

## **RESUMEN DESCRIPTIVO TESIS DOCTORAL**

El objeto de la Tesis Doctoral, es el procedimiento para la determinación de la edad del Menor Extranjero no Acompañado (MENA). Estamos ante uno de los temas más controvertidos y delicados del Derecho de Extranjería. Prueba de ello son las constantes críticas que desde su origen se han formulado por la sociedad civil representada por ONG, y la doctrina. De ellas, la más importante por su trascendencia y por el órgano del que parte, es la realizada por el Comité de los Derechos del Niño en el informe publicado el 5 de marzo de 2018, tras el examen realizado a España a finales de enero de 2018. En el apartado 44 el Comité manifiesta que *“muestra su seria preocupación que de acuerdo a la legislación española sea el Ministerio Fiscal el encargado de determinar la edad de los MENA”*. Esta observación viene a refrendar una de las conclusiones de esta Tesis Doctoral.

El Comité guarda silencio sobre los motivos y fundamentos que le llevan a realizar esta observación, y tampoco formula ninguna recomendación, pues no es su función. En esta Tesis Doctoral, sí se hace una labor que permite identificar los motivos por los cuales el Ministerio Fiscal no debería ser el órgano competente para adoptar esta decisión y además se proponen unas bases para arbitrar un nuevo modelo. La experiencia práctica constata que el procedimiento para la determinación de la edad, adolece de una adecuada regulación jurídica y además las resoluciones de los tribunales, cuando tienen la oportunidad de pronunciarse son contradictorias. Ese procedimiento puede ser mejorado o incluso sustituido por un nuevo modelo, como concluye la Tesis Doctoral.

La hipótesis del trabajo es la siguiente: ¿respeta el actual procedimiento para la determinación de la edad en España los derechos del niño teniendo en cuenta los intereses que conviven en el mismo, esto es, el interés superior del menor y el interés del estado en el control de sus fronteras? Para contestarla, la Tesis se estructuró en dos líneas de estudio: una primera, de contenido material y relativa al plano de los derechos que debían ser garantizados y reconocidos en atención al sujeto sobre el que recae la decisión, esto es, el menor; y una segunda línea de contenido netamente procedural y en la que se analizaron las cuestiones probatorias, la competencia y el procedimiento. Pero, también fueron analizadas dos cuestiones previas necesarias para poder entender el alcance del objeto del estudio, a las que se dedicó los dos primeros capítulos.

La primera de esas cuestiones afectó al examen cuantitativo y cualitativo del fenómeno de las migraciones de menores en España, así como el acomodo del procedimiento en el sistema competencial español. España vivió en la primera década de este siglo una masiva llegada de personas procedentes del Magreb y el África subsahariana occidental que migraban con una única finalidad: buscar una vida mejor, eran fundamentalmente inmigrantes económicos.

En este contexto, España tuvo que articular un procedimiento para la determinación de la edad de éstos del que carecía, y que el legislador entendió que afectaba a una cuestión de extranjería, y que conforme al sistema competencial recogido en el art. 149.1.2º de la CE fue atribuido al Estado, regulándolo en la LOEX. Las consecuencias jurídicas de esta primera decisión que el Estado tenía que adoptar sobre estas personas, tenían una enorme trascendencia en su situación administrativa

en España: si se estaba ante un menor de edad, se establecía un sistema privilegiado para permanecer en España en situación regular y en consecuencia se le consideraba acreedor de la protección que se le otorga a cualquier menor sin importar su nacionalidad. Si por el contrario se determina su mayoría de edad se procede a su devolución, con un posible internamiento en un CIE, y si la misma no se puede materializar, se aboca a la persona a una situación de irregularidad administrativa en España. Hemos de poner además de relieve que en cuanto que menores, extranjeros y no acompañados, nos encontramos frente a un colectivo minoritario y en consecuencia, extremadamente vulnerable. En un Estado Social y Democrático de Derecho, es precisamente el Estado quien debe a través del escrupuloso ejercicio del poder, fomentar y proteger decididamente los derechos de estas minorías. Es éste uno de los motivos por los que el procedimiento para la determinación de la edad de los menores extranjeros, en cuanto dependiente de la administración, debería evitar cualquier situación que permitiera aumentar su vulnerabilidad, proporcionándoles la adecuada protección de la que son acreedores, independientemente de quien sea el órgano competente según nuestro sistema competencial para ello. Y esto es así porque el deber de dar protección a los menores deriva de uno de los pilares básicos del derecho de menores: el interés superior del menor, que encuentra en nuestro ordenamiento jurídico respaldo constitucional y legal.

La segunda de esas cuestiones previas fue la relativa al estudio jurídico y completo de MENA. El concepto legal de MENA en España se recoge en el art. 189 del RD 577/2011, pero éste se aleja incomprensiblemente de la definición jurídica que quedó consolidada en la UE desde la Directiva 2001/55/CE y que se considera adecuada y correcta pues reúne todos los elementos que caracterizan a este menor. Al realizar el estudio sistemático del concepto de MENA, y concretamente al examinar el concepto de menor de edad, y su capacidad, se llega a la conclusión que de acuerdo a las modernas teorías civilistas sobre la capacidad de obrar, que amparan nuestra legislación, y ha sido refrendadas por las SSTC, 183 y 184/2008, el MENA tiene madurez suficiente para, de acuerdo al concepto de capacidad progresiva poder intervenir por sí mismo en el procedimiento, bien se opte por un modelo administrativo o bien judicial.

El ordenamiento jurídico regula en el art. 35.3 de la LOEX y en el art. 190 del RD 577/2011 el procedimiento para la determinación de la edad de los MENA. Sin embargo en el año 2015, tras la reforma de la LOPJM (L 26/2015), se introduce el art. 12.4 que vino a recoger un supuesto de hecho específico que afecta al procedimiento examinado, pues permitió dar cobertura legal a la posibilidad de dudar de la edad de aquellos menores que estaban documentados con un pasaporte auténtico y que vino a cristalizar en la ley, los recelos que desde los tribunales y la fiscalía se habían mantenido respecto de los pasaportes expedidos por determinados países que eran calificados como no fiables, situando al menor en una grave situación probatoria, pues éste no tenía otra forma de probar ni su identidad ni consecuentemente su edad. Esta reforma legal, rompe la unidad del procedimiento para la determinación de la edad, que debe ser único y servir para cualquier supuesto de hecho que se presente.

En este marco legal se analiza cuál es la posición que ocupa el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones sobre MENA de 2014. La previsión legal del Protocolo se recoge en el art. 190 del

RLOEX, como un instrumento que coordinara las actuaciones de los distintos agentes que participaran en el procedimiento. El propio Protocolo en el apartado primero viene a determinar que uno de sus objetivos es servir como “*tipo o patrón de buenas prácticas*”. A pesar de lo que pueda parecer por la eficacia que tiene en la práctica diaria, el Protocolo no es una norma general ni pertenece según el art. 1 del CC a las fuentes del derecho. Y así lo ha mantenido la STS 131/2018 de 31 de enero. No obstante, se ha podido constatar que el Protocolo se excede en el trato de algunos temas de su propio ámbito competencial pues regula cuestiones que deben estar reservadas a una norma de carácter general como la definición de MENA, la regulación del derecho de audiencia del MENA o la valoración de la documentación.

Respecto al análisis de los derechos que deben ser reconocidos y garantizados en el procedimiento fueron objeto de estudio: el interés superior del menor, el derecho a la audiencia y el derecho a la tutela judicial efectiva, haciendo una especial referencia al derecho a la asistencia letrada del MENA durante el procedimiento. Una vez estudiados estos derechos y aplicados directamente al objeto de la investigación se pudo constatar que los mismos no son completamente reconocidos ni garantizados legalmente, alejándose así de los principios básicos de la Convención de los Derechos del Niño.

El estudio de las cuestiones puramente procedimentales, se realizó desde tres planos: el probatorio, el de la competencia y cauce procedural. La determinación de la edad es una cuestión meramente probatoria. De acuerdo con los modernos postulados del derecho comparado, refrendados por las Naciones Unidas y por la UE, la determinación de la edad debe seguir una metodología holística o integral que tenga en cuenta absolutamente todo aquello que pueda servir al órgano decisor para tomar una decisión.

En este sentido fueron objeto de análisis las pruebas que pueden ser utilizadas para tomar la decisión: documentos y pruebas médicas fundamentalmente, así como el papel de la cooperación jurídica internacional. El art. 35.3 LOEX atribuye la competencia para la determinación de la edad de los MENA al Ministerio Fiscal. Inicialmente la LOEX atribuyó esta competencia al Juez de Menores pero unos meses después, el legislador cambió drásticamente su decisión inicial, manteniendo que ésta cuestión no podía criminalizarse, encomendando la competencia a un órgano judicial perteneciente a la jurisdicción penal. Analizados los trabajos preparatorios de la LO 8/2000 el legislador no se pronunció sobre los motivos por los que se atribuyó ni la competencia inicial al juez, ni tampoco porqué se le atribuyó a un órgano que no pertenece al poder judicial, cambiando así radicalmente su criterio. La única motivación encontrada fue que “con el Ministerio Fiscal se dotará de mayor seguridad jurídica al procedimiento”. El MF es un órgano constitucional y de carácter estatal y si bien se regula en el Título VI de la CE relativa al Poder Judicial, no forma parte éste, pero sí coadyuva en la Administración de la Justicia. Y aunque es un órgano estatal no forma parte de la Administración General del Estado. Las funciones del MF, se recogen en el art. 124 CE que establece que le corresponde “*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 éstos la satisfacción del interés social*”. Es el art. 3 del EOMF el comprobamos como todas ellas están

relacionadas con un proceso judicial, excepto la última, que es una cláusula de atribución general de competencia y en la que se fundamenta la competencia del Fiscal para el procedimiento que estudiamos. Es desafortunada esa cláusula de atribución general de competencia, pues desvirtúa la verdadera función del MF como promotor de la acción de la justicia, al permitir que el MF asuma cualquier tipo de competencia. El ámbito propio de la actuación del MF debe ser el proceso, o bien una actividad preprocesal, de investigación, encaminada a la posibilidad de iniciar un proceso judicial. Ese es el motivo por el que los Decretos del Fiscal, esto es, las decisiones adoptadas por el Fiscal en el marco de investigaciones de carácter preprocesal, no son recurribles. Si el Fiscal no decide ejercer la acción judicial, el ciudadano siempre tendrá abierta la vía para, si tiene legitimación para ello, acudir a los tribunales ejerciendo la correspondiente acción, y si el Fiscal decide ejercer la acción judicial, el ciudadano tendrá derecho a ejercer los recursos judiciales dentro del proceso que estime oportuno. Nunca quedará así cercenado el derecho a la tutela judicial efectiva.

La naturaleza jurídica del proceso para la determinación de la edad, es de carácter administrativo, como lo ha manifestado la STS 2194/2016 de la Sala Tercera. El procedimiento no está encaminado a tomar una decisión que tenga por objeto la promoción de ningún procedimiento judicial. Solo se pretende adoptar una decisión que determinará una situación administrativa del presunto menor. El estudio de la competencia se conjugó con el análisis del marco procedural al que debía acomodarse la actividad del MF, que viene regulada parcialmente en la Circular de la FGE 4/2013.

Las conclusiones de esta Tesis Doctoral pueden servir de bases para un nuevo modelo de procedimiento. Por este motivo entendemos que la misma puede tener una aplicación práctica en el futuro. Estas bases afectarán a las siguientes cuestiones: a) la necesaria participación del MENA en el procedimiento; b) el reconocimiento y garantías en el cumplimiento del interés superior del menor, de su audiencia, de la tutela judicial efectiva y asistencia letrada gratuita y de calidad; c) la necesidad de un sistema holístico y la posibilidad del establecimiento de un orden en la práctica de las pruebas en atención al interés del menor que evite la utilización sistemática de las pruebas médicas invasivas y d) la existencia de un procedimiento garantizado legalmente y de competencia estatal. No se trata de formular una propuesta legislativa sino apuntar dos posibles modelos que pudieran sustituir al actual.

El modelo judicial, en el que el juez (de la jurisdicción civil), sujeto al imperio de la ley (art. 117 CE), asume la competencia para adoptar la decisión. No habrá ningún recelo respecto al interés único que guía su actuación: el superior del menor pues es el que tiene respaldo legal. Pero como desventajas se apuntan dos: una que afecta a la misma esencia del procedimiento judicial basado en el principio dispositivo que obliga a la interposición de una demanda por una parte frente a otra, que obligaría al presunto menor a interponer una demanda frente al Estado, o bien al Estado interponer una demanda contra el presunto menor. Y la segunda, en materia probatoria, pues el juez, no podrá ordenar por sí mismo la práctica de prueba alguna, pues solo está previsto para determinados procedimientos civiles. El segundo modelo es el administrativo donde sería la Administración General del Estado quien debería tomar la decisión. Este modelo encaja en la tendencia a la desjudicialización de la toma de decisiones, descargando así a la jurisdicción, que deberá siempre y en todo caso realizar el control de las decisiones. La desventaja de este modelo

radica en los recelos que pueden surgir respecto al interés que subyace en las decisiones de la administración. Conforme al art. 103.1 de la CE, la administración actúa bajo el sometimiento pleno a la ley y al derecho. Este sometimiento al derecho permite a la administración servir a los intereses generales y llevar así a término los criterios de oportunidad política, y el control de las fronteras participa de ese carácter de oportunidad.

Pero el interés superior del menor es un interés con respaldo legal, y además es superior a cualquier otro. Las decisiones administrativas deben estar sujetas al control judicial, que a la postre únicamente está sujeto al imperio de la ley por lo que cualquier hipotética desviación o arbitrariedad en la actuación de la administración en este sentido quedaría corregido judicialmente. La determinación de la edad, es una potestad reglada, pues solo existe una edad, y por tanto una respuesta jurídicamente aceptable. La consecuencia de esta afirmación es que el control judicial de la decisión es completa, de forma que el juez podrá valorar no solo la decisión tomada, sino también la prueba practicada sin estar vinculado a la valoración que de la misma hubiera hecho el órgano administrativo. Se considera así que el modelo administrativo, siempre que el procedimiento esté legal o reglamentariamente previsto como otra garantía, cumpla los derechos que hemos expuesto y permita el control judicial de la decisión, es un modelo más adecuado que el judicial para la toma de una decisión que necesita de agilidad y celeridad, tal y como mantiene el propio comité de los derechos del niño en la Observación General n.<sup>o</sup> 6.