

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **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.**

Referencia: FIS-Q-2009-00001

---

#### **I. ANTECEDENTES**

Son abundantes los textos legales vigentes que obligan a los poderes públicos a dispensar un especial amparo y protección a los menores de edad no acompañados. Entre ellos, la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, de la Asamblea General de las Naciones Unidas dispone en el artículo 20.1 que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Por su parte, la determinación de la identidad de los menores viene siendo objeto de tratamiento específico en muchos textos internacionales. Así, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, en su artículo 3, sobre garantías mínimas para todos los menores no acompañados establece que los Estados miembros deberían procurar determinar la identidad del menor lo antes posible tras su llegada, al igual que la circunstancia de que no está acompañado. La información relativa a la identidad y a la situación del menor podrá obtenerse de diversas maneras y en concreto mediante una entrevista adecuada con el interesado, que deberá efectuarse lo antes posible después de su llegada y de un modo acorde con su edad. La información recabada deberá registrarse de manera eficaz. La obtención, la transmisión y el almacenamiento de la información recogida deberán efectuarse con sumo cuidado y discreción, sobre todo en el caso de los solicitantes de asilo, al objeto de proteger tanto al menor como a sus familiares. Esta primera información podrá favorecer, en particular, la perspectiva de la reunificación del menor con sus familiares en el país de origen o en un país tercero. En igual sentido, la citada Convención sobre los Derechos del Niño afirma en su artículo 8.2 que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Nuestra normativa interna se hace eco igualmente de tales principios. No en vano, es la propia Constitución Española la que en su artículo 39.4 garantiza la plena efectividad de los mismos al proclamar que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Este artículo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como por el Código Civil, que en su artículo 172 apartado 1 establece que la entidad pública, a la que en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

En la misma línea se encuentra el artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que elevó a rango de Ley lo que hasta entonces sólo era una previsión reglamentaria. En efecto, en la precedente Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y

en su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, apenas existían referencias a los menores inmigrantes. Ante tal tesitura, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se ocupó de los menores inmigrantes en diversos preceptos de su articulado, y muy especialmente, en el artículo 32, relativo a la residencia de menores. Después de la reforma operada en el referido texto legal por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, el indicado precepto pasó a integrar el artículo 35 de la actual Ley Orgánica.

El tratamiento jurídico de los menores extranjeros no acompañados se inicia en nuestro ordenamiento jurídico con el art. 13 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. El Reglamento regulaba la situación de estos menores bajo la claridad de su rúbrica: Menores en situación de desamparo, y disponía que los mismos fueran encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniendo este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Esta regulación se completó con la Instrucción de 11 de noviembre de 1998 emanada simultáneamente de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, y de las Direcciones Generales de la Policía y de Política Interior del Ministerio del Interior.

El vigente artículo 35 de la Ley Orgánica, en sus dos primeros apartados, y bajo el título residencia de menores dispone que:

*1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

*2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.*

Esta materia es motivo de especial preocupación para la Fiscalía General del Estado desde hace años, pues el Estatuto Orgánico y el ordenamiento jurídico en su conjunto atribuyen al Ministerio Fiscal importantes funciones tuitivas en relación con los menores de edad. Esta preocupación se ha manifestado en distintos documentos como las Circulares 3/2001, sobre la actuación de Ministerio Fiscal en materia de extranjería y 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, así como las Instrucciones 2/2001, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la 6/2004, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

## II. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

Antes de entrar en la materia objeto de la Consulta, es preciso indicar que la situación contemplada en el artículo 35 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social surge en un contexto de ausencia de documentación acreditativa de la identidad y/o de la edad del presunto menor, o de exhibición de títulos con indicios de falsedad o generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos, por lo que, existiendo dudas al respecto y no habiendo otros medios para despejarlas, puede ser necesario acudir a la práctica de ciertas pruebas médicas para poder determinar aquélla de modo aproximado.

Dos son las cuestiones esenciales que se derivan del planteamiento de la Fiscalía consultante que, por su relevancia, merecen un pronunciamiento expreso de la Fiscalía General del Estado.

1) Sobre la capacidad de los miembros del Ministerio Fiscal para decidir acerca de la práctica de las pruebas de determinación de la edad, aun en ausencia de consentimiento del menor y, en segundo término, de persistir la negativa a su ejecución, sobre la posibilidad de emplear la coerción física para la realización de las mencionadas pruebas.

Se trata, por tanto, de una cuestión que integra en realidad dos problemas diferentes, aunque relacionados entre sí.

La Fiscalía consultante entiende que no existe ningún obstáculo legal para que los Sras./ Sres. Fiscales ordenen la práctica de la intervención e impongan de modo coactivo su ejecución, por considerar que el empleo de la “vis física” es el último recurso de que disponen, provocado por la injustificada oposición del menor, con la finalidad de evitar que se mantenga un estado de indefinición en cuanto a la concreción de la edad del afectado y la legislación que le es aplicable.

2) Sobre si el Decreto dictado por un Fiscal por el que se determina la edad de un menor puede ser posteriormente modificado; y si tal modificación la puede realizar un Fiscal perteneciente a un órgano territorial diferente del que dictó el primer Decreto de determinación de la edad. Como se puede apreciar, también son en este caso dos las cuestiones que sugiere este planteamiento.

Según la Fiscalía consultante, el problema se genera cuando el menor extranjero no documentado, cuya edad ha sido previamente objeto de determinación por parte del Ministerio Fiscal tras la tramitación del oportuno expediente, presenta posteriormente en otro órgano territorial del Ministerio Fiscal documentos públicos extranjeros de los que se deduce una edad diversa de la fijada en su día por el Decreto correspondiente. En opinión de la Fiscalía consultante, en este caso lo pertinente sería rechazar esta clase de pretensión y remitir al menor solicitante, para solventar la discrepancia, a la Fiscalía en que se dictó el Decreto discutido.

### III. LAS PRUEBAS RADIOLÓGICAS COMO INTERVENCIONES CORPORALES LEVES

El derecho a la intimidad personal, proclamado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, está configurado como un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona a la que se refiere el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna, entrañando la intimidad personal, constitucionalmente garantizada, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988; 179/1991 y 20/1992 ). Sin embargo, es claro que este derecho a la intimidad personal, en cualquiera de sus manifestaciones, puede ceder en determinados casos ante un interés de carácter general, puesto que no existe ningún derecho absoluto e ilimitado, de modo que, cuando dos o más de estos derechos entran en colisión, se puede llegar al sacrificio total o parcial de alguno de ellos como resultado de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias concretas del caso.

Las pruebas radiológicas constituyen, en efecto, una especie de las denominadas por la doctrina “intervenciones corporales”, que la STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, definió -a propósito del proceso penal- como las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. En la práctica de estas pruebas el derecho constitucional que generalmente se verá afectado será el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

En el fundamento jurídico segundo, en esta misma resolución, el Tribunal Constitucional distingue entre intervenciones corporales graves y leves, atendiendo al grado de sacrificio que impongan a este derecho; así, serán leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)

Las intervenciones leves, de mediar el consentimiento de la persona afectada, no exigen la intervención judicial en su ejecución. Así lo ha proclamado el Tribunal Supremo, incluso en el

ámbito penal, donde las consecuencias jurídicas que se pueden derivar para el destinatario de la prueba podrían ser gravemente perjudiciales. Como muestra, la STS de 3 de febrero de 2000, en la que se razona, recogiendo la jurisprudencia sobre la materia, que cuando una persona se somete voluntariamente a una exploración radiológica, solicitada por la Policía Judicial a fin de comprobar si es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni su exploración constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, por lo que, no estando detenida, no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos. En el mismo sentido, pueden citarse, entre otras, las SSTS de 15 de noviembre de 2001, 22 de diciembre de 2005 y de 31 de octubre de 2006, así como los acuerdos adoptados en Junta General de Sala de 5 de febrero de 1999. En todos estos casos, la policía actúa sin necesidad de previa autorización judicial, porque la intervención corporal consistente en la realización de una radiografía se considera una intervención leve, y se cuenta con el consentimiento del sometido a examen.

En consecuencia, estimándose la prueba radiológica una intervención corporal leve que se efectúa a los meros efectos de determinación de la edad, y no existiendo oposición por parte del presunto menor a su práctica, nada impide la realización de la misma sin autorización judicial, siempre que su ejecución sea acordada, al igual que cualesquiera otras pruebas que se estimen necesarias, por el representante del Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las facultades que le corresponden y que en esta materia se concretan a través del precepto objeto de examen.

A este respecto, es importante señalar que, en el supuesto del artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, la intervención del Ministerio Fiscal se justifica tanto por las importantes funciones que ha de desarrollar en materia de protección de menores, específicamente, la de considerar la conveniencia de practicar las pruebas de determinación de la edad, y establecer cuáles de ellas resultan más adecuadas en cada caso a dicha finalidad, como por la necesidad de subsanar las limitaciones que en la capacidad de prestar consentimiento o de apreciar en su plenitud su propia situación fáctica pueden tener los menores de edad no acompañados.

Ello obliga a un especial cuidado por parte del Ministerio Fiscal en la ponderación de la oportunidad de llevar a efecto la práctica de las pruebas de determinación de la edad, mediante la valoración de las circunstancias concurrentes y la búsqueda de la solución menos gravosa para la persona cuya edad se cuestiona.

Ahora bien, cuando quien va a ser sometido a la medida se opone a la realización de la misma, la situación cambia, y en esta coyuntura la actuación de los representantes del Ministerio Fiscal no puede llegar al extremo de suplir el consentimiento del menor. En el mismo fundamento jurídico de la citada sentencia 207/1996 el Tribunal Constitucional explica que según doctrina reiterada de este Tribunal, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (SSTC 120/1990, f. j. 8º, 137/1990, 215/1994 y 35/1996 ). Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (tal y como señalamos en la STC 35/1996, f. j. 3), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular. Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición "sine qua non" para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

Esta doctrina es reafirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, de 24 de septiembre, que recuerda en su fundamento jurídico tercero que el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) protege la inviolabilidad de la persona, no sólo en aquellos

casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también -en lo que ahora interesa- contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular, por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento.

Como se puede apreciar, el posible riesgo para la salud pasa a un segundo plano, desplazado por la necesidad de que el afectado por la medida preste en todo caso su consentimiento a la ejecución de la misma, para salvaguardar su derecho a la integridad moral, el cual protege a la persona precisamente contra todo tipo de intervención en el cuerpo que carezca de la autorización del titular. Por ello, en caso de negativa del presunto menor a someterse a la realización de la prueba radiológica o de cualquier otra prueba médica que afecte a ese mismo derecho, el Fiscal no puede imponer su práctica, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor.

En cualquier caso, sobre el consentimiento del menor, debe recordarse el derecho del mismo a ser oído si tiene suficiente juicio, como apuntan la STC 71/2004, de 19 de abril; el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; el art. 12 Convención de los Derechos del Niño; el art. 92,4 Reglamento de Extranjería, y el artículo 9,3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece que el menor que ha cumplido doce años debe ser oído y que no cabe el consentimiento por representación una vez alcanzada la edad de 16 años.

#### **IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL JUICIO DE PONDERACIÓN**

Es preciso detenerse en el análisis del principio de proporcionalidad porque, aunque esta doctrina ha sido desarrollada a propósito de la ponderación que debe tenerse en cuenta en las resoluciones judiciales que acuerden una intervención corporal, también ha de tenerla presente el Fiscal que ha de tomar una decisión en esta materia. Aquél se consagra como un principio general que puede inferirse de diversos preceptos constitucionales, en especial, de la proclamación del Estado de Derecho en el art. 1.1 CE y de la remisión por parte del art. 10.2 CE a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de modo que el citado principio se configura como una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite ante cualquier injerencia estatal. Su ámbito de aplicación por excelencia es el de los derechos fundamentales, de manera que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a una valoración negativa desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (STC 49/1999, de 5 de abril).

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple determinados requisitos o condiciones; concretamente debe valorarse si la medida en cuestión es adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, resulta necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; es decir, el carácter imprescindible de la misma, por no disponerse de otras menos lesivas y con igual aptitud para lograr el fin propuesto (juicio de necesidad); y, finalmente, ha de analizarse si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), o dicho de otro modo, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar.

Finalmente existen otras exigencias específicas establecidas por la jurisprudencia constitucional, derivadas del derecho a la integridad física y moral recogido en el artículo 15 de la Constitución Española, a las que es preciso hacer mención:

- a) Nunca podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla, un riesgo o quebranto no desdeñable para su salud.

b) La ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar siempre por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá disponer de la preparación especializada correspondiente en el supuesto de intervenciones graves que por sus características así lo requieran.

c) Finalmente, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10,1 y 15 CE). (FJ 5º de la STC 207/1996).

Esta misma doctrina la recoge también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintas resoluciones como la sentencia de 29 de abril de 1976 (caso Handyside), las sentencias de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass y otros), así como la de 26 de abril de 1979 (caso Sunday Times) y la de 25 de marzo de 1983 (caso Silver y otros), de las que se concluye que para admitir cualquier limitación de los derechos y libertades no sólo es necesario que el medio utilizado sea el menos gravoso de todos los posibles, sino también que la forma de utilización del mismo sea proporcionada en sentido estricto a los fines perseguidos.

El Tribunal Constitucional alemán, que ha influido sensiblemente en esta materia en la doctrina constitucional española, razona al respecto que, para poder responder al interrogante de si una concreta medida de intervención estatal es proporcionada, ha de establecerse, con carácter previo, la finalidad que con ella se persigue. Desde ese planteamiento, la medida será adecuada si se muestra causal para conseguir esa finalidad o si al menos la promueve; la medida será necesaria si no está disponible otro medio menos lesivo con la misma idoneidad, o más exactamente, si no existe ningún otro medio igualmente apropiado (o incluso más apropiado) para alcanzar ese fin y que a la vez sea menos lesivo para el afectado por ella; finalmente la medida será razonable –o proporcional en sentido estricto- sólo si los perjuicios unidos a la misma no guardan relación con las ventajas que produce, lo que exigirá una ponderación total de los costes y de los beneficios, teniendo en cuenta todos los preceptos constitucionales, especialmente los referentes a los derechos fundamentales en litigio (BVerGE 35, 382, 400 y ss; 23, 127, 133).

Como quiera que esta doctrina ha sido desarrollada para los supuestos de intervenciones acordadas con ocasión del proceso penal, es preciso realizar las adaptaciones necesarias para su adecuación al ámbito que nos ocupa, referido a la determinación de la edad de un menor extranjero no acompañado respecto del que no se realiza imputación de hecho punible alguno.

El fin constitucionalmente legítimo que justifica en estos casos la intromisión corporal es el interés del Estado en determinar la edad de las personas que se encuentran en su territorio, teniendo en cuenta las diferentes consecuencias jurídicas que de ello se pueden derivar y que se concretan, en relación con los menores de edad, en el establecimiento de medidas de protección en tanto no hayan alcanzado la mayoría de edad, como consecuencia de la obligación de especial amparo y protección que en relación con los menores de edad asignan al Estado tanto los instrumentos internacionales como la Constitución y sus normas de desarrollo, textos a los que hemos hecho mención en el primer apartado de esta consulta.

Por su parte, el juicio de idoneidad y de adecuación de la medida al objetivo propuesto, se supera fácilmente si consideramos que, dentro de sus limitaciones, las pruebas radiológicas son, junto con otras más complejas como la ortopantomografía, unas de las más fiables en el actual desarrollo de la ciencia médica, dado que, aunque ninguna aporta unos resultados absolutamente determinantes, ofrecen una horquilla de edad, dentro de la cual, en caso de duda, habrá que inclinarse por la más baja, esto es, la más favorable a la persona cuya edad ha de determinarse. Por otra parte, sobre el juicio de necesidad, ha de tenerse en cuenta que, en la actualidad no existe otra medida más moderada para la consecución del objetivo con igual eficacia, puesto que la alternativa a esta prueba sería un reconocimiento físico por un médico, comprensivo del peso y la talla, el índice de masa corporal, estructura ósea y muscular, el sistema piloso, las características de la voz (en varones) y los signos evolutivos de maduración sexual, cuyos resultados en conjunto son mucho menos fiables.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también resulta superado, ya que el riesgo médico de la prueba, aunque existente, es residual, y la misma no produce dolor alguno

al sometido a la intervención, razones por las que, en una contemplación global, origina más beneficios que perjuicios, al permitir determinar con relativa exactitud la edad del presunto menor, y el régimen jurídico que le es aplicable, sin generar inconvenientes dignos de mención a quien es sometido a esta leve intervención.

## **V. ALGUNAS INDICACIONES SOBRE CÓMO HAN DE PROCEDER LOS SRES./SRAS. FISCALES EN ESTA MATERIA**

Como se puede deducir de lo expuesto hasta ahora, ha de distinguirse el supuesto en que el presunto menor acepta someterse a las pruebas de determinación de la edad, de aquel otro en que se niega a dar su consentimiento para la práctica de las mismas.

En cualquier caso es importante destacar que la valoración acerca de la necesidad de la prueba exigirá, tanto en uno como en otro supuesto, que los Sras./Sres. Fiscales, antes de decidir sobre este aspecto, comprueben si existe anotación sobre el mismo menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados que regula el artículo 111 RE, y, en consecuencia, si a resultas de los datos que obren en el mismo deviene innecesaria la realización de prueba alguna para determinar su edad. Además, debe recordarse al respecto que según la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, “si consultado el Registro consta practicada dicha prueba (radiológica), habrá de prescindirse de la nueva práctica solicitada, salvo que razones excepcionales aconsejen otra decisión”.

Asimismo será preciso que los Sras/Sres. Fiscales analicen la conveniencia de realizar las pruebas de determinación de la edad teniendo en cuenta el criterio médico al respecto, pudiendo ser oportuno, en los casos más dudosos sobre indicación de la prueba, remitir previamente al menor al médico forense para que emita un dictamen.

Si el menor presta su consentimiento para la práctica de la prueba, y el Fiscal, atendiendo a las ponderaciones anteriormente señaladas, considera pertinente la realización de la misma, dispondrá que ésta se lleve a cabo en los términos del artículo 35 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social.

En este punto ha de recordarse que, en general, en caso de anuencia del menor, no es preciso que éste sea puesto físicamente a disposición del Fiscal de Guardia. Por razones de urgencia y para evitar traslados innecesarios que puedan producir dilaciones, se puede acordar la práctica de la prueba sin tener al menor a presencia del Fiscal. En este sentido se pronunció la Instrucción 2/2001 al afirmar que “aunque la Ley no indica cómo se ha de llevar a cabo la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que sí se puede afirmar sin ningún género de dudas es que “puesta en conocimiento” no es lo mismo que “puesta a disposición”, y que no es preciso, por tanto, que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía, lo cual únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley. Por el mismo motivo, tampoco será preciso que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente”. También la Circular 2/2006 ha resaltado la celeridad que debe presidir estos trámites: “la resolución del Fiscal fijando provisionalmente la edad a los efectos del art. 35 LE, podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego. Como quiera que siempre habrá de tomarse como edad del extranjero no acompañado la menor que se desprenda del informe médico, tal criterio o instrucción podrá anticiparse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con el fin de evitar dilaciones en un procedimiento que debe necesariamente en interés del menor estar presidido por la nota de celeridad, sin perjuicio de la ulterior documentación de la decisión y de su comunicación a la Entidad Pública de Protección de Menores”.

En el caso de que el menor manifieste una voluntad contraria a la realización de las pruebas, el Fiscal deberá adoptar con la mayor urgencia las medidas adecuadas en orden a determinar la edad del menor con los datos que haya podido recabar. Son varias las razones que avalan esta urgencia.

El artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, que otorga al Fiscal la competencia para acordar la práctica de las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, pretende que la duda acerca de su edad se resuelva en el menor tiempo posible. La referencia que al Ministerio Fiscal incorpora el citado artículo 35 fue integrada en el texto legal vigente con la reforma operada en la Ley 4/2000, de 11 de enero, por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, puesto que la redacción primitiva de la ley atribuía la competencia para determinar la edad al Juez de Menores. Con la modificación se pretendían activar las importantes funciones tuitivas que sobre los menores precisados de protección otorga tradicionalmente el ordenamiento jurídico al Ministerio Fiscal, y agilizar la resolución del expediente, pero también evitar que la intervención del Juez de Menores en esta fase supusiera una suerte de criminalización de los menores extranjeros no acompañados por su sola presencia en nuestro país.

En segundo término, la conducción y permanencia en el centro sanitario con la finalidad de determinar la edad del presunto menor es una privación de libertad, análoga a la del artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sometida a las garantías del artículo 17 de la Constitución Española, según la interpretación establecida en las Sentencias 341/1993, de 18 de noviembre, y 86/1996, de 21 de mayo, del Tribunal Constitucional y que, por tanto, no debe prolongarse innecesariamente. En esta línea, la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado configuró la conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas como una situación de privación de libertad que debe prolongarse el menor tiempo posible y en la que el interesado ha de ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación y de sus derechos, aun cuando para garantizar adecuadamente los mismos no resulte precisa la asistencia de Abogado.

También hemos señalado, en el mismo sentido, cómo la Instrucción 2/2001 resalta la idea de celeridad en la tramitación del expediente y cómo la Consulta 2/2006 destaca el carácter provisional de las resoluciones que se adopten en el curso del mismo. El expediente de determinación de la edad previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, es una medida de naturaleza cautelar y provisionalísima encomendada al Ministerio Fiscal para resolver con carácter de urgencia, incluso, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, durante el servicio de guardia, cuál es la decisión a tomar con respecto de un extranjero indocumentado sobre cuya edad razonablemente se duda y que no se encuentra acompañado de un adulto que de él se responsabilice. El precepto está dirigido a solventar de la manera más urgente posible una situación de hecho, sin que tenga por objeto establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (mayoría o minoría de edad). Al carecer de efectos definitivos, en nada altera los derechos del afectado, que siempre tiene abierta la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos.

Desde este planteamiento y ante la reticencia del menor, el Fiscal encargado del asunto, si opta por solicitar del menor el sometimiento a dicho examen, deberá informarle personalmente acerca de las pruebas que se van a practicar y de las consecuencias de su negativa a someterse a ellas.

Así, en primer término, deberá explicarle los aspectos médicos de la prueba, información que deberá comprender las cuestiones prácticas esenciales sobre la ejecución de la misma, esto es, su indicación desde el punto de vista médico para alcanzar el resultado pretendido, su realización de acuerdo con la *lex artis* y por personal facultativo cualificado, el riesgo residual que para la salud supone y su carácter indoloro, así como que en ningún caso se va a efectuar de forma que suponga un trato inhumano o degradante.

La información deberá versar, en segundo lugar, sobre los aspectos legales de la misma. Así, deberá hacer saber al presunto menor que la prueba es adecuada para el fin de determinar su edad, que la misma va a ofrecer una horquilla dentro de la cual se optará por la más favorable a sus intereses, que en principio es necesaria, dado que en el estado actual de la ciencia médica puede ofrecer unos resultados fiables, y que no existe otra más moderada para la consecución del objetivo con igual eficacia.

Asimismo, la información debe hacerse extensiva a las consecuencias que se han de derivar de la práctica de la prueba, en concreto, la aplicación de la legislación de protección de menores, en el caso de que la horquilla más baja determine la minoría de edad, o, en caso contrario, de la legislación referida a los mayores de edad. Finalmente, es necesario advertir al interesado que su negativa podrá ser valorada como un indicio relevante de su mayoría de edad, dado que, a tenor del art. 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tiene la carga de someterse a la intervención.

En consecuencia, tras suministrar la debida información acerca de las pruebas que se proponen, el Fiscal, en el mismo acto, deberá oír al presunto menor sobre los motivos por los que no quiere someterse a las pruebas de determinación de la edad, con la finalidad de averiguar las razones de su reticencia. Como ya se ha indicado, el Fiscal no puede imponer coactivamente la realización de estas pruebas contra la voluntad del menor y, por tanto, ha de resolver con los datos de que disponga hasta ese momento.

El Fiscal ha de adoptar la decisión final sobre la edad del menor con la debida cautela, y para ello ha de valorar la explicación del afectado por la medida acerca de su negativa a realizar la prueba. El sentido de la exploración es averiguar si concurren circunstancias de temor al acto médico o de otra naturaleza, así como su disposición a realizar otro tipo de pruebas alternativas, pues no debe obviarse el papel que corresponde al Fiscal en orden a proteger los intereses del presunto menor dadas sus limitaciones en la capacidad de valorar de forma completa la situación fáctica en que se encuentra.

En cualquier caso, como ya se ha adelantado, la negativa a la práctica de la prueba puede ser tenida en cuenta como un indicio más en orden a determinar la edad del afectado por la medida. Para ello habrán de ponderarse todos los datos obrantes en el expediente. Como destacó la STC 7/1994 a propósito de la negativa a realizar las pruebas de paternidad mediante el análisis del ADN, si existe una decisión judicial razonada, teniendo en cuenta que estas pruebas no son denigrantes ni afectan a la dignidad de la persona ni vulneran los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando una persona irracionalmente y sin peligro para la vida se niega a someterse a las mismas, el Tribunal -en este caso, el Fiscal- puede y debe sacar las consecuencias correspondientes a esa negativa. En el mismo sentido, ATC 9 de marzo de 1990 -n.r. 1285/1988- y en la STC 37/1989, FJ 8º.

Aplicando esta doctrina a los supuestos examinados, y partiendo de una valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la mayor o menor intensidad de las dudas sobre la edad del menor, cuando, por las circunstancias personales del extranjero afectado, se encuentre éste en perfectas condiciones de madurez psicofísica para poder ser informado y comprender la finalidad que se persigue en la realización de la prueba y el Médico competente pueda adelantar un pronunciamiento según los datos de que dispone y las características externas del extranjero, mediando previa información sobre las consecuencias de su negativa, podría afirmarse que su oposición a la práctica de la prueba es injustificada y considerarse como mayor de edad a los efectos del artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, (solución adoptada por la Junta de Fiscales de Menores de Valencia celebrada el día 28 de octubre de 2002), pero habrán de tenerse en cuenta todos los datos recabados, de modo que si todos apuntan a la minoría de edad, deberá establecerse así, a pesar de la posición adoptada por el menor ante el requerimiento a someterse a las pruebas.

La orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso, lo que se produciría si operase automáticamente la negativa a someterse a las pruebas como un contraindicio determinante en su contra.

## **VI. ACERCA DE SI EL DECRETO DICTADO POR UN FISCAL POR EL QUE SE DETERMINA LA EDAD DE UN MENOR, PUEDE SER MODIFICADO POR OTRO FISCAL DE UNA FISCALÍA DIFERENTE**

La segunda cuestión objeto de Consulta se refiere a la posibilidad de que el Decreto, dictado en un órgano territorial del Ministerio Fiscal, a través del cual y tras la práctica de las actuaciones oportunas, se fija la edad de un menor, pueda ser posteriormente modificado y, en

su caso, si esta modificación debe llevarse a efecto en el mismo órgano territorial del Ministerio Fiscal que lo dictó o en otro diferente.

Como afirma la Instrucción n.º 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, las diligencias practicadas según las disposiciones del artículo 35 de la Ley de Extranjería tienen como finalidad que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería, y en particular por aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o a la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como que, en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, puedan proporcionársele las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española en beneficio de cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero.

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 destaca el carácter provisional del decreto del Ministerio Fiscal que concluye las diligencias incoadas para la determinación de la edad del menor, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. En la referida Circular se afirma que habrá de dictarse por el Fiscal la correspondiente resolución en forma de decreto motivado en la 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 de protección de menores. El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionales, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la 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.).

Según el propio tenor del artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, estas diligencias han de acordarse en relación con los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pudiera establecerse con certeza. A estos efectos hay que considerar como no documentado, no sólo a quienes carezcan de documentación sino también a quien pretenda acreditar su edad e identidad con documentación presuntamente falsa tal como indica la Circular FGE 2/2006, y a quienes hagan uso a efectos de su identificación de cualquier documento señalado en el art. 25 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que incorpore datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones, o que no resulten fiables en cuanto a la determinación de la edad, por proceder de países cuyas administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos que sobre fecha, lugar de nacimiento o filiación del interesado se incorporan al pasaporte. También se incluyen en este caso los supuestos en que se ocupen al presunto menor documentos en que consten diferentes filiaciones o fechas de nacimiento.

En este sentido, ha de mencionarse la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 24 de abril de 2006, que considera indicios que pueden revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un documento, relacionados con las condiciones en que se elaboró o se redactó, los siguientes: a) la existencia de un intervalo muy largo entre la fecha del documento y la fecha del hecho a que se refiere; b) que el documento se haya elaborado transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que aluden y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento; c) la existencia de contradicciones o aspectos inverosímiles entre los diferentes datos consignados en el acta o en el documento; d) que el mismo se haya elaborado exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente; e) que se haya elaborado el documento sin disponerse de un elemento objetivo que garantizara la realidad del hecho

referido en el mismo; f) que se trate de un documento expedido por una autoridad que no tenía en su poder o no tenía acceso al acta original.

Asimismo la citada Instrucción señala como posibles indicios de carácter defectuoso, erróneo o fraudulento, derivados de elementos externos del documento, los que se mencionan a continuación: a) que existan contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento presentado y los que figuran en otras actas o documentos comunicados a la autoridad competente o que obren en su poder; b) que los datos que figuran en el documento presentado no parezcan corresponder a la persona a la que se refieren; c) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de fraudes o irregularidades anteriores imputables al interesado; d) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros del Estado de origen del documento presentado. Pues bien, en tales supuestos, la Instrucción, ante la duda que genera el documento, considera conveniente que la autoridad competente en el asunto realice todas las comprobaciones necesarias, en particular con el interesado y que, en caso necesario, proceda, si es posible, de acuerdo con las autoridades del lugar de que se trate, a una comprobación de que existe ese acta en los registros del Estado de origen y de su conformidad con el documento presentado.

Obviamente, una vez fijada la edad de un menor pueden aparecer nuevos elementos de juicio que generen dudas razonables sobre esa primera valoración. En consecuencia, nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor, o en el supuesto de persistencia de las dudas sobre la edad del supuesto menor, o en caso de transcurso del tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos acerca de la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo, o porque aparecen nuevos procedimientos en que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulte necesaria la revisión del decreto de determinación de edad.

Esta revisión puede llevarse a cabo por la misma Fiscalía que dictó el Decreto de determinación de edad o por otro órgano territorial distinto del Ministerio Fiscal. Pero, por razones de coherencia interna, el Decreto de determinación de la edad no debe modificarse sistemáticamente por la mera circunstancia de que el presunto menor recale en un nuevo territorio, sino que, para que tal revisión se lleve a efecto, es preciso que concurren circunstancias sobrevenidas, pues en caso contrario, la edad decretada por un Fiscal de un determinado territorio será vinculante para los Fiscales del resto de los territorios. En cualquier caso, este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión.

La competencia para ello corresponde a la Fiscalía del lugar en que tenga su domicilio o se encuentre el presunto menor, la cual deberá solicitar de la Fiscalía que actuó anteriormente la remisión de una copia íntegra del expediente de determinación de la edad y de las diligencias practicadas, a fin de que, contando con el máximo de información, se eviten actuaciones dispersas o contradictorias.

## VII. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las pruebas radiológicas suponen una intervención corporal leve. Por ello, pueden ser acordadas directamente por el Ministerio Fiscal, y realizadas siempre que se cuente con el consentimiento del interesado para su práctica, se efectúen por personal sanitario y se lleven a cabo con respeto a la dignidad de la persona.

SEGUNDA. La valoración acerca de la necesidad de la prueba exigirá, en la medida de lo posible, que los Sras./Sres. Fiscales, antes de decidir sobre este aspecto, comprueben si existe anotación sobre el mismo menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados que regula el artículo 111 RE. 26 En esta valoración será precisa la ponderación de todas las circunstancias concurrentes, teniendo especialmente en cuenta el criterio médico y la búsqueda de la solución menos gravosa para la persona cuya edad se cuestiona.

TERCERA. La conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas supone una situación de privación de libertad que debe prolongarse el menor tiempo posible.

CUARTA. En caso de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Fiscal deberá informarle personalmente acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, de la misma, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarían, dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba. El Fiscal debe, en el mismo acto, oír al menor acerca de las razones de su negativa y sobre su posible disposición a someterse a otro tipo de pruebas alternativas.

QUINTA. En caso de persistir la negativa del presunto menor a someterse a la realización de la prueba radiológica o de cualquier otra prueba médica que afecte a ese mismo derecho, el Fiscal no puede imponer coactivamente su práctica, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor.

SEXTA. La negativa a la práctica de la prueba podrá valorarse, junto con los restantes datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad. Se tratará de un indicio poderoso, pero no determinante, pues la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso.

SÉPTIMA. Puesto que el decreto inicial de determinación de edad tiene efectos provisionálsimos, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales sobre su edad por otros motivos que no se tuvieron en cuenta en el primer procedimiento -especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque, aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por parte de la Fiscalía correspondiente al lugar del domicilio o en el que se encuentre el presunto menor, por el que se acuerde una nueva determinación de su edad.

OCTAVA. Antes de efectuarse la nueva determinación de edad, deberá solicitarse la remisión de una copia de las actuaciones practicadas por el órgano territorial del Ministerio Fiscal que actuó en primer término.

NOVENA. En cualquier caso, este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión.

Por lo expuesto, los Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Consulta.