

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 23 Y 24 DE SEPTIEMBRE DE 2014  
(3818/2014 Y 3817/2014)**

**Valor de la documentación que aportan  
los jóvenes extranjeros cuando dicha documentación  
pudiera no conciliarse con la realidad física**

Comentario a cargo de:  
María Asunción Cebrián Salvat  
Becaria FPU - Séneca de Derecho internacional privado

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 23 Y 24 DE SEPTIEMBRE DE 2014**

**ID CENDOJ:** 28079119912013100014

**ID CENDOJ:** 28079119912014100013

**PONENTE:** *EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA*

**Asunto:** Menores extranjeros no acompañados. Valor de la documentación que portan los menores cuando dicha documentación contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad física del individuo.

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Síntesis de la posición del Tribunal Supremo. 5.2. Aciertos de las STS de 23 y 24 de septiembre de 2014. 5.3. Cuestiones no resueltas por el TS. 5.4. Reflexiones finales. 6. Bibliografía utilizada.

## **1. Resumen de los hechos**

En la STS de 23 de septiembre, la demandante, una joven de nacionalidad ghanesa, se opone a la resolución dictada por la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia del Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Cataluña (DGAIA) por la que se le consideraba como mayor de edad y en consecuencia se acordaba el cese del ejercicio de funciones tutelares y de la guarda otorgada a la directora de su centro de acogida, así como el cierre del expediente de amparo de la joven. Dicha resolución es tomada a partir de la realización a la joven de unas pruebas médicas, a pesar de estar la misma en posesión de documentación que indicaba que era menor de edad en la fecha de dicha resolución.

En la STS de 24 de septiembre se trata de un joven de nacionalidad guineana, respecto al que igualmente se acordó el cese de la intervención de la correspondiente autoridad de protección de menores, en este caso, el Consejo del Menor de Álava (CMA). Como en el caso anterior, dicha resolución es tomada a partir de la realización de unas pruebas médicas, a pesar de estar el joven en posesión de un pasaporte que indicaba que era menor de edad.

## **2. Soluciones dadas en primera instancia**

Respecto a la primera de las Sentencias, el Juzgado de Primera Instancia dictó auto acordando el archivo del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto ya que, oficialmente según su pasaporte, la demandante era mayor de edad desde el 15 de mayo de 2010. El auto fue revocado por la Audiencia Provincial, que acordó seguir con el procedimiento en Primera Instancia. La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda de la joven y declaró nula la resolución de la DGAIA. Ante esta resolución, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación.

Respecto a la segunda Sentencia, el Juzgado de Primera Instancia da en cambio la razón a la autoridad protectora, desestimando la demanda del joven guineano. Ante esta resolución, la representación procesal del joven presentó recurso de apelación.

## **3. Soluciones dadas en apelación**

En la apelación que antecedió a la STS de 23 de septiembre, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal, confirmando la resolución de la DGAIA. Mantuvo el criterio que venía expresando en anteriores resoluciones sobre la cuestión debatida

de que no ha de pronunciarse sobre la validez del documento aportado sino valorar la eficacia probatoria del mismo para determinar la edad del menor. En consecuencia, considera que los documentos aportados por la joven, un pasaporte y un certificado de nacimiento de Ghana, no tienen la consideración de documento público pues no existe convenio con dicho país ni están legalizados.

Además, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó (i) que fue justificada la práctica de la pericial médica de la que se dedujo que la edad mínima de la joven era de dieciocho años, por lo que no gozaría de la protección dispensada en España a los menores extranjeros en situación de desamparo y (ii) que el conjunto de las pruebas periciales ofrecía la suficiente fiabilidad como para afirmar la mayoría de edad sin que hubieran quedado desvirtuadas por el certificado de nacimiento y el pasaporte, emitidos por la autoridades de Ghana apenas un mes antes de la presentación ante las autoridades españolas.

En cuanto a la apelación que antecedió a la STS de 24 de septiembre, la postura de la Audiencia Provincial de Vitoria fue precisamente la contraria: ésta dictó sentencia en la que estimaba el recurso interpuesto por el joven guineano y declaraba que el mismo era menor de edad cuando se dictó la resolución del CMA, pues su edad constaba en su pasaporte, un documento público que en principio ha de considerarse veraz.

#### **4. Los motivos de casación alegados**

El primero de los recursos de casación se interpone por la representación de la joven ghanesa contra la mencionada sentencia de apelación. El recurso se desarrolló en torno a un único motivo, la infracción del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería) y del artículo 190.2 del Real Decreto 557/2011, que lo desarrolla. Según el mencionado artículo 35, cuando se localice a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le ha de dar por los servicios competentes de protección de menores la atención inmediata que precise, hasta que el Ministerio Fiscal disponga la determinación de su edad a través de las pruebas médicas oportunas.

En el segundo caso, se interponen sendos recursos de casación por la representación del CMA y por el Ministerio Fiscal. En éstos, además de la infracción del mencionado art. 35 de la Ley de Extranjería se alega la infracción de los artículos 319, 323 y 352 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la fuerza probatoria de los documentos públicos. La apelación en relación a los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se considera improcedente al tratarse de cuestiones procesales, por lo que en ambos casos en TS se centra en la casación del artículo 35 de la Ley de Extranjería.

En definitiva, en ambos recursos se solicita al TS que se pronuncie sobre la aplicación de este artículo 35 cuando el menor no se haya indocumentado y que resuelva el problema tratado de forma contradictoria en las Audiencias Provinciales de determinar el valor de la documentación que portan los menores cuando dicha documentación contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad, es decir, que parecen contradictorios con la compleción física del o de la joven.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. Síntesis de la posición del Tribunal Supremo

El TS resolvió los recursos de casación presentados contra las citadas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales de Barcelona y de Vitoria aplicando la misma doctrina jurisprudencial.

De manera sintética, conviene recordar que las dos STS sostuvieron lo siguiente:

(i) 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 salvo que exista una “justificación razonable”;

(ii) 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;

(iii) 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.

### 5.2. Aciertos de las STS de 23 y 24 de septiembre de 2014

Las STS de 23 y 24 de septiembre de 2014 enfocan muy correctamente la cuestión de la procedencia o no de la realización de las pruebas médicas y establecen como principio general que las mismas no han de realizarse a los menores documentados. Muy acertadamente, el TS justifica su postura en los siguientes argumentos:

1) *Si la documentación de la persona ha sido válidamente expedida en su país de origen dicha documentación es en principio válida en España.* Como indica el TS, el pasaporte es un documento expedido por las autoridades públicas del país de

origen de la persona. Su validez no se ha de ajustar por lo tanto a las normas españolas sobre documentos públicos, sino a los requisitos exigidos en el país de origen, siempre que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular (STS 23 septiembre 2014, FD 1.1; STS 24 septiembre 2014, FD 2.1). Con esta postura el TS muy acertadamente establece que el mecanismo jurídico que se ha de utilizar para determinar la validez de los documentos de identidad extranjeros es el del “reconocimiento”, no el de la “Ley aplicable”, es decir, no se ha de aplicar la Ley española para determinar si dichos documentos son o no son válidos, sino que se han de reconocer como válidos los documentos que hayan sido creados conforme a la normativa de su país de origen, salvo que vulneren los principios fundamentales del ordenamiento español. En este caso, el TS concreta estos principios fundamentales en que el documento contenga “datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular”. Esta solución no nacionalista es la más adecuada porque (i) favorece a las personas, que podrán circular con mayor facilidad pues sus documentos de identidad solamente tendrán que cumplir con los requisitos de validez de su país de origen y (ii) es la solución más acorde con la propia finalidad de estos documentos identificativos, es decir, facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el propio.

2) *La validez de dichos documentos se comprueba en el momento la entrada de la persona en España.* El TS acertadamente indica que, de acuerdo con el art. 25.1 de la Ley de Extranjería, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de documento de viaje que acredite su identidad que se considere válido para tal fin. (STS 23 septiembre 2014, FD 1.2; STS 24 septiembre 2014, FD 2.2). De acuerdo con esto, el TS parece indicar que el documento de identificación de la persona que no ha sido invalidado o impugnado goza de una “presunción de validez” que no puede ser ignorada por las instituciones de protección de menores (STS 23 septiembre 2014, FD 1.3; STS 24 septiembre 2014, FD 2.3). Esta solución es la más adecuada pues son los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que se encuentran en los puntos fronterizos quienes cuentan con los mejores medios para comprobar la validez de dichos documentos. Esta postura es además conforme con el buen funcionamiento de las instituciones de protección ya que les ahorra costes, pues en principio no han de entrar a valorar la validez del documento identificativo de las personas que les son remitidas.

3) *Si una persona es considerada como menor de edad por su documento de identidad no se le puede considerar como indocumentada y por lo tanto no puede ser sometido automáticamente a pruebas complementarias para la determinación de su edad.* Según el TS, y en base a dicha presunción de validez, no se puede someter de forma automática a las pruebas de determinación de la edad a aquellas personas cuyos documentos de identidad señalen su minoría de edad (STS 23 septiembre

2014, FD 1.3; STS 24 septiembre 2014, FD 2.3). Esta solución es la única de las posibles que respeta el espíritu y la regulación sustantiva del art. 35.3 de la Ley de Extranjería cuya casación se solicita. Dicho precepto está previsto para las personas indocumentadas, y un inmigrante con un pasaporte o documento equivalente de identidad cuya validez no ha sido impugnada y que no ha sido invalidado por ningún organismo competente no es un indocumentado.

4) *Estas personas podrán ser sometidas a dichas pruebas si las autoridades justifican adecuadamente que su documento de identidad no es fiable.* De acuerdo con lo anterior, el TS establece que la “presunción” de validez del documento identificativo es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. De esta forma, en los casos en que se justifique que dicho documento no es fiable podrán realizarse aquellas pruebas. Esta solución es también un acierto, pues se trata de una solución realista que además tiene en cuenta los intereses del joven objeto de protección. Esta postura reconoce que hay personas que no entran a España por los controles fronterizos, o que en éstos puede haberse pasado por alto la falta de validez del pasaporte, por lo que pueden encontrarse en España jóvenes con documentos de identidad que no sean válidos, o que simplemente no les pertenezcan, que no hayan podido ser controlados a su entrada en el país. En los casos en que las autoridades de protección se percaten de esta posible falta de fiabilidad, el TS permite a estas autoridades, siempre que justifiquen esa falta de fiabilidad, solicitar la realización de dichas pruebas. Pero antes de la solicitud, y como se verá a continuación, el TS invita a efectuar un juicio de “proporcionalidad” sobre dichas pruebas.

5) *Aunque existan dudas razonables sobre la fiabilidad del documento que puedan ser justificadas, la solicitud de la realización de las pruebas ha de efectuarse siempre tras un “juicio de proporcionalidad” en que las autoridades de protección sopesen las consecuencias de la realización de dichas pruebas en el caso concreto* (STS 23 septiembre 2014, FD 1.3; STS 24 septiembre 2014, FD 2.3). Pese a que la STS no lo indica expresamente, este juicio de proporcionalidad tendrá que sopesar las circunstancias en que se encuentra el joven y las consecuencias que tendrían la realización de las pruebas y la declaración por las mismas de la mayoría de edad. Así, por ejemplo, si la documentación establece que la mayoría de edad se alcanzará en pocos meses o semanas no parece que sea proporcionado someter al joven a las pruebas médicas, sino que sería más conveniente esperar a que pase ese tiempo para declararlo mayor de edad. Esta interpretación es acertada pues permite a las autoridades valorar en el caso en concreto las posibles consecuencias de la realización de las pruebas médicas y decidir lo más conveniente en interés del joven y posible menor.

6) *En cualquier caso, cuando la duda sobre la edad se base únicamente en la apariencia física de la persona esta ha de resolverse en favor de considerarle menor de edad y por lo tanto no se han de realizar las pruebas, sobre todo si son invasivas.* Con esto el TS

va más allá que el objeto de la casación, pues hace referir esta consideración tanto a los casos de menores con documentación no fiable como a los menores indocumentados (STS 23 septiembre 2014, FD 1.4; STS 24 septiembre 2014, FD 2.4). De acuerdo con lo anterior, para que puedan realizarse las pruebas médicas, además de la apariencia física del joven, las dudas han de basarse en otros indicios. Estos indicios, que el TS no nombra, podrían concretarse en la recomendación de la Fiscalía General del Estado en relación a estos casos (Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, apdo. IV-1), que se refiere al resultado de realizar las correspondientes las comprobaciones con las autoridades de los países de origen de los jóvenes en relación a su validez y a las circunstancias de su tramitación. Con este refuerzo de los requisitos para poder realizar las pruebas médicas, el TS intenta asegurar que ningún menor sea considerado como mayor de edad sin serlo realmente. Para justificar esta postura, el TS se basa en dos argumentos: (i) las pruebas médicas tienen un margen de error considerable y pueden resultar traumatizantes; y (ii) en todo caso ha de prevalecer el interés superior del posible menor, que debe ser el principio rector de los Estados en este ámbito, y no las políticas de inmigración (STS 23 septiembre 2014, FD 1.5; STS 24 septiembre 2014, FD 2.5). Esta solución parece la acertada sobre todo si se tienen en cuenta las consecuencias de considerarle mayor de edad, que son el cierre de su expediente de protección y el desentendimiento sobre ese joven. Este desentendimiento, junto a la situación desventajosa que ya es la inmigración supone dejarle en situación de desamparo y aumentar exponencialmente su riesgo de exclusión.

7) *Dado que no se justificó la duda sobre la fiabilidad de su documentación, y que no se realizó juicio de proporcionalidad alguno, tanto la joven ghanesa como el joven guineano debieron haber quedado bajo la protección de las autoridades pues disponían de documentación expedida en su país de origen que acreditaban su minoría de edad (STS 23 septiembre 2014, FD 1.6; STS 24 septiembre 2014, FD 2.5 in fine).* El TS aplica sus argumentos a los casos que le han sido sometidos y estima que la realización de las pruebas y el cierre del expediente de la joven ghanesa y del joven guineano no fueron conformes a Derecho, adoptando así una acertada postura favorable al principio del interés superior de esos jóvenes, que en el momento podían haber sido menores de edad.

### 5.3. *Cuestiones no resueltas por el Tribunal Supremo*

Como se ha indicado, la solución del TS es a todas luces acertada pues va en beneficio del interés del posible menor. Esta es además bienvenida en una situación en que las distintas comunidades autónomas seguían criterios distintos que podían vulnerar los derechos de los posibles menores. A pesar de ello, existen algunas cuestiones que el TS deja sin resolver y que, dicho esto con el mayor respeto, habría sido conveniente abordar para terminar de clarificar la



interpretación del art. 35.3 de la Ley de Extranjería objeto de casación en las STS de 23 y 24 de septiembre 2014. Estas cuestiones son las siguientes:

1) *Relación de la mayor o menor edad del menor con la activación de las medidas de protección.* El TS se refiere en todo momento a la acreditación de la “menor edad” de los jóvenes. Sin embargo, y dado que se trata de extranjeros, esta expresión hubiera requerido de una mayor aclaración. Aunque la mayoría de edad en España comienza a los dieciocho años cumplidos (art. 12 CE y art. 315 CC), esta norma solamente es de aplicación para los sujetos de nacionalidad española y no para los extranjeros. Para éstos, su mayor o menor viene determinada por su propia Ley nacional (art. 9.1 CC). Por ello, habría sido más adecuado hacer referencia a la “menor edad de la joven conforme a su Ley nacional”. En este caso, la mayoría de edad ghanesa y guineana coinciden con la española, pero no siempre ha de ser así (en Albania, por ejemplo, la mayoría de edad se adquiere a los catorce años).

Junto a esta cuestión, es preciso realizar una aclaración. No todos los sujetos extranjeros que sean considerados como menores de edad por su Ley de origen tendrán derecho a las medidas de protección de los menores que se disponen en la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor en su última versión (Ley orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Dicha Ley indica que solamente será aplicable “a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”. De este modo, el límite máximo de edad por el que un sujeto podrá considerarse merecedor de la protección de la Ley orgánica 1/1996 son los dieciocho años, aunque a dicha edad siga considerándose como menor de edad por su Ley nacional. Además, un menor de dieciocho años que haya sido considerado como mayor de edad por su Ley nacional tampoco tendría derecho a las mencionadas medidas de protección. Por ejemplo, un joven albanés de 15 años ha de ser considerado como mayor de edad en España y por lo tanto no tiene derecho a medidas de protección. En este punto, el TS debería haberse pronunciado de manera expresa y en contra del criterio manifestado por la mencionada Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, que establece con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años, basándose en que la carga de la prueba del Derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (art. 281 CC). Si bien es cierto que esa norma sobre la carga de la prueba es aplicable a los procedimientos administrativos, también lo es que en estos procedimientos quien ha de invocar el Derecho extranjero ha de ser la propia Administración, a quien le correspondería por lo tanto probar dicho Derecho.

2) *Falta de concreción de los indicios que pueden servir para justificar de forma razonada la falta de fiabilidad de la documentación, dado que la apariencia física del joven no es suficiente.* Como se ha indicado anteriormente, las Sentencias no



indican cuáles podrían ser los indicios que pueden servir para dudar de la fiabilidad de la documentación, más allá de indicar que no es suficiente la mera apariencia física del menor. Como se ha indicado, parece que lo más pertinente sería el contacto con las autoridades de origen para informarse sobre la validez de la documentación y las circunstancias de la expedición de la misma.

3) *Falta de aclaración de la autoridad que en la práctica ha de justificar de forma razonada la existencia de esas dudas razonables de la fiabilidad de la documentación.* De acuerdo con los protocolos de coordinación de las administraciones públicas protectoras, los jóvenes sobre cuya edad existen dudas son puestos a disposición del Ministerio Fiscal para que éste dictamine las prácticas de las pruebas médicas pertinentes. Teniendo esto en cuenta, las Sentencias no aclaran qué papel han de tener las autoridades de protección y el Ministerio Fiscal en relación a dicha justificación y a las averiguaciones previas. Ante el silencio de éstas, la postura que más se adecúa a dichos protocolos es que dichas averiguaciones y la justificación se elaboren por las autoridades de protección y se valoren por el Ministerio Fiscal a efectos de dictaminar o no la práctica de las pruebas.

4) *Falta de concreción de la autoridad que ha de realizar el “juicio de proporcionalidad” sobre si conviene someter o no al joven a las pruebas médicas a pesar de que existan tales indicios de falta de fiabilidad de su documentación.* Tampoco el Tribunal Supremo se pronuncia sobre este punto, si bien la lógica también impone que dicho juicio de proporcionalidad haya de ser realizado por las autoridades de protección una vez hayan recogido los indicios sobre la falta de fiabilidad de la documentación.

5) *No aclaración sobre en qué consiste este “juicio de proporcionalidad” que ha de ser realizado en interés del menor.* De nuevo en este punto el TS utiliza conceptos jurídicos indeterminados que dejan demasiado campo de actuación a las autoridades de protección de las comunidades autónomas.

#### 5.4. Reflexiones finales

Con esta sentencia el TS toma postura y se sitúa donde le corresponde, del lado del interés superior del posible menor. El TS amplía así un principio general inspirador de nuestro ordenamiento, el del interés superior del menor, para incluir en él también a los “posibles menores”. Como indica el propio TS, este principio ha de prevalecer sobre las políticas de inmigración que puedan estar vigentes en los distintos Estados.

En cualquier caso se echa de menos una mayor “materialización” en ejemplos concretos sobre cómo llevar a cabo esas cautelas destinadas a garantizar ese interés superior del posible menor. Conceptos indeterminados como “duda razonable” o “juicio de proporcionalidad” siguen dejando a las autoridades de las distintas comunidades autónomas un considerable margen de actuación.

## 6. Bibliografía utilizada

- ADROHER BIOSCA, “Menores extranjeros en España. Marco jurídico general y nuevos desafíos” en LÁZARO GONZÁLEZ / CULEBRAS LLANA (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho. IV Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, pp. 23-73.
- Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.
- ESPINAR VICENTE, *La extranjería en el sistema español de DIPr.*, Granada, TAT, 1987, pp. 14-20.
- *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 189-212.
- GARIMENDI GONZÁLEZ ET AL., “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España (2010)”, *Revista española de medicina legal*, vol. 37, n. 1, enero-marzo 2011, pp. 22-29.
- Human Rights Watch, *España y Marruecos. Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes*, Mayo, 2002.
- LÁZARO GONZÁLEZ, “Menores extranjeros no acompañados. La situación en España”, *Derecho y valores*, vol. X, n. 19, enero-junio 2007, pp. 149-162.
- *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.
- LÓPEZ AZCONA, “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 17, 2008, pp. 103-134.