la traslación del juicio de racionalidad y la aplicación del principio de proporcionalidad en la ponderación de las razones que conducen, o no, a la apertura del procedimiento y a la subsiguiente realización de pruebas para la determinación de la edad, a la esfera probatoria y, con ella, al plano procesal de la determinación de la validez y eficacia de la documentación extranjera exhibida, en donde podrá operar la eficacia presuntiva de los documentos oficiales identificativos expedidos por las autoridades extranjeras conforme a los señalados criterios jurisprudenciales, y donde las circunstancias enervadoras de la eficacia de los documentos exhibidos podrán ser invocadas, con su oportuna acreditación, para conformar el juicio de hecho que corresponde al juzgador, tras la debida resultancia probatoria. En suma, el juicio de racionalidad y ponderación, con aplicación del principio de proporcionalidad -en su triple dimensión de juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad estricta- que debe llevarse a cabo en el actual modelo pre o extraprocesal de determinación de la edad, se habrá de desarrollar, en un modelo ya netamente procesal, en el marco de la



función jurisdiccional y en la esfera de la valoración probatoria y de la determinación de la eficacia material y procesal de los documentos extranjeros exhibidos; siempre, como viene exponiéndose, bajo el principio del prevalente interés superior del menor.

**118.-** En idénticos términos, la determinación del valor y de la eficacia probatoria de los documentos exhibidos respecto de los informes y dictámenes médicos realizados para la determinación de la edad se ha de situar en el mismo plano de la actividad jurisdiccional de valoración probatoria y bajo los principios y reglas que la rigen en el seno del proceso civil, y en particular, en los procesos civiles especiales relativos al estado civil de las personas.

### **VIII**

**119.-** A partir de las consideraciones expuestas, se está en disposición de formular unas primeras consideraciones de carácter general sobre el anteproyecto sometido a informe de este órgano jurisdiccional, sin perjuicio de las que ya se han avanzado con anterioridad.

- a) Como se ha indicado, el texto informado da cumplimiento al mandato contenido en la disposición final vigesimocuarta de la Ley Orgánica 8/2021, y articula un procedimiento de carácter jurisdiccional para la determinación de la edad de los menores. Por tanto, el prelegislador no se ha limitado a desarrollar normativamente el procedimiento de determinación de la edad a partir del modelo actualmente vigente, que tiene su base legal en lo dispuesto en el artículo 35.3 LOEX, y cuyo desarrollo reglamentario se contiene en el artículo 190 REX, sino que introduce un nuevo proceso especial, bajo el también novedoso Capítulo V bis del Título I del Libro IV de la LEC, intitulado "Del procedimiento de evaluación de la edad".

Más arriba ha quedado indicado que esta configuración jurisdiccional del procedimiento para la determinación de la edad, superando el actual sistema preprocesal o extraprocésal, merece en términos generales una valoración favorable, en la medida en que la atribución al procedimiento de un carácter netamente judicial habrá de redundar en beneficio de la tutela del interés superior del menor y de los derechos de los que es titular, específicamente de su derecho a la tutela judicial efectiva, superando el carácter provisional y cautelar del actual procedimiento.



Por otra parte, en línea con las consideraciones arriba expuestas, la configuración del nuevo proceso como un proceso de naturaleza civil, con la correspondiente atribución de la competencia para conocer del mismo a los órganos de la jurisdicción civil, ha de merecer igualmente una valoración positiva. Como se ha señalado en las consideraciones precedentes, la edad no solo forma parte del derecho a la identidad y del más amplio derecho a la personalidad, como derecho fundamental, de especial relevancia cuando se trata de menores extranjeros no acompañados, dada su situación de especial vulnerabilidad, sino que al mismo tiempo constituye un elemento integrante del estado civil de las personas, lo que justifica ampliamente la naturaleza del procedimiento, su regulación en la ley rituaria civil y la atribución de la competencia para conocer de él a los órganos judiciales de este orden jurisdiccional.

Convendría, con todo, que el anteproyecto incorporara en su Exposición de Motivos cumplida explicación justificativa del modelo propuesto, del carácter jurisdiccional del procedimiento y su naturaleza, así como del marco normativo en el que se introduce su regulación y su ubicación sistemática dentro del mismo; haciendo hincapié, en línea con lo expuesto en las anteriores consideraciones de este informe, en la relevancia de la determinación de la edad, especialmente en los menores extranjeros no acompañados dada su especial situación de vulnerabilidad, en la inclusión de la edad entre los elementos del derecho a la identidad y, en suma, a la personalidad, así como su vinculación con el estado civil de las personas.

- b) En línea con lo anterior, la Exposición de Motivos debería describir con mayor amplitud el marco normativo del que parte la regulación anteproyectada así como las líneas jurisprudenciales establecidas en relación con su interpretación y aplicación, con mención no solo de la STS, Sala Primera, de 16 de junio de 2020, sino de todas las demás sentencias relevantes. Del mismo modo, debería ser expresiva de la situación en la que ha de quedar, en la regulación propuesta, el conjunto de instrumentos que conforman el *soft law* del marco regulatorio actualmente vigente, así como el modo en que la doctrina jurisprudencial recaída en su interpretación y aplicación ha de quedar incorporada, y en qué medida, a la regulación anteproyectada.
- c) El anteproyecto se intitula "Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad". La Exposición de Motivos



y la MAIN no ofrecen explicación alguna acerca de la denominación propuesta. Según el Diccionario de la Real Academia, el vocablo "evaluación" alude a "la acción y efecto de evaluar", y "evaluar", en sus dos primeras acepciones, significa "señalar el valor de algo" y "estimar, apreciar, calcular el valor de algo". El objeto y finalidad de la regulación anteproyectada, y con ella, del procedimiento especial que estatuye, no se limita a articular mecanismos de evaluación de la edad para establecer la mayoría o minoría de edad de los individuos, sino que, trascendiendo la evaluación en sí misma, se orienta a fijar la concreta edad del individuo, entendida esta como el lapso temporal transcurrido desde el día de su nacimiento, que tendrá el debido reflejo tabular. Por tanto, aun cuando los procedimientos científicos para la evaluación de la edad no ofrecen en la actualidad un grado de certeza absoluto, dado el objeto y finalidad de la ley parece más aconsejable utilizar el término "determinación" de la edad antes que el de "evaluación"; denominación aquella del texto anteproyectado que, por ende, es la que se utiliza para describir su objeto y la que se emplea a lo largo de su articulado, y la que se ajusta a la forma en que se expresa la previsión contenida en la disposición final vigésimo cuarta de la Ley Orgánica 8/2021 que sirve de norma habilitante a la regulación propuesta.

- d) La regulación anteproyectada tiene como situación jurídica subyacente aquella en la que se encuentran los menores de edad extranjeros no acompañados que acceden al territorio español, respecto de los cuales es necesario determinar su edad al objeto de hacerles beneficiarios, o no, del régimen asistencial y, en general, del régimen de derechos que se deriva, no solo de la legislación de extranjería, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. Aunque el nuevo procedimiento de determinación de la edad engarza directamente con las previsiones de los artículos 35.3 LOEX y 190 REX y del artículo 12.4 de la LOPJM, que las disposiciones finales primera y segunda del anteproyecto modifican, su objeto, sin embargo, parece ser más amplio, a tenor de los términos en que se expresa la Exposición de Motivos y del nuevo artículo 781 ter.1 LEC que, respecto del objeto del procedimiento, establece que "Este procedimiento tiene por objeto la determinación legal de la edad de las personas cuya mayoría o minoría de edad es desconocida". Esta amplitud del objeto del procedimiento se refuerza, por lo demás, con



el efecto de cosa juzgada que se atribuye a la sentencia firme recaída en el procedimiento, y con la expresa previsión de que esta surtirá efectos en todos los órdenes jurisdiccionales (artículo 781 decies.4). Convendría, en cualquier caso, que la Exposición de Motivos aclare el alcance del objeto del procedimiento y, en su caso, su carácter multifuncional o su plural funcionalidad.

- e) La concreción del alcance del objeto del procedimiento, ahora desprendido de su carácter incidental, cautelar y provisional para concebirse como un procedimiento autónomo y principal, es especialmente relevante si se tiene en cuenta el escenario, arriba descrito, de concurrencia de competencias y solapamiento de atribuciones. Aun cuando el nuevo procedimiento aparezca revestido de los caracteres de autonomía y principalidad, no queda clara la relación entre el mismo y los distintos procedimientos y actuaciones realizadas en los diferentes ámbitos en los que se hace necesaria la determinación de la edad, aunque cabe entender que tendrá un cierto carácter incidental respecto de estos. Es especialmente necesario clarificar esta relación respecto de la competencia del juez de instrucción para decidir acerca del internamiento del extranjero en un centro de protección o en un centro de internamiento, en función de la minoría o mayoría de edad del individuo, pues, como más arriba se ha visto, está generalmente aceptada la competencia exclusiva del juez de instrucción para adoptar la correspondiente decisión, previa determinación de la edad, o para revisar la adoptada (arg. ex artículo 62.1 y 4 LOEX y artículo 87.2 LOPJ). Si, como parece, el procedimiento proyectado quiere constituir el cauce procedimental para la determinación de la edad, sobre la base de la unicidad y con la finalidad de evitar los actuales solapamientos competenciales, de suerte que opere con carácter incidental y con una suerte de prejudicialidad suspensiva respecto de aquellos diversos procedimientos, debería explicarse debidamente en la Exposición de Motivos y dejarse claro en el articulado, especialmente en relación con la esfera jurisdiccional penal, tanto en el ámbito de las competencias del juez instructor respecto de los extranjeros en trance de adoptar respecto de ellos las pertinentes medidas, como en el ámbito del procedimiento penal respecto de los extranjeros investigados por la comisión presunta de algún delito.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, en este último punto, que el artículo 375 LECrim, que en su redacción vigente establece las reglas



conforme a las cuales ha de procederse para determinar la edad del investigado detenido, se modifica por el artículo tercero del texto anteproyectado, quedando redactado su párrafo segundo del siguiente modo: "Si la persona investigada e indocumentada se encontrase detenida y alegare su minoría de edad, se pondrá a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía competente a los efectos de instar el procedimiento de evaluación de la edad ante el Juzgado de Menores"<sup>6</sup>. Paralelamente, el artículo único del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>7</sup>, introduce el numeral 5º del artículo 2 con el siguiente tenor: "5º Los Juzgados de Menores serán competentes para conocer del procedimiento de evaluación de la edad previsto en el capítulo V bis del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando la persona detenida alegare su minoría de edad y estuviese indocumentada". De este modo, las modificaciones introducidas en la LECrim y en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores mantienen el carácter incidental del procedimiento de determinación de la edad en el ámbito del procedimiento penal, si bien la competencia para conocer del mismo se atribuye, no al juez civil, sino al Juez de Menores.

- f) También en relación con lo anterior, debe tenerse presente que el Tribunal Supremo ha declarado que la vía del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales regulado en la Ley Orgánica 62/1978, de 26 de diciembre, no es inadecuada para la revisión jurisdiccional de la resolución por la que se determine la edad cuando la pretensión se deduce con invocación de la lesión de derechos fundamentales (cfr. STS, Sala Primera, de 18 de junio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2551). Sería conveniente, a la vista de tal criterio jurisprudencial, que se aclarase si en la regulación anteproyectada se mantiene esa dualidad de vías procedimentales o si, por el contrario,

---

<sup>6</sup> El anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal dedica los artículos 313 y 314 a la comprobación de la edad e identidad de la persona investigada y a la determinación de la edad de la persona investigada, respectivamente. La determinación de la edad se deja en manos del fiscal, con intervención del juez de garantías cuando requiera pruebas médicas que supongan la realización de alguna inspección o intervención corporal, en coherencia con el modelo de investigación penal que instaura el anteproyecto.

<sup>7</sup> El mencionado Anteproyecto es objeto de informe separado y complementario del presente.



la especialidad del procedimiento propuesto conduce a la inadecuación del procedimiento previsto en la Ley Orgánica 62/1978.

- g) El anteproyecto, como se ha indicado, modifica el artículo 35.3 LOEX, deja sin contenido su apartado 4 y deroga el párrafo tercero del apartado primero del artículo 190 REX, al tiempo que modifica el primer párrafo del apartado cuarto del artículo 12 de la LOPJM, todo ello con objeto de adaptar técnicamente sus enunciados a la regulación anteproyectada. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que con tales modificaciones no se agota la necesaria adaptación o corrección normativa, pues permanecen diversos preceptos en los que se alude al procedimiento actualmente vigente y a la competencia del Ministerio Fiscal. Así sucede con el apartado 4 del artículo 190 REX, con el artículo 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y con el artículo 48.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Si bien la aplicación de la disposición derogatoria única comportará la abrogación de cualesquiera normas que contradigan o se opongan a la ley anteproyectada, sería conveniente expresar dicho efecto derogatorio respecto de las normas antes mencionadas, del mismo modo que expresamente se establece la derogación del párrafo tercero del apartado primero del artículo 190 REX, o en su defecto, modificar en lo necesario los señalados preceptos.
- h) Por otra parte, la disposición final primera modifica el apartado 4 del artículo 12 de la LOPJM para coordinarlo con la nueva regulación del procedimiento de evaluación de la edad regulado en la LEC, a la que reenvía. Pero, lejos de limitarse a hacer una remisión a la regulación del procedimiento en la ley de ritos, mantiene previsiones que se solapan con las de esta, o son reiterativas de las disposiciones contenidas en la regulación procesal, introduciendo una innecesaria oscuridad y en cualquier caso una innecesaria dispersión normativa, que debería corregirse.
- i) La articulación de este nuevo procedimiento, con la atribución de la competencia para conocer del mismo a los órganos de la jurisdicción civil y a los juzgados de menores cuando se desenvuelva en el marco del proceso penal, ha de conllevar, naturalmente, una mayor carga de trabajo para unos y otros. La MAIN minimiza el impacto que respecto de dichos órganos jurisdiccionales habrá de tener la nueva regulación,



limitándose a señalar, al analizar las cargas administrativas, que «[E]l nuevo procedimiento de evaluación de la edad podrá asumirse por los Juzgados afectados sin incremento de sus recursos humanos ni de sus actuales gastos de personal, pues atendiendo al volumen de procedimientos que en la actualidad es asumido por el ministerio fiscal sin que se haya incrementado el personal de funcionarios u otros medios y que ahora pasa a los órganos judiciales no supondrá costes de ningún tipo en la administración de justicia».

Semejante conclusión, sin embargo, no se encuentra suficientemente justificada mediante la aportación de datos numéricos que la avalen, resulta en sí misma contradictoria con la asunción de nuevas competencias por parte de los órganos judiciales, y desconoce la diversidad de situaciones en la que se lleva a cabo la determinación de la edad, no siempre con la intervención del Ministerio Fiscal. El prelegislador debería considerar la situación actual de la jurisdicción y el natural incremento de carga de trabajo que representa la asunción de nuevas competencias, aunque no sea especialmente significativo, y promover la adopción de las medidas necesarias para paliar el efecto de esta nueva atribución competencial en la parca estructura organizativa de la jurisdicción y en sus limitados medios personales y materiales.

- j) Un principio esencial que debe guiar el procedimiento, en orden a su eficiencia -entendida como la capacidad para cumplir adecuadamente una función-, es el de la celeridad. Es este un principio que no se agota con la mera declaración del carácter preferente y urgente del procedimiento, declaración que expresamente se contiene en el apartado 3 del artículo 781 quater, sino que debe presidir la tarea de elaboración de la norma, además de guiar su interpretación y aplicación; y ello, tanto si el procedimiento se concibe autónomamente, como si presenta carácter instrumental o incidental respecto de otro. Aun cuando el prelegislador articula las fases y trámites del procedimiento estableciendo plazos breves, la mera realización de las actuaciones procesales tal y como están previstas - donde se contempla: i) un previo examen de los presupuestos de procedibilidad (artículo 781 septies); ii) la celebración de una comparecencia para la adopción de medidas cautelares, con el correspondiente trámite alegatorio, de audiencia de la persona cuya edad es objeto de determinación y la práctica de las pruebas propuestas y las que se acuerden de oficio (artículo 781 octies); iv) la



elaboración de un informe pericial multidisciplinar de determinación de la edad, del que se dará traslado a las partes antes de la celebración de la vista principal (artículo 781 nonies); v) la celebración de esta misma, sin perjuicio de que pueda realizarse en unidad de acto con la comparecencia de medidas provisionales (artículo 781 decies); y vi) la recurribilidad en apelación de la sentencia dictada por el juez (artículo 781 decies.3 y 4)-, puede poner en cuestión la efectividad de dicho principio y, con él, la del propio procedimiento. Se sugiere, por tanto, reconsiderar la estructura procedimental propuesta para, con base en el principio de celeridad, diseñar los trámites del procedimiento tendiendo, en lo posible, a la concentración de los actos, especialmente de los trámites de la comparecencia inicial y de la vista, más allá de permitir su celebración en unidad de acto.

## **V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO**

### **a) Artículo primero. Modificación de la Ley 7/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.**

**120.-** El artículo primero del Anteproyecto modifica los artículos 748, 749, 750 y 753 del Capítulo I, "Disposiciones comunes", del Título I, "De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores", del Libro IV, "Procesos especiales", de la LEC- Al mismo tiempo, introduce un nuevo Capítulo V bis, intitulado "Del procedimiento de evaluación de la edad", dentro del mismo Título I del Libro IV.

**121.-** En la Exposición de Motivos del anteproyecto se indica que las modificaciones introducidas en los artículos 748, 749, 750 y 753 de la LEC *«[t]ienen por objeto configurar el procedimiento de evaluación de la edad en el ámbito de los procesos especiales, con la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento, la preceptiva asistencia letrada y de quien asuma la representación legal de la persona cuya edad es objeto de evaluación, funciones de defensa y representación que no podrán recaer en una misma persona, y finalmente se establece el carácter preferente del procedimiento»*.

**122.-** De este modo, en el artículo 748 LEC, que abre el Libro IV, sobre los procesos especiales, se añade un ordinal noveno con la siguiente redacción:



“9º. Los que versen sobre la evaluación de la edad”.

**123.-** Se modifica al mismo tiempo el primer párrafo del apartado primero del artículo 749 LEC, sobre la intervención del Ministerio Fiscal, para incluir en la enumeración de procesos que contiene el proceso de evaluación de la edad.

**124.-** Se introduce un nuevo apartado tercero en el artículo 750, relativo a la representación y defensa de las partes, con la siguiente redacción:

“3. La persona cuya edad sea objeto de determinación tendrá asistencia jurídica desde el inicio del procedimiento. En ningún caso, la asistencia letrada podrá ser ejercida por quien ostente la representación legal de la persona cuya edad sea objeto de determinación”.

**125.-** Y se modifica el párrafo tercero del artículo 753, sobre la tramitación de los procesos especiales, que queda redactado como sigue:

“3. Los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad con medidas judiciales de apoyo en las que se designe un apoyo con funciones representativas, esté en situación de ausencia legal o tenga por objeto la determinación de la edad”.

**126.-** Pues bien, respecto de estas adiciones y modificaciones cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) Las modificaciones propuestas tienen un carácter meramente técnico-normativo, si bien se debe incidir en la denominación del procedimiento que, como ha quedado más arriba expuesto, debería ser “de determinación de la edad”, y no “sobre la evaluación de la edad”. Se advierte por lo demás, que el prelegislador utiliza las expresiones “objeto de determinación” y “la determinación de la edad” en el nuevo apartado 3 del artículo 750 LEC y en el artículo 753, párrafo tercero, LEC, en la redacción propuesta.
- b) El nuevo apartado 3 del artículo 750 LEC dispone que la persona cuya edad sea objeto de determinación tendrá asistencia jurídica desde el inicio del procedimiento, y a continuación establece que en ningún caso la asistencia letrada podrá ser ejercida por quien ostente la representación legal de la persona cuya edad sea objeto de determinación. Coherentemente, el apartado 6 del artículo 781 quater dispone que “la persona cuya edad es objeto de determinación tendrá,



en todo caso, derecho a la asistencia jurídica gratuita”, y el artículo segundo del anteproyecto modifica el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, al que se añade una letra j), con la siguiente redacción: “j) Con independencia de la existencia de recursos para litigar se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a todas aquellas personas cuya edad sea objeto de evaluación, conforme al procedimiento regulado en el capítulo V bis, del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Parece, de este modo, que la asistencia jurídica es un término más amplio que el de asistencia letrada, comprensivo no solo de la dirección técnico-jurídica llevada a cabo por abogado, sino también de la representación causídica. Siendo así, la prohibición establecida en el segundo inciso del nuevo apartado 3 del artículo 750 debería estar referida no solo a la asistencia letrada, sino a la asistencia jurídica, entendida en términos generales.

- c) El párrafo tercero del artículo 753, en la redacción propuesta, establece el carácter preferente del procedimiento de determinación de la edad, y el mismo carácter se atribuye, de forma redundante, en el apartado 3 del artículo 781 quater.

**127.-** En el apartado cuatro del artículo primero de la ley anteproyectada se introduce el nuevo capítulo V bis en el Título I del Libro IV en el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad. Debe insistirse en la conveniencia de utilizar la denominación “procedimiento de determinación de la edad”, tanto en el título del nuevo capítulo V bis, como en su articulado.

**128.-** El artículo 781 ter establece el objeto y el ámbito del procedimiento. Conforme al mismo, este tiene por objeto la determinación de la edad de las personas cuya mayoría o minoría de edad es desconocida. De este modo, el procedimiento se articula sobre la base del desconocimiento de la minoría o mayoría de edad, y su finalidad parece estar orientada a establecer si la persona es menor o mayor de edad a los efectos de quedar sujeta, en su caso, al régimen de protección que el ordenamiento dispensa a los menores de edad, o al régimen aplicable a los extranjeros mayores de edad, de resultar la mayoría de edad. Pero tal y como está configurado su objeto, este presenta un mayor alcance pues no se limita exclusivamente a despejar la duda sobre la mayoría o minoría de edad de la persona, y no se limita exclusivamente a los menores extranjeros no acompañados -por más que la norma esté pensada fundamentalmente para ellos, y de ahí su vinculación con la normativa de protección del menor y con los principios protectores del superior interés del menor-, sino que constituye el instrumento procesal a



través del cual se habrá de determinar la concreta edad de la persona, y sirve tanto a efectos de extranjería como a cualesquiera otros efectos, incluidos los efectos en el orden penal, como se evidencia, entre otros aspectos, del efecto de cosa juzgada de la sentencia firme que se dicte en el procedimiento y de su oponibilidad a todos los órdenes jurisdiccionales, y de la modificación proyectada del artículo 375 LECrim junto con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Con todo, se insiste en la conveniencia de que la Exposición de Motivos del texto anteproyectado aclare de forma más explícita el objeto de la regulación y del procedimiento proyectado, su alcance y el ámbito de aplicación de la ley.

**129.-** Antes de abordar el examen de los presupuestos de procedibilidad y los trámites del procedimiento, procede analizar los principios rectores del mismo que se contienen en el artículo 781 quater, la competencia para conocer del procedimiento que se establece en el artículo 781 quinquies, y la legitimación para promoverlo, regulada en el artículo 781 sexies.

**130.-** El artículo 781 quater recoge los principios rectores del procedimiento de forma amplia, pero no del todo completa. Se contempla, desde luego, el principio del interés superior del menor, que informará todas las actuaciones del procedimiento. Se incorporan también el principio de la presunción de la minoría de edad, que regirá durante todo el procedimiento hasta que recaiga una resolución firme que ponga fin al mismo; el principio de celeridad del procedimiento y su carácter urgente; el principio de audiencia, que se materializa en el derecho a ser oído y a ser informado sobre el procedimiento y, en su caso, sobre las pruebas dispuestas para la determinación de la edad; y el principio del consentimiento para la realización de dichas pruebas, con el subsiguiente derecho a oponerse a su práctica.

**131.-** La plasmación positiva de estos principios se acomoda a las directrices de los organismos internacionales y a la doctrina jurisprudencial expuesta en las consideraciones generales del presente informe, y se enuncian con suficiente amplitud, incluyendo los requisitos conforme a los que deberá proporcionarse la información sobre el procedimiento -en forma que sea comprensible y en formato accesible-, así como la información sobre las pruebas de determinación de la edad -en forma que sea comprensible del significado y finalidad de la diligencia que haya de practicarse-, y la forma en que deberá prestarse el consentimiento para su realización -expreso y debidamente documentado-. Se contempla, además, la asistencia de interprete, caso de ser necesario, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita en todo caso.



**132.-** Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer las siguientes observaciones: i) debería incluirse entre los principios rectores el principio de confidencialidad y el derecho a la protección de datos personales, de singular importancia cuando se trata de menores, y cuando se trata de datos personales especialmente sensibles, sujetos a una tutela reforzada conforme a la legislación reguladora del derecho a la protección de datos personales, a la que el texto anteproyectado debería remitirse (al Reglamento General de Protección de Datos<sup>8</sup> y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, específicamente); ii) también debería incluirse el principio de cualificación de los profesionales que participen en el procedimiento de determinación de la edad, en garantía del resultado de la evaluación y de las pruebas de determinación de la edad y, por consiguiente, del buen fin del proceso, exigencia de cualificación que, sin embargo, sí se tiene en cuenta al regular las especialidades en materia de prueba pericial (artículo 781 nonies); iii) sería conveniente que el enunciado de los principios rectores expuestos, junto con el de revisión de la decisión adoptada en la instancia -que se contempla en los apartados 3 y 4 del artículo 781 decies-, se contuviera en la Exposición de Motivos, como elemento que contribuya a su interpretación y aplicación; iv) conviene reformular el apartado 5 del artículo 781 quater, que comienza diciendo “Cuando sea necesario obtener el consentimiento de la persona para la realización de las pruebas de determinación de la edad (...)”, por cuanto el consentimiento, debidamente informado, se ha de obtener siempre, como se desprende de la doctrina jurisprudencial y del tenor mismo del apartado cuarto del artículo 12 de la LOPJM; v) debería especificarse el substrato fáctico, esto es, las circunstancias de hecho sobre las que opera la presunción de la minoría de edad, así como cuál ha de ser su proyección. El principio opera tanto en los casos de ausencia de documentación, como en aquellos en los que la documentación es impugnada, y existen dudas sobre la minoría de edad; circunstancias que, por ende, conforman los presupuestos de procedibilidad a los que se sujeta la incoación y la tramitación del procedimiento. Y se ha de proyectar, no solo al ámbito del régimen legal de la protección del menor, sino a todos los ámbitos y regímenes jurídicos -civil, penal y administrativo-, así como a la esfera pre o extra-procesal y a la procesal propiamente dicha, informando y orientando la actuación de las

---

<sup>8</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) DOUE L 119, de 4.5.2016.



autoridades, organismos y entidades públicas, en aquel caso, y de los tribunales, en el marco del proceso.

**133.-** El artículo 781 quinquies regula la competencia para conocer del procedimiento, que “corresponderá al Juzgado de Familia del lugar donde se halle la persona cuya edad es objeto de determinación, en su defecto, conocerá el Juzgado de Primera Instancia con competencia en materia de Familia o el que por turno de reparto le corresponda”.

**134.-** Es cuestionable la forma en que se establece la competencia objetiva. Debe tenerse presente que la competencia en materia de familia no supone su atribución a un órgano judicial específico, dentro de la estructura orgánica establecida en la LOPJ y en la ley rituaria. Conforme a los artículos 85 LOPJ y 45 de la LEC, la competencia de los juzgados de primera instancia se extiende en el orden civil a todos los asuntos civiles que por disposición expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. La categoría “juzgado de familia” no responde, por tanto, a una estructura orgánica, sino a una atribución de competencias específicas por la vía del artículo 98 de la LOPJ y 46 de la LEC: de este modo, los juzgados de familia son juzgados de primera instancia especializados, y esta especialización comporta una determinada competencia objetiva, atribuida con carácter exclusivo, sea o no excluyente.

**135.-** Por consiguiente, debe reformularse el apartado 1 del artículo 781 quinquies para acomodar su redacción a la especialización de los juzgados de primera instancia en materia de derecho de familia, sin contemplar los juzgados de familia como una categoría propia en la estructura orgánica de los juzgados. La atribución de competencia objetiva para conocer del procedimiento podría resolverse, entonces, en favor del juzgado de primera instancia especializado en derecho de familia, o, de no existir especialización, del que por turno corresponda, del lugar donde se halle la persona cuya edad es objeto de determinación.

**136.-** Por otra parte, cabría reconsiderar la conexión conforme a la cual se establece el fuero de competencia territorial. La articulación de esta atendiendo al lugar donde se halle la persona cuya edad es objeto de determinación no siempre garantizará la debida proximidad del tribunal al objeto del proceso, sobre todo cuando, con arreglo a esa regla de conexión, deba conocer del procedimiento un órgano jurisdiccional de una localidad en la que no sea fácil disponer de medios personales y/o materiales para llevar a cabo las actuaciones procesales con la debida celeridad y con las debidas garantías. Piénsese en la dificultad que puede suponer, en esos casos,



disponer de un intérprete, o las dificultades para llevar a cabo el informe multidisciplinar previsto en el artículo 781 nonies. La determinación del fuero de competencia territorial acudiendo a la conexión del lugar donde se encuentra la entidad pública de protección bajo cuya guarda ha quedado la persona cuya edad sea objeto de determinación, normalmente en capitales de provincia o en localidades con estructuras administrativas amplias, puede paliar o solventar tales dificultades.

**137.-** El apartado 2 de este mismo artículo 781 quinquies atribuye la competencia para conocer del procedimiento, cuando la persona cuya edad es objeto de determinación se encuentre detenida, al Juzgado de Menores. Esta atribución competencial se contiene asimismo en el artículo 375 de la LECrim, en la redacción propuesta, y en el nuevo ordinal 5º del artículo 2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que se introduce por la también anteproyectada Ley Orgánica complementaria de la Ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad, y por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000. Esta atribución competencial será objeto de análisis en el informe sobre dicho anteproyecto de ley orgánica.

**138.-** El artículo 781 sexies regula la legitimación para promover el procedimiento. Esta se atribuye: a) al Ministerio Fiscal; b) a la persona cuya edad se determine, asistida por su representante legal o el defensor judicial que se le haya designado en caso de conflicto con este; y c) la Entidad Pública de protección a la infancia y adolescencia del lugar donde se encuentre la persona cuya edad sea objeto de determinación. En su apartado 2, se faculta a cualquier persona o entidad pública o privada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Entidad Pública de protección a la infancia y adolescencia los hechos que sean determinantes para promover el procedimiento de determinación de la edad.

**139.-** Esta atribución de la legitimación es lo suficientemente amplia para contemplar las posibles situaciones en las que puede o debe promoverse el procedimiento de determinación de la edad. La que corresponde al Ministerio Fiscal es compatible con su condición de parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 749 LEC, en la redacción propuesta por el anteproyecto. Se advierte, sin embargo, que la legitimación que se establece en el artículo 780 LEC respecto de los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, en el curso del cual puede surgir incidentalmente la necesidad de promover el procedimiento de determinación de la edad, es más amplia; no obstante, el objeto de este



procedimiento, más concreto que el de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que presenta mayor amplitud por razón de la diversidad de las resoluciones eventualmente impugnadas, conduce a atribuir la legitimación en función de ese concreto objeto del proceso.

**140.-** La legitimación de la persona cuya edad sea objeto de determinación necesita, según el precepto propuesto, de la asistencia de su representante legal. Adviértase que no siempre el legitimado estará asistido por un representante legal: el interesado en que se determine su minoría de edad puede ser una persona a la que administrativamente se le haya considerado mayor, y respecto de la cual, por tal razón, no se haya dispuesto nada respecto de su representación legal. Cabría considerar que, al establecer la legitimación de forma incompleta, al estar necesitada de asistencia, el prelegislador ha considerado que, por virtud del principio del superior interés del menor, así como del principio de presunción de minoría de edad hasta que recaiga la resolución firme, el ejercicio de la legitimación por aquel cuya edad sea objeto de determinación requiere en todo caso de la asistencia de un representante legal; de ser así, debería explicarse convenientemente en la Exposición de Motivos, y articularse la designación del representante legal, cuando no hubiera sido designado con anterioridad.

**141.-** Los artículos 781 septies, 781 octies, 781 nonies y 781 decies regulan los trámites del procedimiento. Tal y como está concebido, este se estructura en una fase inicial previa a la admisión a trámite de la solicitud, que tiene por objeto comprobar los presupuestos de procedibilidad a los que se subordina la apertura del procedimiento; una comparecencia de medidas provisionales; una fase de prueba para la realización de exámenes e informes periciales para la determinación de la edad; la vista principal, con la práctica de la prueba propuesta y acordada y el dictado de la sentencia; y una fase de recurso contra la misma.

**142.-** Esta configuración procedimental, que puede verse simplificada mediante la celebración de la vista principal en unidad de acto con la comparecencia de medidas provisionales, si no hubiera oposición de las partes y se pudiera practicar toda la prueba admitida en un solo acto (artículo 781 decies.1, último inciso), si bien responde a los criterios jurisprudenciales y a los presupuestos normativos que inciden en el procedimiento de determinación de la edad, presenta, sin embargo, ciertos aspectos oscuros y origina ciertas dudas interpretativas y aplicativas que deberían ser despejadas.



**143.-** De acuerdo con tales criterios jurisprudenciales y con las exigencias normativas el procedimiento está sujeto a la concurrencia de varios presupuestos, que operan como presupuestos de procedibilidad. Estos son, en primer lugar, la falta de documentación identificativa de la persona cuya edad deba ser objeto de determinación; en segundo lugar, que su minoría de edad no sea evidente por la apariencia física; y en tercer lugar, que si se presenta documentación identificativa de la edad, esta haya sido impugnada. Con estos presupuestos, el procedimiento de determinación de la edad podrá abrirse y seguir su curso. En sentido inverso, este no podrá tener lugar cuando la minoría de edad se muestra evidente por la apariencia física y cuando se presente documentación identificativa acreditativa de la edad.

**144.-** En realidad, la configuración del procedimiento, de la legitimación para promoverlo y la articulación de sus trámites, está condicionada por la concurrencia de estos presupuestos. Estos operan, por tanto, en la esfera procedimental; pero también actúan, o deberán actuar, en la esfera preprocesal, por cuanto las actuaciones previas al proceso habrán de estar determinadas por tales presupuestos.

**145.-** En otro lugar de este informe se ha puesto de relieve la necesidad de que el prelegislador aclare la posición del procedimiento propuesto en relación con las distintas situaciones en donde, en el estado actual de cosas, se producen concurrencias y solapamientos competenciales; lo que supone, en fin, aclarar el objeto y alcance del procedimiento proyectado respecto de tales situaciones y competencias concurrentes. Y también se ha puesto de manifiesto la necesidad, al paso de la ley anteproyectada, de revisar y actualizar los protocolos de actuación respecto de los menores extranjeros no acompañados, acomodándolos a la nueva regulación del procedimiento de determinación de la edad. Baste aquí, pues, con incidir en tal necesidad.

**146.-** El anteproyecto recoge estos presupuestos en el apartado 2 del artículo 781 ter e implícitamente en el artículo 781 septies. El primero de ellos dispone:

“El presente procedimiento no se podrá incoar cuando existan documentos que acrediten la edad o sea vidente la minoría de edad por la apariencia física.

No obstante, las personas y entidades legitimadas para promover este procedimiento podrán impugnar los documentos en su escrito de solicitud inicial de conformidad con lo dispuesto en la presente ley”.



**147.-** Y el artículo 781 septies, al regular la incoación del procedimiento, establece:

“1. El procedimiento se iniciará en virtud de solicitud formulada por las personas legitimadas conforme al artículo anterior. En dicha solicitud se harán constar los motivos por los que se solicita la incoación del procedimiento para la determinación e la edad, expresando, en su caso, los fundamentos por los que se impugnan los documentos acreditativos de la edad que deberán estar basados en un principio de prueba.

En la solicitud que se formule se justificarán las comprobaciones realizadas con el país de origen de la persona cuya edad es objeto de determinación, salvo que no pudieran llevarse a cabo por estar en situación de protección internacional y existir peligro para esta o sus familiares.

2. Recibida la solicitud del procedimiento de determinación de la edad, el Juzgado comprobará de oficio:

a) si existe ya un procedimiento iniciado con el mismo objeto en el Registro de Menores no Acompañados, en cuyo caso se estará a lo que en el mismo se resuelva y no se admitirá a trámite la solicitud.

b) si existe documentación válida acreditativa de la edad de la persona cuya edad es objeto de determinación, en cuyo caso, si esta no ha sido impugnada, la solicitud no se admitirá a trámite, atendiéndose, a todos los efectos, a la edad recogida en la documentación”.

**148.-** Estas previsiones han de conjugarse con lo que dispone el apartado 4 del artículo 12 de la LPJM que, en la redacción propuesta por la disposición final primera del anteproyecto, establece:

“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 por el procedimiento de evaluación de edad regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. A tal efecto, solo se podrá iniciar el procedimiento de evaluación de edad cuando la persona carezca de documentación, o esta se impugne motivadamente y se 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 e 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”.



**149.-** De acuerdo con estas previsiones, se dará curso a la solicitud y se abrirá el procedimiento cuando la persona cuya edad es objeto de determinación carece de documentación siempre que no sea evidente su minoría de edad por su apariencia física; lo que no impedirá que el Juez, de oficio, lleve a cabo las comprobaciones previstas en el apartado 2 del artículo 781 septies, no admitiendo a trámite la solicitud si de la consulta al Registro de Menores no Acompañados resulta la existencia de un procedimiento iniciado con el mismo objeto, y si existe documentación válida acreditativa de la edad de la persona cuya edad es objeto de determinación.

**150.-** En caso de que exista documentación acreditativa de la edad, solo se dará curso a la solicitud y se abrirá el procedimiento si esta es impugnada, con la debida exposición de los fundamentos de la impugnación basados en un principio de prueba.

**151.-** Pues bien, respecto de estas previsiones cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El prelegislador no parece haber tenido en cuenta la posibilidad de que sea la persona cuya edad ha de ser objeto de determinación la que ejercite su pretensión sobre la base de documentos acreditativos de su minoría de edad. Como arriba ha quedado indicado, parece que el procedimiento se asienta en la idea de que los presupuestos que operan como requisitos de procedibilidad se proyectan también a las actuaciones preprocesales; pero esta idea no debe excluir la posibilidad de que una persona sea tratada administrativamente como mayor de edad pese a estar en posesión de documentos acreditativos de su minoría de edad. La aplicación del presupuesto de procedibilidad, que cierra el paso al procedimiento cuando se dispone de documentación no impugnada, impediría el ejercicio de la pretensión legítima de aquel que es tratado como mayor de edad no siéndolo. Se debería, por tanto, considerar esta posibilidad y, bien permitir dar curso a la solicitud si la documentación es impugnada, confiriendo el oportuno trámite a tal efecto, bien, ante la presentación de la solicitud acompañada del documento acreditativo de la edad, disponer en la resolución por la que no se da trámite a la misma que dicha inadmisión lo es por razón de la documentación aportada y, por tanto, por su eficacia extrínseca e intrínseca, de forma que pueda surtir los oportunos efectos en la esfera extraprocesal.



- ii) Las comprobaciones que debe llevar a cabo de oficio el Juzgado respecto de la existencia de documentación válida acreditativa de la edad se contemplan indiferenciadamente tanto si existe documentación impugnada y está debidamente fundamentada la impugnación de la misma, en cuyo caso la diligencia tendrá por objeto verificar si existe otra documentación acreditativa de la edad distinta de la impugnada, como si no existe documentación. En uno y otro caso, ante la existencia de documentación acreditativa de la edad como resultado de la comprobación llevada a cabo de oficio, parece oportuno permitir su impugnación para, de serlo, disponer si procede o no abrir el procedimiento.
- iii) La impugnación de los documentos acreditativos de la edad no debe llevar, por sí misma, a admitir a trámite la solicitud y a abrir el procedimiento, sino que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y lo dispuesto en el artículo 12.4 de la LOPJM, el juzgador debe llevar a cabo una ponderación, con base en un juicio de proporcionalidad, de los motivos de impugnación capaces de desvirtuar la validez y la eficacia extrínseca e intrínseca del documento. En este sentido, sería conveniente que la norma procesal contemplara la necesidad llevar a cabo esa ponderación y que aclare cuál ha de ser su alcance, en particular, si tal juicio de ponderación debe incluir o no un control de la validez y eficacia del documento extranjero conforme a lo dispuesto en el artículo 323 LEC. Ya ha quedado expuesto con anterioridad que el análisis de la validez y eficacia de la documentación acreditativa de la edad conforme al principio del interés superior del menor debería llevar la presunción del valor y eficacia del documento aportado, pero parece conveniente que el prelegislador aclare el alcance de la valoración que, ante la impugnación del documento, debe llevar a cabo el juzgador.
- iv) Se advierte que este juicio de ponderación se lleva a cabo previamente a la audiencia del interesado, que tiene lugar en la comparecencia de medidas provisionales. Este trámite no presenta un objeto bien definido, pues si bien parece estar orientado -y de ahí su denominación- a adoptar las medidas de protección de los derechos del presunto menor, también parece tener otras finalidades, como la proposición de prueba, su admisión y la práctica de las pruebas que sean pertinentes y puedan llevarse a efecto en el mismo acto. Esta actividad probatoria incluye la exploración física por el médico forense de la persona cuya edad es objeto de determinación, tras las



alegaciones de las partes y la práctica de las pruebas que estos propongan y que sean pertinentes y las que se acuerden de oficio. Por lo tanto, el objeto y finalidad de esta comparecencia, de contornos difusos, podría incluir las alegaciones y la práctica de las pruebas dirigidas, no solo a la adopción de las medidas provisionales de protección de los derechos del presunto menor, sino también a cuestionar la consistencia de la impugnación de los documentos acreditativos de la edad, lo que resultaría más conforme a los principios de contradicción y de audiencia, y por ende, a los derechos de defensa y tutela judicial efectiva. En ese caso, la primera comparecencia supondría un ulterior filtro en el control de los presupuestos de procedibilidad. Convendría, por tanto, que el prelegislador estableciera con mayor precisión el objeto de esta comparecencia.

- v) El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 781 septies impone la carga de justificar en la solicitud las comprobaciones realizadas en el país de origen de la persona cuya edad es objeto de determinación. Esta carga procesal comporta una previa obligación material, cual es la realización de tales comprobaciones, cuyo contenido y cuya concreción de los sujetos obligados no queda especificada, como tampoco las consecuencias de su inobservancia. Esta concreción resulta tanto más necesaria a la vista de la comprobación que el juzgado, previamente a decidir sobre la admisión de la solicitud, debe llevar a cabo respecto de la existencia de documentación válida acreditativa de la edad.
- vi) Debe preverse expresamente que, una vez admitida a trámite la solicitud, la misma ha de quedar anotada en el Registro de Menores no Acompañados, a cuyos efectos ha de contemplarse la remisión de los oficios procedentes. Asimismo, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de las modificaciones introducidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se debería prever el traslado de la resolución por la que se disponga el inicio del procedimiento al Registro Civil para su correspondiente anotación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.3 de la citada Ley, que autoriza la anotación registral de los procedimientos judiciales que puedan afectar al contenido del Registro Civil.



**152.-** En relación con la regulación de la comparecencia de medidas provisionales (artículo 781 octies), además de lo que se acaba de señalar, cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El plazo de la convocatoria, de dos días hábiles a contar desde la presentación de la solicitud, no parece tener en cuenta que, para disponer la convocatoria, el juzgador ha de dictar la correspondiente resolución sobre la admisibilidad de la solicitud, y que para ello ha de llevar a cabo las comprobaciones establecidas en el apartado 2 del artículo 781 septies. Semejante previsión, por tanto, no se muestra muy realista, como tampoco parece serlo la citación en tan breve plazo de todos aquellos que han de ser citados a la primera comparecencia.
- ii) No resulta claro el objeto y tampoco está clara la finalidad de esta primera comparecencia a la vista del principio de presunción de minoría de edad durante la tramitación del procedimiento. Si, como resulta del título del artículo 781 octies y del objeto y contenido del auto al que se refiere su apartado 4, el objeto y la finalidad de este trámite es la adopción de las medidas necesarias para la protección de los derechos de la persona cuya edad se determine, la aplicación efectiva del principio de presunción de la minoría de edad debería determinar en gran medida el contenido de las medidas cautelares adoptadas respecto del mismo, que podrían ser adoptadas en la misma resolución por la que se dé trámite a la solicitud y al procedimiento. La comparecencia cobra sentido, en cambio, si se trata de adoptar medidas cuya necesidad se hubiese puesto de manifiesto como consecuencia del trámite de audiencia del menor o de las pruebas aportadas al proceso, como pudiera ser el caso de que el menor tuviese parientes o allegados con los que convivir. Por otra parte, como se ha indicado, pudiera colegirse que el objeto y finalidad de esta primera comparecencia trasciende de la adopción de medidas cautelares, y que permitirá un control posterior de los presupuestos de procedibilidad y de admisibilidad de la solicitud, así como la proposición de prueba y la adopción de la que sea pertinente, incluyendo, como más relevante, la prueba pericial multidisciplinar a que se refiere el proyectado artículo 781 nonies. En todo caso, es conveniente que el prelegislador aclare el objeto y finalidad de esta comparecencia.
- iii) Paralelamente, se debería concretar la finalidad de la exploración física prevista en el apartado 3 del artículo 781 octies, tanto más cuando este remite en cuanto a su realización a lo dispuesto en el artículo



siguiente, con lo que no solo parece confundirse el objeto y finalidad de una y otra prueba sino que también hace de imposible cumplimiento el plazo previsto para la emisión del informe médico forense (que deberá rendirse en el plazo de la comparecencia, cuando para la prueba pericial multidisciplinar se prevé el plazo de diez días naturales desde la comparecencia de medidas provisionales, con traslado del mismo a las partes antes de la celebración de la vista principal). Debe tenerse en cuenta que esta previsión permite una duplicidad de exámenes y de pruebas médicas, aunque tengan distinto alcance, lo que no concilia bien con la exigencia de que las pruebas médicas no se realicen indiscriminadamente. Por otra parte, debe extenderse la necesidad del consentimiento debidamente informado para la exploración física realizada por el médico forense que se prevé en el artículo 781 octies.3. Y en cualquier caso, si se atiende al plazo en el que, conforme indica la MAIN -no la norma-, debe emitirse el informe del médico forense -no superior a 24 horas-, se hará muy difícil cumplir con el plazo para dictar el auto de medidas cautelares, que tampoco ha de ser superior a 24 horas.

- iv) El segundo párrafo del apartado 4 de este mismo artículo 781 octies introduce una modulación al principio de la presunción de minoría de edad que debería acotarse en función de este y del principio del interés superior del menor. En él se dispone que "En el caso de existir dudas razonables sobre la minoría de edad de la persona cuya edad es objeto de determinación, la autoridad adoptará las medidas necesarias para evitar la convivencia conjunta de los menores residentes en los centros de protección hasta la conclusión del procedimiento de determinación de la edad". El enunciado normativo ya introduce confusión, pues si no existen dudas sobre la minoría de edad, el procedimiento de determinación de la edad es innecesario. Por otra parte, el principio de presunción de la minoría de edad impide la adopción de medidas incompatibles con dicha presunción. De este modo, la aplicación conjunta de este principio y del principio del superior interés del menor, considerado tanto desde la perspectiva de aquel cuya edad es objeto de determinación como de los menores residentes en los centros de protección, conduciría a limitar la adopción de las medidas preventivas para evitar o restringir en lo posible, siempre de manera excepcional y dentro de las particularidades de cada caso, la convivencia conjunta.

**153.-** El artículo 781 nonies regula las especialidades en materia de prueba pericial. En él se incorporan las previsiones contenidas en el artículo 12.4 de



la LOPJM respecto de la realización de pruebas médicas para la determinación de la edad, y con ellas, los criterios jurisprudenciales sobre el particular expuestos en las consideraciones generales del presente informe. Por ello, es oportuna la expresa alusión al principio de celeridad, a la exigencia del previo consentimiento informado, al respeto de la dignidad de la persona cuya edad sea objeto de determinación, a la prohibición de realización de pruebas que supongan un riesgo para la salud así como de aquellas que comporten desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas que supongan riesgos de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud de la persona, y, en fin, a la prohibición de la práctica indiscriminada de dichas pruebas.

**154.-** Con arreglo a esos principios y reglas, se prevé la posibilidad de acordar, si la prueba documental no fuera suficiente, y cuando fuera necesario, la elaboración por especialista de un informe pericial multidisciplinar de determinación de la edad sobre el desarrollo físico y psicológico de la persona cuya edad sea objeto de determinación. La subsidiariedad con la que está contemplada la prueba, y su subordinación al juicio de necesidad, merecen una valoración positiva, como también el carácter multidisciplinar de la prueba, que permite apreciar su resultado desde la demandada perspectiva *holística*; del mismo modo que debe ser valorada positivamente la concreción del principio de calidad con la exigencia de la especialización de quienes hayan de realizar las pruebas.

**155.-** Cabe, con todo, hacer las siguientes observaciones:

- i) La prueba pericial parece estar en manos exclusivamente del juez, sin que en este precepto se contemple la posibilidad de que el Ministerio Fiscal y las partes puedan solicitarla, lo que podría suponer una injustificada limitación del derecho a la prueba y del derecho de defensa, cuando se está en trance de decidir una cuestión de singular relevancia en el ejercicio del derecho a la identidad y a la personalidad, cuya tutela debe estar guiada por el principio del superior interés del menor. Para abrir la facultad de proposición de esta prueba al Ministerio Fiscal y a las partes se debe hacer una lectura amplia del artículo 781 octies.2, y ponerlo en relación con el artículo 781 decies.2 -que dispone que en la vista principal se practicará la prueba admitida en la comparecencia previa, citando a estos efectos a los peritos que hubiesen emitido los informes periciales para que se ratifiquen y se sometan al examen contradictorio de las partes-, y considerar que el objeto de la comparecencia incluye la proposición de prueba a practicar



en la vista principal. En cualquier caso, sería conveniente que el prelegislador contemplara de manera expresa la posibilidad de que las partes y el Ministerio Fiscal puedan solicitar la práctica de esta prueba pericial.

- ii) Debería destacarse la importancia que tiene la concreción de las pruebas periciales que se practican, su alcance y la resultancia que se obtiene de ellas, tanto más cuanto ha de aceptarse que las mismas no ofrecen un resultado científico absoluto e incuestionable, y cuando por lo general se moverá en una horquilla de edad, conforme a la cual ha inferior de dicha horquilla sea compatible con la minoría de edad. La relevancia de prever la necesidad de establecer unas pautas dirigidas a la praxis forense con objeto de concretar el resultado de la pericia - y sin menoscabo de la libre valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (cfr. artículo 348 LEC)- se manifiesta, no solo de cara a la conformación del juicio de hecho, sino también en la motivación fáctica de la sentencia, con la que, al acceder esta al Registro, se facilita el conocimiento general de la extensión de la prueba practicada y de sus resultados.

**156.-** También en línea con lo anterior, debe llamarse la atención sobre el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 781 decies y el nuevo artículo 48 bis de la Ley del Registro Civil, que disponen que en la sentencia por la que se determine la minoría de edad y en la inscripción registral se fijará e incluirá, respectivamente, la fecha en la que el menor cumple la mayoría de edad. Esta previsión lleva implícita la fijación de una fecha de nacimiento, pero no se ofrecen las pautas para llevar a cabo dicha fijación cuando, como viene diciéndose, el resultado de las pruebas periciales se moverá en una horquilla de edad. Por otra parte, los señalados preceptos limitan la fijación de la edad a los casos en los que se determine la minoría de edad, con lo que se excluye la fijación de la edad cuando resulte la mayoría de edad, lo cual no se explica debidamente, cuando el objeto del procedimiento es la determinación de la edad de una persona -sin limitarse a su minoría o mayoría de edad-, y cuando la fijación de la edad es, desde la perspectiva del derecho a la identidad y a la personalidad, igualmente relevante para los mayores de edad.

**157.-** Conviene reflexionar acerca del efecto de cosa juzgada que se atribuye a la sentencia firme. La atribución de este efecto conlleva que, ante la ulterior aparición de datos o elementos de prueba acreditativos de la edad, sea necesario acudir al procedimiento de revisión de las sentencias firmes



regulado en los artículos 509 y siguientes de la LEC para modificar la edad determinada en la sentencia, siempre que se den los presupuestos para ello recogidos en el artículo 510 LEC. El prelegislador podría contemplar la posibilidad de la revisión de la edad determinada en la sentencia de forma excepcional, ante la aparición de nuevos medios y elementos acreditativos de la edad, sin estar sujeta a los rigores del procedimiento de revisión de las sentencias firmes y de sus presupuestos.

**b) Artículo segundo. Modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.**

**158.-** El artículo 2 de la ley anteproyectada modifica el artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, al que añade una letra j) con la siguiente redacción:

“j) Con independencia de la existencia de recursos para litigar se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a todas aquellas personas cuya edad sea objeto de evaluación, conforme al procedimiento regulado en el Capítulo V bis, del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

**159.-** Esta modificación no tiene sino un carácter meramente técnico, una vez que se ha recogido en el artículo 781 quater, entre los principios rectores del procedimiento, el de gratuidad de la asistencia jurídica. Debe incidirse en la conveniencia de utilizar el sustantivo “determinación”, antes que el de “evaluación”.

**c) Artículo tercero. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

**160.-** El artículo tercero del anteproyecto modifica el párrafo segundo del artículo 375 de la LECrim, que queda redactado del siguiente modo:

“Si la persona investigada e indocumentada se encontrase detenida y alegare su minoría de edad, se pondrá a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía competente a los efectos de instar el procedimiento de evaluación de la edad ante el Juzgado de Menores”.

**161.-** Sin perjuicio de lo que se expone en el informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, respecto de la proyectada modificación del artículo 375 LECrim baste aquí poner de manifiesto que el precepto viene referido exclusivamente a la persona



investigada e indocumentada que se encontrase detenida, con lo que se excluye a aquellas personas investigadas e indocumentadas no detenidas, respecto de las cuales puede ser igualmente precisa la determinación de su edad.

**162.-** Por otra parte, el precepto limita la puesta a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía a la persona investigada e indocumentada detenida que alegare su minoría de edad, con lo que se excluye la posibilidad de que el órgano judicial pueda acordar esta puesta a disposición cuando le surjan dudas sobre la edad, o que el Ministerio Fiscal pueda solicitar la puesta a disposición de la Fiscalía de Menores, con independencia de que se alegue o no la minoría de edad. Se advierte, por otra parte, que en la redacción propuesta el precepto limita la legitimación para promover el procedimiento de determinación de la edad al Ministerio Fiscal, excluyendo, por tanto, la posibilidad de que sea el propio detenido o investigado quien, con la debida asistencia jurídica, promueva o inste el procedimiento de determinación de la edad. Sería oportuno que, en aras a dotar de la debida dimensión al derecho de defensa, se contemplara la legitimación de estos últimos. No cabe olvidar que el proyectado 375 LECrim, puesto en relación con el artículo único del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, conlleva una remisión a la regulación del procedimiento de determinación de la edad previsto en el capítulo V bis del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 781 sexies contempla la legitimación de la persona cuya edad sea objeto de determinación para promover el procedimiento, con la asistencia de su representante legal o del defensor judicial.

**163.-** Por último, y como complemento a lo que se acaba de decir, se significa que la modificación propuesta está en relación con la reforma que introduce el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la que es objeto del presente informe en el artículo 2 de la Ley Orgánica 5/2000.

**d) Artículo cuarto. Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.**

**164.-** El artículo cuarto del anteproyecto introduce un nuevo apartado 13º bis en el artículo 4 de la Ley del Registro Civil, sobre "Hechos y actos inscribibles", con la siguiente redacción:



“13º bis. Las sentencias firmes de determinación legal de la minoría de edad dictadas conforme al procedimiento de evaluación de la edad”.

**165.-** Al mismo tiempo, introduce un nuevo artículo 48 bis, que queda redactado como sigue:

“Determinación legal de la minoría de edad.

La inscripción de la minoría de edad de una persona cuya edad ha sido evaluada, incluirá la fecha en que alcanzará la mayoría de edad fijada en la sentencia firme”

**166.-** Respecto de las proyectadas modificaciones, cabe hacer las siguientes observaciones, sin perjuicio de las que más arriba se han hecho en relación con la fijación e inscripción registral de la edad:

- i) El proyectado tratamiento registral de la fijación e inscripción de la edad de los menores extranjeros no acompañados se explica a partir de la previsión contenida en el artículo 48.1 de la Ley del Registro Civil, conforme al cual “Las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir”.
- ii) Sin perjuicio de que pueda encontrarse en dicho precepto la norma habilitante para el tratamiento registral de la edad de los menores extranjeros no acompañados, cabe someter a la consideración del prelegislador la conveniencia de que dicho tratamiento registral, y los efectos derivados del mismo, se lleve a cabo a través de la inscripción de los actos relativos a la determinación de la edad en el Registro de Menores no Acompañados o en otro registro público de carácter administrativo.
- iii) Independientemente de cuál sea el registro que proporcione los efectos tabulares, debe tenerse presente que en el mismo no solo habrá de inscribirse la sentencia firme que determine la edad, sino que también deberá ser objeto de anotación la resolución por la que se admita a trámite la solicitud de incoación del procedimiento.

**e) Disposición transitoria única. Expedientes de determinación de la edad en curso.**



**167.-** La disposición transitoria única establece que “Los expedientes de determinación de la edad que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley, continuarán siendo conocidos por el Ministerio Fiscal”.

**168.-** La regla de derecho intertemporal debería contemplar también la situación de los procedimientos de revisión de los decretos del Ministerio Fiscal que se encontrasen en curso al tiempo de la entrada en vigor de la Ley anteproyectada.

**f) Disposición derogatoria única. Derogación normativa.**

**169.-** La disposición derogatoria única deroga todas las normas de igual e inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la ley anteproyectada. En concreto, deroga el párrafo tercero del apartado primero del artículo 190 del REX. A este respecto, ha de estarse a lo expuesto en el epígrafe 119, letra j), del presente informe.

**g) Disposiciones finales. Las modificaciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (LPJM) y de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (LOEX).**

**170.-** Las modificaciones introducidas en el artículo 12.4 de la LOPJM y en los apartados 3 y 4 del artículo 35 de la LOEX tienen un carácter meramente técnico y a ellas ya se ha hecho referencia en precedentes apartados de este informe.

**171.-** Sería conveniente, con todo, que el apartado tercero del artículo 35 LOEX, al referirse a la atención inmediata que deben dar los servicios competentes de protección del menor de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, previera de forma expresa la provisión de la tutela administrativa y la designación del representante legal del menor, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 781 sexies en relación con la legitimación de la persona cuya edad se determine.

**172.-** En cuanto al título competencial, la ley anteproyectada se dicta al amparo de los títulos competenciales con base en los cuales el legislador dictó las leyes que se modifican. La disposición final tercera, en su segundo párrafo, precisa que la modificación introducida en el artículo 375 LECrim se realiza al amparo de lo dispuesto en las reglas 5ª y 6ª del artículo 149.1 CE. Los títulos competenciales invocados se estiman adecuados y suficientes.

**173.-** La disposición final cuarta atribuye a la ley el carácter de ley ordinaria. La atribución de este carácter se considera adecuada, pues aunque modifica preceptos de sendas leyes orgánicas -la LOPJM y la LOEX-, las modificaciones



introducidas no afectan al núcleo orgánico de las normas, teniendo por finalidad coherente su contenido con la regulación del nuevo procedimiento de determinación de la edad.

## **VI. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El texto informado da cumplimiento al mandato contenido en la disposición final vigesimocuarta de la Ley Orgánica 8/2021, y articula un procedimiento de carácter jurisdiccional para la determinación de la edad de los menores. Por tanto, el prelegislador no se ha limitado a desarrollar normativamente el procedimiento de determinación de la edad a partir del modelo actualmente vigente, que tiene su base legal en lo dispuesto en el artículo 35.3 LOEX, y cuyo desarrollo reglamentario se contiene en el artículo 190 REX, sino que introduce un nuevo proceso especial, bajo el también novedoso Capítulo V bis del Título I del Libro IV de la LEC, intitulado "Del procedimiento de evaluación de la edad".

Esta configuración jurisdiccional del procedimiento para la determinación de la edad, superando el actual sistema preprocesal o extraprocésal, merece en términos generales una valoración favorable, en la medida en que la atribución al procedimiento de un carácter netamente judicial habrá de redundar en beneficio de la tutela del interés superior del menor y de los derechos de los que es titular, específicamente de su derecho a la tutela judicial efectiva, superando el carácter provisional y cautelar del actual procedimiento.

**SEGUNDA.-** La configuración del nuevo proceso como un proceso de naturaleza civil, con la correspondiente atribución de la competencia para conocer del mismo a los órganos de la jurisdicción civil, ha de merecer igualmente una valoración positiva. La edad no solo forma parte del derecho a la identidad y del más amplio derecho a la personalidad, como derecho fundamental, de especial relevancia cuando se trata de menores extranjeros no acompañados, dada su situación de especial vulnerabilidad, sino que al mismo tiempo constituye un elemento integrante del estado civil de las personas, lo que justifica ampliamente la naturaleza del procedimiento, su regulación en la ley rítmica civil y la atribución de la competencia para conocer de él a los órganos judiciales de este orden jurisdiccional.

Convendría, con todo, que el anteproyecto incorporara en su Exposición de Motivos cumplida explicación justificativa del modelo propuesto, del



carácter jurisdiccional del procedimiento y su naturaleza, así como del marco normativo en el que se introduce su regulación y su ubicación sistemática dentro del mismo; haciendo hincapié en la relevancia de la determinación de la edad, especialmente en los menores extranjeros no acompañados dada su especial situación de vulnerabilidad, en la inclusión de la edad entre los elementos del derecho a la identidad y, en suma, a la personalidad, así como su vinculación con el estado civil de las personas.

**TERCERA.-** La Exposición de Motivos debería describir con mayor amplitud el marco normativo del que parte la regulación anteproyectada así como las líneas jurisprudenciales establecidas en relación con su interpretación y aplicación, con mención no solo de la STS, Sala Primera, de 16 de junio de 2020, sino de todas las demás sentencias relevantes. Del mismo modo, debería ser expresiva de la situación en la que ha de quedar, en la regulación propuesta, el conjunto de instrumentos que conforman el *soft law* del marco regulatorio actualmente vigente, así como el modo en que la doctrina jurisprudencial recaída en su interpretación y aplicación ha de quedar incorporada, y en qué medida, a la regulación anteproyectada.

**CUARTA.-** El anteproyecto se intitula "Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad". La Exposición de Motivos y la MAIN no ofrecen explicación alguna acerca de la denominación propuesta. Según el Diccionario de la Real Academia, el vocablo "evaluación" alude a "la acción y efecto de evaluar", y "evaluar", en sus dos primeras acepciones, significa "señalar el valor de algo" y "estimar, apreciar, calcular el valor de algo". El objeto y finalidad de la regulación anteproyectada, y con ella, del procedimiento especial que estatuye, no se limita a articular mecanismos de evaluación de la edad para establecer la mayoría o minoría de edad de los individuos, sino que, trascendiendo la evaluación en sí misma, se orienta a fijar la concreta edad del individuo, entendida esta como el lapso temporal transcurrido desde el día de su nacimiento, que tendrá el debido reflejo tabular. Por tanto, aun cuando los procedimientos científicos para la evaluación de la edad no ofrecen en la actualidad un grado de certeza absoluto, dado el objeto y finalidad de la ley parece más aconsejable utilizar el término "determinación" de la edad antes que el de "evaluación"; denominación esta del texto anteproyectado que, por ende, es la que se utiliza para describir su objeto y la que se emplea a lo largo de su articulado, y la que se ajusta a la forma en que se expresa la previsión contenida en la disposición final vigésimo cuarta de la Ley Orgánica 8/2021 que sirve de norma habilitante a la regulación propuesta.



**QUINTA.-** La regulación anteproyectada tiene como situación jurídica subyacente aquella en la que se encuentran los menores de edad extranjeros no acompañados que acceden al territorio español, respecto de los cuales es necesario determinar su edad al objeto de hacerles beneficiarios, o no, del régimen asistencial y, en general, del régimen de derechos que se deriva, no solo de la legislación de extranjería, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. Aunque el nuevo procedimiento de determinación de la edad engarza directamente con las previsiones de los artículos 35.3 LOEX y 190 REX y del artículo 12.4 de la LOPJM, que las disposiciones finales primera y segunda del anteproyecto modifican, su objeto, sin embargo, parece ser más amplio, a tenor de los términos en que se expresa la Exposición de Motivos de la ley anteproyectada y del nuevo artículo 781 ter.1 LEC que, respecto del objeto del procedimiento, establece que "Este procedimiento tiene por objeto la determinación legal de la edad de las personas cuya mayoría o minoría de edad es desconocida". Esta amplitud del objeto del procedimiento se refuerza, por lo demás, con el efecto de cosa juzgada que se atribuye a la sentencia firme recaída en el procedimiento, y con la expresa previsión de que esta surtirá efectos en todos los órdenes jurisdiccionales (artículo 781 decies.4). Convendría, en cualquier caso, que la Exposición de Motivos aclarase el alcance del objeto del procedimiento y, en su caso, su carácter multifuncional o su plural funcionalidad.

**SEXTA.-** La concreción del alcance del objeto del procedimiento, ahora desprendido de su carácter incidental, cautelar y provisional para concebirse como un procedimiento autónomo y principal, es especialmente relevante si se tiene en cuenta el escenario, arriba descrito, de concurrencia de competencias y solapamiento de atribuciones. Aun cuando el nuevo procedimiento aparezca revestido de los caracteres de autonomía y principalidad, no queda clara la relación entre el mismo y los distintos procedimientos y actuaciones realizadas en los diferentes ámbitos en los que se hace necesaria la determinación de la edad, aunque cabe entender que tendrá un cierto carácter incidental respecto de estos. Es especialmente necesario clarificar esta relación respecto de la competencia del juez de instrucción para decidir acerca del internamiento del extranjero en un centro de protección o en un centro de internamiento, en función de la minoría o mayoría de edad del individuo, pues, como más arriba se ha visto, está generalmente aceptada la competencia exclusiva del juez de instrucción para adoptar la correspondiente decisión, previa determinación de la edad, o para revisar la adoptada (arg. ex artículo 62.1 y 4 LOEX). Si, como parece, el



procedimiento proyectado quiere constituir el cauce procedimental para la determinación de la edad, sobre la base de la unicidad y con la finalidad de evitar los actuales solapamientos competenciales, de suerte que opere con carácter incidental y con una suerte de prejudicialidad suspensiva respecto de aquellos diversos procedimientos, debería explicarse debidamente en la Exposición de Motivos y dejarse claro en el articulado, especialmente respecto de la esfera jurisdiccional penal, tanto en el ámbito de las competencias del juez instructor respecto de los extranjeros en trance de adoptar respecto de ellos las pertinentes medidas, como en el ámbito del procedimiento penal respecto de los extranjeros investigados por la comisión presunta de algún delito.

**SÉPTIMA.-** Debe tenerse en cuenta que el artículo 375 LECrim, que en su redacción vigente establece las reglas conforme a las cuales ha de procederse para determinar la edad del investigado detenido, se modifica por el artículo tercero del texto anteproyectado, quedando redactado su párrafo segundo del siguiente modo: "Si la persona investigada e indocumentada se encontrase detenida y alegare su minoría de edad, se pondrá a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía competente a los efectos de instar el procedimiento de evaluación de la edad ante el Juzgado de Menores". Paralelamente, el artículo único del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introduce el numeral 5º del artículo 2 con el siguiente tenor: "5º Los Juzgados de Menores serán competentes para conocer del procedimiento de evaluación de la edad previsto en el capítulo V bis del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando la persona detenida alegare su minoría de edad y estuviese indocumentada". De este modo, las modificaciones introducidas en la LECrim y en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores mantienen el carácter incidental del procedimiento de determinación de la edad en el ámbito del procedimiento penal, si bien la competencia para conocer del mismo se atribuye, no al juez civil, sino al Juez de Menores.

**OCTAVA.-** También debe tenerse presente que el Tribunal Supremo ha declarado la idoneidad del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales regulado en la Ley Orgánica 62/1978, de 26 de diciembre, para la revisión jurisdiccional de la resolución por la que se determina la edad cuando la pretensión se deduce con invocación de la lesión de derechos fundamentales. Sería conveniente, a la vista de tal criterio jurisprudencial, que se aclarara si en la regulación anteproyectada se



mantiene esa dualidad de vías procedimentales o si, por el contrario, la especialidad del procedimiento propuesto conduce a la inadecuación del procedimiento previsto en la Ley Orgánica 62/1978.

**NOVENA.-** El anteproyecto modifica el artículo 35.3 LOEX, deja sin contenido su apartado 4 y deroga el párrafo tercero del apartado primero del artículo 190 REX, al tiempo que modifica el primer párrafo del apartado cuarto del artículo 12 de la LOPJM, todo ello con objeto de adaptar técnicamente sus enunciados a la regulación anteproyectada. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que con tales modificaciones no se agota la necesaria adaptación o corrección normativa, pues permanecen diversos preceptos en los que se alude al procedimiento actualmente vigente y a la competencia del Ministerio Fiscal. Así sucede con el apartado 4 del artículo 190 REX, con el artículo 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y con el artículo 48.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Si bien la aplicación de la disposición derogatoria única comportará la abrogación de cualesquiera normas que contradigan o se opongan a la ley anteproyectada, sería conveniente expresar dicho efecto derogatorio respecto de las normas antes mencionadas, del mismo modo que expresamente se establece la derogación del párrafo tercero del apartado primero del artículo 190 REX, o en su defecto, modificar en lo necesario los señalados preceptos.

**DÉCIMA.-** La disposición final primera modifica el apartado 4 del artículo 12 de la LOPJM para coordinarlo con la nueva regulación del procedimiento de evaluación de la edad en la LEC, a la que reenvía. Pero, lejos de limitarse a hacer una remisión a la regulación del procedimiento en la ley de ritos, mantiene previsiones que se solapan con las de esta, o son reiterativas de las disposiciones contenidas en la regulación procesal, introduciendo una innecesaria oscuridad y en cualquier caso una innecesaria dispersión normativa, que debería corregirse.

**UNDÉCIMA.-** La articulación de este nuevo procedimiento, con la atribución de la competencia para conocer del mismo a los órganos de la jurisdicción civil y a los juzgados de menores cuando se desenvuelva en el marco del proceso penal, ha de conllevar, naturalmente, una mayor carga de trabajo para unos y otros. La MAIN minimiza el impacto que respecto de dichos órganos jurisdiccionales habrá de tener la nueva regulación, limitándose a señalar, al analizar las cargas administrativas, que *«[E]l nuevo procedimiento de evaluación de la edad podrá asumirse por los Juzgados afectados sin incremento de sus recursos humanos ni de sus actuales gastos de personal,*



*pues atendiendo al volumen de procedimientos que en la actualidad es asumido por el ministerio fiscal sin que se haya incrementado el personal de funcionarios u otros medios y que ahora pasa a los órganos judiciales no supondrá costes de ningún tipo en la administración de justicia».*

Semejante conclusión, sin embargo, no se encuentra suficientemente justificada mediante la aportación de datos numéricos que la avalen, resulta en sí misma contradictoria con la asunción de nuevas competencias por parte de los órganos judiciales, y desconoce la diversidad de situaciones en la que se lleva a cabo la determinación de la edad, no siempre con la intervención del Ministerio Fiscal. El prelegislador debería considerar la situación actual de la jurisdicción y el natural incremento de carga de trabajo que representa la asunción de nuevas competencias, aunque no sea especialmente significativo, y promover la adopción de las medidas necesarias para paliar el efecto de esta nueva atribución competencial en la parca estructura organizativa de la jurisdicción y en sus limitados medios personales y materiales.

**DECIMOSEGUNDA.-** Un principio esencial que debe guiar el procedimiento, en orden a su eficiencia -entendida como la capacidad para cumplir adecuadamente una función-, es el de la celeridad. Es este un principio que no se agota con la mera declaración del carácter preferente y urgente del procedimiento, declaración que expresamente se contiene en el apartado 3 del artículo 781 quater, sino que debe presidir la tarea de elaboración de la norma, antes que guiar su interpretación y aplicación; y ello, tanto si el procedimiento se concibe autónomamente, como si presenta carácter instrumental o incidental respecto de otro. Aun cuando el prelegislador articula las fases y trámites del procedimiento estableciendo plazos breves, la mera realización de las actuaciones procesales tal y como están previstas, -donde se contempla: i) un previo examen de los presupuestos de procedibilidad (artículo 781 septies); ii) la celebración de una comparecencia para la adopción de medidas cautelares, con el correspondiente trámite alegatorio, de audiencia de la persona cuya edad es objeto de determinación y la práctica de las pruebas propuestas y las que se acuerden de oficio (artículo 781 octies); iv) la elaboración de un informe pericial multidisciplinar de determinación de la edad, del que se dará traslado a las partes antes de la celebración de la vista principal (artículo 781 nonies); v) la celebración de esta misma, sin perjuicio de que pueda realizarse en unidad de acto con la comparecencia de medidas provisionales (artículo 781 decies); y vi) la recurribilidad en apelación de la sentencia dictada por el juez (artículo 781 decies.3 y 4)-, puede poner en cuestión la efectividad de dicho principio y,



con él, la del propio procedimiento. Se sugiere, por tanto, reconsiderar la estructura procedimental propuesta para, con base en el principio de celeridad, diseñar los trámites del procedimiento tendiendo, en lo posible, a la concentración de los actos, especialmente de los trámites de la comparecencia inicial y de la vista, más allá de permitir su celebración en unidad de acto.

**DECIMOTERCERA.-** El artículo primero del Anteproyecto modifica los artículos 748, 749, 750 y 753 del Capítulo I, "Disposiciones comunes", del Título I, "De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores", del Libro IV, "Procesos especiales", de la LEC.

Respecto de estas modificaciones cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) Las modificaciones propuestas tienen un carácter meramente técnico-normativo, si bien se debe incidir en la denominación del procedimiento que debería ser "de determinación de la edad", y no "sobre la evaluación de la edad". Se advierte por lo demás, que el prelegislador utiliza las expresiones "objeto de determinación" y "la determinación de la edad" en el nuevo apartado 3 del artículo 750 LEC y en el artículo 753, párrafo tercero, LEC, en la redacción propuesta.
- b) El nuevo apartado 3 del artículo 750 LEC dispone que la persona cuya edad sea objeto de determinación tendrá asistencia jurídica desde el inicio del procedimiento, y a continuación establece que en ningún caso la asistencia letrada podrá ser ejercida por quien ostente la representación legal de la persona cuya edad sea objeto de determinación. Coherentemente, el apartado 6 del artículo 781 quater dispone que "la persona cuya edad es objeto de determinación tendrá, en todo caso, derecho a la asistencia jurídica gratuita", y el artículo segundo del anteproyecto modifica el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, al que se añade una letra j), con la siguiente redacción: "j) Con independencia de la existencia de recursos para litigar se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a todas aquellas personas cuya edad sea objeto de evaluación, conforme al procedimiento regulado en el capítulo V bis, del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Parece, de este modo, que la asistencia jurídica es un término más amplio que el de asistencia letrada, comprensivo no solo de la dirección técnico-jurídica llevada a cabo por abogado, sino también de la representación causídica. Siendo



así, la prohibición establecida en el segundo inciso del nuevo apartado 3 del artículo 750 debería estar referida no solo a la asistencia letrada, sino a la asistencia jurídica, entendida en términos generales.

- c) El párrafo tercero del artículo 753, en la redacción propuesta, establece el carácter preferente del procedimiento de determinación de la edad, y el mismo carácter se atribuye, de forma redundante, en el apartado 3 del artículo 781 quater.

**DECIMOCUARTA.-** En el apartado cuatro del artículo primero de la ley anteproyectada se introduce el nuevo capítulo V bis en el Título I del Libro IV en el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad. Debe insistirse en la conveniencia de utilizar la denominación "procedimiento de determinación de la edad", tanto en el título del nuevo capítulo V bis, como en su articulado.

**DECIMOQUINTA.-** El artículo 781 ter establece el objeto y el ámbito del procedimiento. Conforme al mismo, este tiene por objeto la determinación de la edad de las personas cuya mayoría o minoría de edad es desconocida. De este modo, el procedimiento se articula sobre la base del desconocimiento de la minoría o mayoría de edad, y su finalidad parece estar orientada a establecer si la persona es menor o mayor de edad a los efectos de quedar sujeta, en su caso, al régimen de protección que el ordenamiento dispensa a los menores de edad, o al régimen aplicable a los extranjeros mayores de edad, de resultar la mayoría de edad. Pero tal y como está configurado su objeto, este presenta un mayor alcance pues no se limita exclusivamente a despejar la duda sobre la mayoría o minoría de edad de la persona, y no se limita exclusivamente a los menores extranjeros no acompañados -por más que la norma esté pensada fundamentalmente para ellos, y de ahí su vinculación con la normativa de protección del menor y con los principios protectores del superior interés del menor-, sino que constituye el instrumento procesal a través del cual se habrá de determinar la concreta edad de la persona, y sirve tanto a efectos de extranjería como a cualesquiera otros efectos, incluidos los efectos en el orden penal, como se evidencia, entre otros aspectos, del efecto de cosa juzgada de la sentencia firme que se dicte en el procedimiento y de su oponibilidad a todos los órdenes jurisdiccionales, y de la modificación proyectada del artículo 375 LECrim junto con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Con todo, se insiste en la conveniencia de que la Exposición de Motivos del texto anteproyectado aclare de forma más explícita el objeto de



la regulación y del procedimiento proyectado, su alcance y el ámbito de aplicación de la ley.

**DECIMOSEXTA.-** El artículo 781 quater recoge los principios rectores del procedimiento de forma amplia, pero no del todo completa. Se contempla, desde luego, el principio del interés superior del menor, que informará todas las actuaciones del procedimiento. Se incorpora también el principio de la presunción de la minoría de edad, que regirá durante todo el procedimiento hasta que recaiga una resolución firme que ponga fin al mismo; el principio de celeridad del procedimiento y su carácter urgente; el principio de audiencia, que se materializa en el derecho a ser oído y a ser informado sobre el procedimiento y, en su caso, sobre las pruebas dispuestas para la determinación de la edad; y el principio del consentimiento para la realización de dichas pruebas, con el subsiguiente derecho a oponerse a su práctica.

La plasmación positiva de estos principios se acomoda a las directrices de los organismos internacionales y a la doctrina jurisprudencial expuesta en las consideraciones generales del presente informe, y se enuncian con suficiente amplitud, incluyendo los requisitos conforme a los que deberá proporcionarse la información sobre el procedimiento -en forma que sea comprensible y en formato accesible-, así como la información sobre las pruebas de determinación de la edad -en forma que sea comprensible del significado y finalidad de la diligencia que haya de practicarse-, y la forma en que deberá prestarse el consentimiento para su realización -expreso y debidamente documentado-. Se contempla, además, la asistencia de interprete, caso de ser necesario, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita en todo caso.

**DECIMOSÉPTIMA.-** Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer las siguientes observaciones: i) debería incluirse entre los principios rectores el principio de confidencialidad y el derecho a la protección de datos personales, de singular importancia cuando se trata de menores, y cuando se trata de datos personales especialmente sensibles, sujetos a una tutela reforzada conforme a la legislación reguladora del derecho a la protección de datos personales, a la que el texto anteproyectado debería remitirse (al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, específicamente); ii) también debería incluirse el principio de cualificación de los profesionales que participen en el procedimiento de determinación de la edad, en garantía del resultado de la evaluación y de las pruebas de determinación de la edad y, por consiguiente, del buen fin del proceso,



exigencia de cualificación que, sin embargo, sí se tiene en cuenta al regular las especialidades en materia de prueba pericial (artículo 781 nonies); iii) sería conveniente que el enunciado de los principios rectores expuestos, junto con el de revisión de la decisión adoptada en la instancia -que se contempla en los apartados 3 y 4 del artículo 781 decies-, se contuviera en la Exposición de Motivos, como elemento que contribuya a su interpretación y aplicación; iv) conviene reformular el apartado 5 del artículo 781 quater, que comienza diciendo "Cuando sea necesario obtener el consentimiento de la persona para la realización de las pruebas de determinación de la edad (...)", por cuanto el consentimiento, debidamente informado, se ha de obtener siempre, como se desprende de la doctrina jurisprudencial y del tenor mismo del apartado cuarto del artículo 12 de la LOPJM; v) debería especificarse el substrato fáctico, esto es, las circunstancias de hecho sobre las que opera la presunción de la minoría de edad, así como cuál ha de ser su proyección. El principio opera tanto en los casos de ausencia de documentación, como en aquellos en los que la documentación es impugnada, y existen dudas sobre la minoría de edad; circunstancias que, por ende, conforman los presupuestos de procedibilidad a los que se sujeta la incoación y la tramitación del procedimiento. Y se ha de proyectar, no solo al ámbito del régimen legal de la protección del menor, sino a todos los ámbitos y regímenes jurídicos -civil, penal y administrativo-, así como a la esfera pre o extra-procesal y a la procesal propiamente dicha, informando y orientando la actuación de las autoridades, organismos y entidades públicas, en aquel caso, y de los tribunales, en el marco del proceso.

**DECIMOCTAVA.-** El artículo 781 quinquies regula la competencia para conocer del procedimiento, que "corresponderá al Juzgado de Familia del lugar donde se halle la persona cuya edad es objeto de determinación, en su defecto, conocerá el Juzgado de Primera Instancia con competencia en materia de Familia o el que por turno de reparto le corresponda".

Es cuestionable la forma en que se establece la competencia objetiva. Debe tenerse presente que la competencia en materia de familia no supone su atribución a un órgano judicial específico, dentro de la estructura orgánica establecida en la LOPJ y en la ley rituaria. Conforme a los artículos 85 LOPJ y 45 de la LEC, la competencia de los juzgados de primera instancia se extiende en el orden civil a todos los asuntos civiles que por disposición expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. La categoría "juzgado de familia" no responde, por tanto, a una configuración orgánica, sino a una atribución de competencias específicas por la vía del artículo 98 de la LOPJ y 46 de la LEC: de este modo, los juzgados de familia son juzgados de primera instancia



especializados, y esta especialización comporta una determinada competencia objetiva, atribuida con carácter exclusivo, sea o no excluyente.

Por consiguiente, debe reformularse el apartado 1 del artículo 781 quinquies para acomodar su redacción a la especialización de los juzgados de primera instancia en materia de derecho de familia, sin contemplar los juzgados de familia como una categoría propia en la estructura orgánica de los juzgados. La atribución de competencia objetiva para conocer del procedimiento podría resolverse, entonces, en favor del juzgado de primera instancia especializado en derecho de familia, o, de no existir especialización, del que por turno corresponda, del lugar donde se halle la persona cuya edad es objeto de determinación.

**DECIMONOVENA.-** Cabe reconsiderar la conexión conforme a la cual se establece el fuero de competencia territorial. La articulación de esta atendiendo al lugar donde se halle la persona cuya edad es objeto de determinación no siempre garantizará la debida proximidad del tribunal al objeto del proceso, sobre todo cuando, con arreglo a esa regla de conexión, deba conocer del procedimiento un órgano jurisdiccional de una localidad en la que no sea fácil disponer de medios personales y/o materiales para llevar a cabo las actuaciones procesales con la debida celeridad y con las debidas garantías. Piénsese en la dificultad que puede suponer, en esos casos, disponer de un intérprete, o las dificultades para llevar a cabo el informe multidisciplinar previsto en el artículo 781 nonies. La determinación del fuero de competencia territorial acudiendo a la conexión del lugar donde se encuentra la entidad pública de protección bajo cuya guarda ha quedado la persona cuya edad sea objeto de determinación, normalmente en capitales de provincia o en localidades con estructuras administrativas amplias, puede paliar o solventar tales dificultades.

**VIGÉSIMA.-** El artículo 781 sexies regula la legitimación para promover el procedimiento. Esta se atribuye: a) al Ministerio Fiscal; b) a la persona cuya edad se determine, asistida por su representante legal o el defensor judicial que se le haya designado en caso de conflicto con este; y c) la Entidad Pública de protección a la infancia y adolescencia del lugar donde se encuentre la persona cuya edad sea objeto de determinación. En su apartado 2, se faculta a cualquier persona o entidad pública o privada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Entidad Pública de protección a la infancia y adolescencia los hechos que sean determinantes para promover el procedimiento de determinación de la edad.



Esta atribución de la legitimación es lo suficientemente amplia para contemplar las posibles situaciones en las que puede o debe promoverse el procedimiento de determinación de la edad. La que corresponde al Ministerio Fiscal es compatible con su condición de parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 749 LEC, en la redacción propuesta por el anteproyecto. Se advierte, sin embargo, que la legitimación que se establece en el artículo 780 LEC respecto de los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, en el curso del cual puede surgir incidentalmente la necesidad de promover el procedimiento de determinación de la edad, es más amplia; no obstante, el objeto de este procedimiento, más concreto que el de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que presenta mayor amplitud por razón de la diversidad de las resoluciones eventualmente impugnadas, conduce a atribuir la legitimación en función de ese concreto objeto del proceso.

**VIGESIMOPRIMERA.-** La legitimación de la persona cuya edad sea objeto de determinación necesita, según el precepto propuesto, de la asistencia de su representante legal. Adviértase que no siempre el legitimado estará asistido por un representante legal: el interesado en que se determine su minoría de edad puede ser una persona a la que administrativamente se le haya considerado mayor, y respecto de la cual, por tal razón, no se haya dispuesto nada respecto de su representación legal. Cabría considerar que, al establecer la legitimación de forma incompleta, al estar necesitada de asistencia, el prelegislador ha considerado que, por virtud del principio del superior interés del menor, así como del principio de presunción de minoría de edad hasta que recaiga la resolución firme, el ejercicio de la legitimación por aquel cuya edad sea objeto de determinación requiere en todo caso de la asistencia de un representante legal; de ser así, debería explicarse convenientemente en la Exposición de Motivos, y articularse la designación del representante legal, cuando no hubiera sido designado con anterioridad.

**VIGESIMOSEGUNDA.-** Los artículos 781 septies, 781 octies, 781 nonies y 781 decies regulan los trámites del procedimiento. Tal y como está concebido, este se estructura en una fase inicial previa a la admisión a trámite de la solicitud, que tiene por objeto comprobar los presupuestos de procedibilidad a los que se subordina la apertura del procedimiento; una comparecencia de medidas provisionales; una fase de prueba para la realización de exámenes e informes periciales para la determinación de la edad; la vista principal, con la práctica de la prueba propuesta y acordada y el dictado de la sentencia; y una fase de recurso contra la misma.



Esta configuración procedimental, que puede verse simplificada mediante la celebración de la vista principal en unidad de acto con la comparecencia de medidas provisionales, si no hubiera oposición de las partes y se pudiera practicar toda la prueba admitida en un solo acto (artículo 781 decies.1, último inciso), si bien responde a los criterios jurisprudenciales y a los presupuestos normativos que inciden en el procedimiento de determinación de la edad, presenta, sin embargo, ciertos aspectos oscuros y origina ciertas dudas interpretativas y aplicativas que deberían ser despejadas.

**VIGESIMOTERCERA.-** De acuerdo con los criterios jurisprudenciales y con las exigencias normativas el procedimiento está sujeto a la concurrencia de varios presupuestos, que operan como presupuestos de procedibilidad. Estos son, en primer lugar, la falta de documentación identificativa de la persona cuya edad deba ser objeto de determinación; en segundo lugar, que su minoría de edad no sea evidente por la apariencia física; y en tercer lugar, que si se presenta documentación identificativa de la edad, esta haya sido impugnada. Con estos presupuestos, el procedimiento de determinación de la edad podrá abrirse y seguir su curso. En sentido inverso, este no podrá tener lugar cuando la minoría de edad se muestra evidente por la apariencia física y cuando se presente documentación identificativa acreditativa de la edad.

En realidad, la configuración del procedimiento, de la legitimación para promoverlo y la articulación de sus trámites, está condicionada por la concurrencia de estos presupuestos. Estos operan, por tanto, en la esfera procedimental; pero también actúan, o deberán actuar, en la esfera preprocesal, por cuanto las actuaciones previas al proceso habrán de estar determinadas por tales presupuestos.

**VIGESIMOCUARTA.-** El anteproyecto recoge los presupuestos de procedibilidad en el apartado 2 del artículo 781 ter e implícitamente en el artículo 781 septies. Estas previsiones han de conjugarse con lo que dispone el apartado 4 del artículo 12 de la LOPJM.

Respecto de estas previsiones cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El prelegislador no parece haber tenido en cuenta la posibilidad de que sea la persona cuya edad ha de ser objeto de determinación la que ejercite su pretensión sobre la base de documentos acreditativos de su minoría de edad. Como arriba ha quedado indicado, parece que el procedimiento se asienta en la idea de que los presupuestos que



operan como requisitos de procedibilidad se proyectan también a las actuaciones preprocesales; pero esta idea no debe excluir la posibilidad de que una persona sea tratada administrativamente como mayor de edad pese a estar en posesión de documentos acreditativos de su minoría de edad. La aplicación del presupuesto de procedibilidad, que cierra el paso al procedimiento cuando se dispone de documentación no impugnada, impediría el ejercicio de la pretensión legítima de aquel que es tratado como mayor de edad no siéndolo. Se debería, por tanto, considerar esta posibilidad y, bien permitir dar curso a la solicitud si la documentación es impugnada, confiriendo el oportuno trámite a tal efecto, bien, ante la presentación de la solicitud acompañada del documento acreditativo de la edad, disponer en la resolución por la que no se da trámite a la misma que dicha inadmisión lo es por razón de la documentación aportada y, por tanto, por su eficacia extrínseca e intrínseca, de forma que pueda surtir los oportunos efectos en la esfera extraprocesal.

- ii) Las comprobaciones que debe llevar a cabo de oficio el Juzgado respecto de la existencia de documentación válida acreditativa de la edad se contemplan indiferenciadamente tanto si existe documentación impugnada y está debidamente fundamentada la impugnación de la misma, en cuyo caso la diligencia tendrá por objeto verificar si existe otra documentación acreditativa de la edad distinta de la impugnada, como si no existe documentación. En uno y otro caso, ante la existencia de documentación acreditativa de la edad como resultado de la comprobación llevada a cabo de oficio, parece oportuno permitir su impugnación para, de serlo, disponer si procede o no abrir el procedimiento.
- iii) La impugnación de los documentos acreditativos de la edad no debe llevar, por sí misma, a admitir a trámite la solicitud y a abrir el procedimiento, sino que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y lo dispuesto en el artículo 12.4 de la LPJM, el juzgador debe llevar a cabo una ponderación, con base en un juicio de proporcionalidad, de los motivos de impugnación capaces de desvirtuar la validez y la eficacia extrínseca e intrínseca del documento. En este sentido, sería conveniente que la norma procesal contemplara la necesidad llevar a cabo esa ponderación y que aclare cuál ha de ser su alcance, en particular, si tal juicio de ponderación debe incluir o no un control de la validez y eficacia del documento extranjero conforme a lo dispuesto en el artículo 323 LEC. El análisis de la validez y eficacia de la



documentación acreditativa de la edad conforme al principio del interés superior del menor debería llevar a la presunción del valor y eficacia del documento aportado, pero es conveniente que el prelegislador aclare el alcance de la valoración que, ante la impugnación del documento, debe llevar a cabo el juzgador.

- iv) Se advierte que este juicio de ponderación se lleva a cabo previamente a la audiencia del interesado, que tiene lugar en la comparecencia de medidas provisionales. Este trámite no presenta un objeto bien definido pues, si bien parece estar orientado -y de ahí su denominación- a adoptar las medidas de protección de los derechos del presunto menor, también parece tener otras finalidades, como la proposición de prueba, además de la práctica de las pruebas que sean pertinentes y puedan llevarse a efecto en el mismo acto. Esta actividad probatoria incluye la exploración física por el médico forense de la persona cuya edad es objeto de determinación, tras las alegaciones de las partes y la práctica de las pruebas que estos propongan y que sean pertinentes y las que se acuerden de oficio. Por lo tanto, el objeto y finalidad de esta comparecencia, de contornos difusos, podría incluir las alegaciones y la práctica de las pruebas dirigidas, no solo a la adopción de las medidas provisionales de protección de los derechos del presunto menor, sino también a cuestionar la consistencia de la impugnación de los documentos acreditativos de la edad, lo que resultaría más conforme a los principios de contradicción y de audiencia, y por ende, a los derechos de defensa y tutela judicial efectiva. En ese caso, la primera comparecencia supondría un ulterior filtro en el control de los presupuestos de procedibilidad. Convendría, por tanto, que el prelegislador concretara con mayor precisión el objeto de esta comparecencia.
- v) El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 781 septies impone la carga de justificar en la solicitud las comprobaciones realizadas en el país de origen de la persona cuya edad es objeto de determinación. Esta carga procesal comporta una previa obligación material, cual es la realización de tales comprobaciones, cuyo contenido y cuya concreción de los sujetos obligados no queda especificada, como tampoco las consecuencias de su inobservancia. Esta concreción resulta tanto más necesaria a la vista de la comprobación que el juzgado, previamente a decidir sobre la admisión de la solicitud, debe llevar a cabo respecto de la existencia de documentación válida acreditativa de la edad.



vi) Debe preverse expresamente que, una vez admitida a trámite la solicitud, la misma ha de quedar anotada en el Registro de Menores no Acompañados, a cuyos efectos ha de contemplarse la remisión de los oficios procedentes. Asimismo, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de las modificaciones introducidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se debería prever el traslado de la resolución por la que se disponga el inicio del procedimiento al Registro Civil para su correspondiente anotación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.3 de la citada Ley, que autoriza la anotación registral de los procedimientos judiciales que puedan afectar al contenido del Registro Civil.

**VIGESIMOQUINTA.-** En relación con la regulación de la comparecencia de medidas provisionales (artículo 781 octies), además de lo que se acaba de señalar, cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El plazo de la convocatoria, de dos días hábiles a contar desde la presentación de la solicitud, no parece tener en cuenta que, para acordar la convocatoria, el juzgador ha de dictar la correspondiente resolución sobre la admisibilidad de la solicitud, y que para ello ha de llevar a cabo las comprobaciones establecidas en el apartado 2 del artículo 781 septies. Semejante previsión, por tanto, no se muestra muy realista, como tampoco parece serlo la citación en tan breve plazo de todos aquellos que han de ser citados a la primera comparecencia.
- ii) No resulta claro el objeto y tampoco está clara la finalidad de esta primera comparecencia a la vista del principio de presunción de minoría de edad durante la tramitación del procedimiento. Si, como resulta del título del artículo 781 octies y del objeto y contenido del auto al que se refiere su apartado 4, el objeto y la finalidad de este trámite es la adopción de las medidas necesarias para la protección de los derechos de la persona cuya edad se determine, la aplicación efectiva del principio de presunción de la minoría de edad debería determinar en gran medida el contenido de las medidas cautelares adoptadas respecto del mismo, que podrían ser adoptadas en la misma resolución por la que se dé trámite a la solicitud y al procedimiento. La comparecencia cobra sentido, en cambio, si se trata de adoptar medidas cuya necesidad se hubiese puesto de manifiesto como consecuencia del trámite de audiencia del menor o de las pruebas aportadas al proceso, como pudiera ser el caso de que el menor tuviese parientes o allegados con los que convivir. Por otra parte, como se ha



indicado, pudiera colegirse que el objeto y finalidad de esta primera comparecencia trasciende de la adopción de medidas cautelares, y que permitirá un control posterior de los presupuestos de procedibilidad y de admisibilidad de la solicitud, así como la proposición de prueba y la adopción de la que sea pertinente, incluyendo, como más relevante, la prueba pericial multidisciplinar a que se refiere el proyectado artículo 781 nonies. En todo caso, es conveniente que el prelegislador aclare el objeto y finalidad de esta comparecencia.

iii) Paralelamente, se debería concretar la finalidad de la exploración física prevista en el apartado 3 del artículo 781 octies, tanto más cuando este remite en cuanto a su realización a lo dispuesto en el artículo siguiente, con lo que no solo parece confundirse el objeto y finalidad de una y otra prueba sino que también hace de imposible cumplimiento el plazo previsto para la emisión del informe médico forense (que deberá rendirse en el plazo de la comparecencia, cuando para la prueba pericial multidisciplinar se prevé el plazo de diez días naturales desde la comparecencia de medidas provisionales, con traslado del mismo a las partes antes de la celebración de la vista principal). Debe tenerse en cuenta que esta previsión permite una duplicidad de exámenes y pruebas médicas, aunque tengan distinto alcance, lo que no se compadece bien con la exigencia de que las pruebas médicas no se realicen indiscriminadamente. Por otra parte, debe extenderse la necesidad del consentimiento debidamente informado para la exploración física realizada por el médico forense que se prevé en el artículo 781 octies.3. Y en cualquier caso, si se atiende al plazo en el que, conforme indica la MAIN -no la norma-, debe emitirse el informe del médico forense -no superior a 24 horas-, se hará muy difícil cumplir con el plazo para dictar el auto de medidas cautelares, que tampoco ha de ser superior a 24 horas.

iv) El segundo párrafo del apartado 4 de este mismo artículo 781 octies introduce una modulación al principio de la presunción de minoría de edad que debería acotarse en función de este y del principio del interés superior del menor. En él se dispone que "En el caso de existir dudas razonables sobre la minoría de edad de la persona cuya edad es objeto de determinación, la autoridad adoptará las medidas necesarias para evitar la convivencia conjunta de los menores residentes en los centros de protección hasta la conclusión del procedimiento de determinación de la edad". El enunciado normativo ya introduce confusión, pues si no existen dudas sobre la minoría de edad, el procedimiento de



determinación de la edad es innecesario. Por otra parte, el principio de presunción de la minoría de edad impide la adopción de medidas incompatibles con dicha presunción. De este modo, la aplicación conjunta de este principio y del principio del superior interés del menor, considerado tanto desde la perspectiva de aquel cuya edad es objeto de determinación como de los menores residentes en los centros de protección, conduciría a limitar la adopción de las medidas preventivas para evitar o restringir en lo posible, siempre de manera excepcional y dentro de las particularidades de cada caso, la convivencia conjunta.

**VIGESIMOSEXTA.-** El artículo 781 nonies regula las especialidades en materia de prueba pericial. En él se incorporan las previsiones contenidas en el artículo 12.4 de la LOPJM respecto de la realización de pruebas médicas para la determinación de la edad, y con ellas, los criterios jurisprudenciales sobre el particular expuestos en las consideraciones generales del presente informe. Por ello, es oportuna la expresa alusión al principio de celeridad, a la exigencia del previo consentimiento informado, al respeto de la dignidad de la persona cuya edad sea objeto de determinación, a la prohibición de realización de pruebas que supongan un riesgo para la salud así como de aquellas que comporten desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas que supongan riesgos de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud de la persona, y, en fin, a la prohibición de la práctica indiscriminada de dichas pruebas.

Con arreglo a esos principios y reglas, se prevé la posibilidad de acordar, si la prueba documental no fuera suficiente, y cuando fuera necesario, la elaboración por especialista de un informe pericial multidisciplinar de determinación de la edad sobre el desarrollo físico y psicológico de la persona cuya edad sea objeto de determinación. La subsidiariedad con la que está contemplada la prueba, y su subordinación al juicio de necesidad, merecen una valoración favorable, como también el carácter multidisciplinar de la prueba, que permite apreciar su resultado desde la demandada perspectiva *holística*; del mismo modo que debe ser valorada positivamente la concreción del principio de calidad con la exigencia de la especialización de quienes hayan de realizar las pruebas.

Cabe, con todo, hacer las siguientes observaciones:

- i) La prueba pericial parece estar en manos exclusivamente del juez, sin que en este precepto se contemple la posibilidad de que el Ministerio Fiscal y las partes puedan solicitarla, lo que podría suponer una



injustificada limitación del derecho a la prueba y del derecho de defensa, cuando se está en trance de decidir una cuestión de singular relevancia en el ejercicio del derecho a la identidad y a la personalidad, cuya tutela debe estar guiada por el principio del superior interés del menor. Para abrir la facultad de proposición de esta prueba al Ministerio Fiscal y a las partes se debe hacer una lectura amplia del artículo 781 octies.2, y ponerlo en relación con el artículo 781 decies.2 -que dispone que en la vista principal se practicará la prueba admitida en la comparecencia previa, citando a estos efectos a los peritos que hubiesen emitido los informes periciales para que se ratifiquen y se sometan al examen contradictorio de las partes-, y considerar que el objeto de la comparecencia incluye la proposición de prueba a practicar en la vista principal. En cualquier caso, sería conveniente que el prelegislador contemplara de manera expresa la posibilidad de que las partes y el Ministerio Fiscal puedan solicitar la práctica de esta prueba pericial.

- ii) Debería destacarse la importancia que tiene la concreción de las pruebas periciales que se practican, su alcance y la resultancia que se obtiene de ellas, tanto más cuanto ha de aceptarse que las mismas no ofrecen un resultado científico absoluto e incuestionable, y cuando por lo general se moverá en una horquilla de edad, conforme a la cual ha inferior de dicha horquilla sea compatible con la minoría de edad. La relevancia de prever la necesidad de establecer unas pautas dirigidas a la praxis forense con objeto de concretar el resultado de la pericia - y sin menoscabo de la libre valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (cfr. artículo 348 LEC)- se manifiesta, no solo de cara a la conformación del juicio de hecho, sino también en la motivación fáctica de la sentencia, con la que, al acceder esta al Registro, se facilita el conocimiento general de la extensión de la prueba practicada y de sus resultados.

**VIGESIMOSÉPTIMA.-** Debe llamarse la atención sobre el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 781 decies y el nuevo artículo 48 bis de la Ley del Registro Civil, que disponen que en la sentencia por la que se determine la minoría de edad y en la inscripción registral se fijará e incluirá, respectivamente, la fecha en la que el menor cumple la mayoría de edad. Esta previsión lleva implícita la fijación de una fecha de nacimiento, pero no se ofrecen las pautas para llevar a cabo dicha fijación cuando el resultado de las pruebas periciales se moverá en una horquilla de edad. Por otra parte, los señalados preceptos limitan la fijación de la edad a los casos en los que se



determine la minoría de edad, con lo que se excluye la fijación de la edad cuando resulte la mayoría de edad, lo cual no se explica debidamente, cuando el objeto del procedimiento es la determinación de la edad de una persona - sin limitarse a su minoría o mayoría de edad-, y cuando la fijación de la edad es, desde la perspectiva del derecho a la identidad y a la personalidad, igualmente relevante para los mayores de edad.

**VIGESIMOCTAVA.-** Conviene reflexionar acerca del efecto de cosa juzgada que se atribuye a la sentencia firme. La atribución de este efecto conlleva que, ante la ulterior aparición de datos o elementos de prueba acreditativos de la edad, sea necesario acudir al procedimiento de revisión de las sentencias firmes regulado en los artículos 509 y siguientes de la LEC para modificar la edad determinada en la sentencia, siempre que se den los presupuestos para ello recogidos en el artículo 510 LEC. El prelegislador podría contemplar la posibilidad de la revisión de la edad determinada en la sentencia de forma excepcional, ante nuevos medios y elementos acreditativos de la edad, sin estar sujeta a los rigores del procedimiento de revisión de las sentencias firmes y de sus presupuestos.

**VIGESIMONOVENA.-** El artículo tercero del anteproyecto modifica el párrafo segundo del artículo 375 de la LECrim, que queda redactado del siguiente modo:

“Si la persona investigada e indocumentada se encontrase detenida y alegare su minoría de edad, se pondrá a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía competente a los efectos de instar el procedimiento de evaluación de la edad ante el Juzgado de Menores”.

Se debe poner de manifiesto que el precepto viene referido exclusivamente a la persona investigada e indocumentada que se encontrase detenida, con lo que se excluye a aquellas personas investigadas e indocumentadas no detenidas, respecto de las cuales puede ser igualmente precisa la determinación de su edad.

Por otra parte, el precepto limita la puesta a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía a la persona investigada e indocumentada detenida que alegare su minoría de edad, con lo que se excluye la posibilidad de que el órgano judicial pueda acordar esta puesta a disposición cuando le surjan dudas sobre la edad, o que el Ministerio Fiscal pueda solicitar la puesta a disposición de la Fiscalía de Menores, con independencia de que se alegue o no la minoría de edad. Se advierte, además, que en la redacción propuesta el precepto limita la legitimación para promover el procedimiento de



determinación de la edad al Ministerio Fiscal, excluyendo, por tanto, la posibilidad de que sea el propio detenido o inculpado quien, con la debida asistencia jurídica, promueva o inste el procedimiento de determinación de la edad. Sería oportuno que, en aras a dotar de la debida dimensión al derecho de defensa, se contemplara la legitimación de estos últimos. No cabe olvidar que el proyectado 375 LECrim, puesto en relación con el artículo único del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, conlleva una remisión a la regulación del procedimiento de determinación de la edad previsto en el capítulo V bis del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 781 sexies contempla la legitimación de la persona cuya edad sea objeto de determinación para promover el procedimiento, con la asistencia de su representante legal o del defensor judicial.

**TRIGÉSIMA.-** Respecto de las proyectadas modificaciones de la Ley del Registro Civil, cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El proyectado tratamiento registral de la fijación e inscripción de la edad de los menores extranjeros no acompañados se explica a partir de la previsión contenida en el artículo 48.1 de la Ley del Registro Civil, conforme al cual "Las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir".
- ii) Sin perjuicio de poder encontrar en dicho precepto la norma habilitante para el tratamiento registral de la edad de los menores extranjeros no acompañados, cabe someter a la consideración del prelegislador la conveniencia de que dicho tratamiento registral, y los efectos derivados del mismo, se lleve a cabo a través de la inscripción de los actos relativos a la determinación de la edad en el Registro de Menores no Acompañados o en otro registro público de carácter administrativo.
- iii) Independientemente de cuál sea el registro que proporcione los efectos tabulares, debe tenerse presente que en el mismo no solo habrá de inscribirse la sentencia firme que determine la edad, sino que también



deberá ser objeto de anotación la resolución por la que se admita a trámite la solicitud de incoación del procedimiento.

**TRIGESIMOPRIMERA.-** La disposición transitoria debería contemplar también la situación de los procedimientos de revisión de los decretos del Ministerio Fiscal que se encontrasen en curso al tiempo de la entrada en vigor de la Ley anteproyectada.

**TRIGESIMOSEGUNDA.-** Las modificaciones introducidas en el artículo 12.4 de la LOPJM y en los apartados 3 y 4 del artículo 35 de la LOEX tienen un carácter meramente técnico y a ellas ya se ha hecho referencia en precedentes apartados de este informe.

Sería conveniente, con todo, que el apartado tercero del artículo 35 LOEX, al referirse a la atención inmediata que deben dar los servicios competentes de protección del menor de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, previera de forma expresa la provisión de la tutela administrativa y la designación del representante legal del menor, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 781 sexies en relación con la legitimación de la persona cuya edad se determine.

**TRIGESIMOTERCERA.-** En cuanto al título competencial, la ley anteproyectada se dicta al amparo de los títulos competenciales con base en los cuales el legislador dictó las leyes que se modifican. La disposición final tercera, en su segundo párrafo, precisa que la modificación introducida en el artículo 375 LECrim se realiza al amparo de lo dispuesto en las reglas 5ª y 6ª del artículo 149.1 CE. Los títulos competenciales invocados se estiman adecuados y suficientes.

**TRIGESIMOCUARTA.-** La disposición final cuarta atribuye a la ley el carácter de ley ordinaria. La atribución de este carácter se considera adecuada, pues aunque modifica preceptos de sendas leyes orgánicas -la LOPJM y la LOEX-, las modificaciones introducidas no afectan al núcleo orgánico de las normas, teniendo por finalidad coherencia su contenido con la regulación del nuevo procedimiento de determinación de la edad.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Secretaría General

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid, 31 de marzo de 2023.

José Luis de Benito y Benítez de Lugo  
Secretario General  
*(firmado electrónicamente)*