



Roj: **SAP B 3286/2020 - ECLI: ES:APB:2020:3286**

Id Cendoj: **08019370182020100215**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **07/05/2020**

Nº de Recurso: **1303/2019**

Nº de Resolución: **227/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178128996

Recurso de apelación 1303/2019 -A

Materia: Oposición acuerdo entidad pública

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Oposición medidas en protección menores 658/2017

Parte recurrente/Solicitante: Romeo

Procurador/a: Carles Badia Martinez

Abogado/a: Carmen Vázquez Blánquez

Parte recurrida: DIRECCION GENERAL DE ATENCION A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 227/2020

Barcelona, 7 de mayo de 2020

Magistrados:

Don Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Doña Ana Mª García Esquius Doña Dolors Viñas Maestre

Rollo de Apelación n.:1303/2019

Objeto del recurso: desamparo de menor de edad de **extranjero** no acompañado

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA



El día 5 de octubre de 2017 el Sr. Romeo anunció oposición a Resolución de la DGAIA de 24 de julio de 2017, de cierre de expediente de tutela, derivado de Decreto de Fiscalía que le considera mayor de edad. Recibido el expediente formaliza la demanda y defiende el principio *favor minoris*, con base en los márgenes de error de las pruebas médicas practicadas. Dice que las pruebas radiológicas son incompletas (no se ha hecho la de clavícula). Añade que no se han llevado a cabo averiguaciones con el país de origen (Marruecos) para determinar su edad e invoca la tutela judicial efectiva y el derecho a ser escuchado. Solicita ser declarado en desamparo y que se declare que la DGAIA ha incumplió sus obligaciones (y no se entienda finalizado el expediente por sobrevenida mayoría de edad).

La DGAIA contesta y dice que el demandante se presentó sin documentación y se practicaron las pruebas que determinaron que no era menor. Reitera que no se ha acompañado ninguna documentación.

El Ministerio Fiscal se opone y sostiene que el actor, indocumentado, prestó consentimiento a la práctica de pruebas médicas, no se practicó la prueba de clavícula por conllevar mayor riesgo para la salud y no se han aportado nuevas pruebas.

La Sentencia recurrida, de fecha 5 de septiembre de 2019, entiende que el informe médico forense concluye que la edad mínima es de 19 años, aun contempladas dos desviaciones, es decir, con margen de error. Por ello, desestima íntegramente la demanda.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

El recurrente sostiene que ni la DGAIA ni la Fiscalía han intentado trámite alguno para verificar su filiación y obtener documentación. Insiste en las deficiencias de los informes médicos. Invoca doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional y denuncia que no ha sido escuchado. Considera infringidos el art. 39.4 CE en relación con 35.1 de la Ley de Extranjería y 19 del Convenio de Derechos del Niño, en relación con la Observación General n.6 (y la presunción de minoría de edad).

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia.

La DGAIA se opone al recurso y reitera que no había documentación acreditativa de la edad y que la pericial médica es suficientemente fiable. Cita nuestra SAP, Civil sección 18 del 06 de septiembre de 2018 (ROJ: SAP B 7742/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7742).

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de 20 de noviembre de 2019. La deliberación y votación de la Sala se señaló para el día 3 de marzo de 2020 y se ha llevado a cabo por videoconferencia. Esta resolución no se ha dictado en el plazo previsto en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), lo que se hace constar a los efectos del art. 211.2 LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS QUE LLEGAN A ESPAÑA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, forma parte del ordenamiento interno (art. 96 CE). De su regulación cabe destacar el reconocimiento del derecho a la no discriminación y a las medidas de protección (art. 2), el deber de aseguramiento de la protección y el cuidado (art. 3), el derecho del niño a preservar su identidad (art. 8), el derecho a ser oído (art. 12), la obligación de protección y cuidado de los niños privados temporal o permanentemente del medio familiar (art. 20), la obligación de facilitar la obtención de estatuto de refugiado y asistencia humanitaria (art. 22) y torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 37).
derecho del niño a preservar su identidad

Los menores **extranjeros** gozan en España de las libertades públicas que garantiza la Constitución en los términos que establecen los tratados y la ley (art.13. 1 CE) y las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se han de interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE).

La Observación General N° 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, sobre menores no acompañados y separados de su familia desarrolla las obligaciones de los Estados no responde con claridad al contexto



migratorio que subyace del caso que estudiamos en tanto parte de no devolución de menores, resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados. Para ello, establece la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país (art. 8). Dice que las medidas de protección incluirán la determinación de la edad y de ello deriva una regulación garantista de la inspección, entrevista, atención inmediata y nombramiento de tutor, asesor y representante legal (párrafo 2 del artículo 18 y párrafo 1 del artículo 20), y la regulación del asilo, del retorno o de la reunión de la familia con integración en el país de acogida.

Sin embargo, el Comité de Derechos del Niño la ha aplicado a los procedimientos de determinación de la edad.

El Protocolo Opcional a la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/c/62/3, firmado por España), permite la presentación de demandas individuales, la adopción por parte del Comité de medidas urgentes, la formulación de explicaciones escritas del Estado afectado y que el Comité pueda emitir dictámenes públicos a este respecto y tomar las medidas que sean apropiadas para proteger a un menor o a un grupo de menores (art. 4). Puede el Comité enviar un requerimiento al Estado parte, mientras dure el procedimiento, para que adopte medidas interinas si son necesarias en excepcionales circunstancias para evitar un daño irreparable a las víctimas (art. 7). La comunicación individual o de grupo da lugar a un proceso, largamente definido y regulado en el Protocolo, que puede acabar (art.22) con una decisión declarando admisible la comunicación, constatando violaciones del Convenio y estableciendo reparaciones para el menor, requiriendo al Estado para futuras conductas corregidas y reclamando informaciones al Estado infractor.

Es discutida la naturaleza y el carácter jurisdiccional o no de estos dictámenes, pero no pueden dejar de considerarse como Derecho derivado del Convenio. Sin necesidad de resolver cuestiones doctrinales como la noción de "cosa interpretada" o de "control difuso de convencionalidad", no tenemos duda que estas resoluciones ("assesments", "Views") han de tenerse en cuenta al interpretar el Convenio y nuestra legislación y práctica protectora.

En concreto, en tres ocasiones relacionadas con procedimientos de determinación de la edad de menores **extranjeros** que llegan a España, el Comité se ha pronunciado apreciando que España ha incumplido la Convención sobre los Derechos del Niño. Conviene un breve repaso de los Dictámenes del Comité que han afectado al Estado español:

a) En el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento respecto de la comunicación **núm. 11/2017**, anuncia, sin tantas precisiones, la problemática de los dictámenes que siguieron, en cuanto a los **procesos de determinación de la edad**.

b) En el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación **núm. 16/2017**, el Comité, en virtud del artículo 10, apartado 5, del Protocolo Facultativo, constató que los hechos que tenía ante sí revelaban violaciones de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención y del artículo 6 del Protocolo Facultativo. Entendió que el **proceso de determinar la edad** del menor, que había dicho serlo y presentó una copia de su certificado de nacimiento que atestiguaba su declaración, violó sus derechos en virtud de la Convención. En particular, el Ministerio Público no consideró la copia del certificado de nacimiento facilitado por el menor como la base de una posible revisión del decreto de determinación de la edad y había una amplia información en el expediente para sugerir que el método de determinación de la edad (prueba de rayos X basada en el atlas Greulich y Pyle) carecía de precisión y tenía un amplio margen de error, por lo que no era adecuado para su uso como único método para determinar la edad cronológica de un joven que decía ser menor de edad y que proporcionaba documentación que acreditaba su reclamación. También apreciaba incumplimiento por el Estado de la obligación de designar un representante jurídico cualificado durante el proceso de determinación de la edad, con las aptitudes lingüísticas necesarias exigible para todos los jóvenes que dicen ser menores de edad lo antes posible a su llegada y de forma gratuita (dándoles el beneficio de la duda y como garantía esencial del respeto de sus intereses y de su derecho a ser oídos). Entendió el Comité que el hecho de no proporcionar una representación oportuna podía resultar en una injusticia sustancial y que la desestimación casi automática del valor probatorio del certificado de nacimiento sin que el Estado Parte evaluara formalmente los datos y, en caso de incertidumbre, tuviera esos datos confirmados por las autoridades consulares produjo la infracción de los artículos 3 y 12 de la Convención. También consideró (párrafo 12.12) que la falta de aplicación por el Estado de la medida provisional de traslado a un centro de protección de la infancia mientras su caso estaba pendiente de examen infringía la Convención. Concluyó que España debería proporcionar al menor una reparación adecuada y prevenir violaciones similares en el futuro, garantizando que todos los procedimientos



para determinar la edad se lleven en a cabo de manera compatible con la Convención y, en particular, con acceso rápido a un representante calificado de forma gratuita. También reclamaba información en plazo.

c) En el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento respecto de la comunicación **núm. 17/2017** y respecto a un menor refugiado, ingresado en un CIE, luego liberado, el Comité dictaminó que los hechos que tenía ante sí ponían de manifiesto violaciones de los artículos 3, 8, 12, 20, párrafo 1, y 22 de la Convención y del artículo 6 del Protocolo Facultativo. El Comité apreció que el menor no fue notificado de las actuaciones realizadas por la policía y la Fiscalía en relación con la determinación de su edad hasta después de la presentación de su queja ante el Comité; presentó pasaporte para la revisión del Decreto, que le fue denegada y la Oficina de Atención al Refugiado no le facilitó ninguna resolución escrita denegándole la formalización de su solicitud de asilo en tanto que menor y no pudo iniciar ninguna vía interna para reclamar su derecho a solicitar protección internacional. El Comité apreció que, en el contexto de la **expulsión inminente** del autor del territorio español, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que se prolonguen excesivamente o que no suspendan la ejecución de la orden de expulsión vigente y que no le fue permitido ser acompañado por su representante durante el proceso de determinación de la edad con la falta de designación de un tutor, lo cual le impidió solicitar asilo. Estableció que es imperativo la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como de la oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación (en el mismo sentido, el Dictamen respecto a comunicación núm. 27/2017).

Entiende el Comité en este caso que mientras dichos procesos siguen abiertos, debe darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña, que el menor presentó en diversas ocasiones a las autoridades del Estado el resguardo de la solicitud de su pasaporte ante la Embajada de su país en Madrid, el certificado de la Embajada según el cual su pasaporte estaba siendo tramitado y su pasaporte una vez que obtuvo el mismo. El Comité recuerda que la carga de la prueba no recae exclusivamente en el menor tanto más porque él y el Estado parte no siempre gozan del mismo acceso a los elementos probatorios y que muchas veces el Estado parte es el único que dispone de la información pertinente, y afirma que si el Estado tenía dudas sobre la validez de los documentos presentados, debería haberse dirigido a las autoridades consulares para comprobar la identidad del menor y no lo hizo. El Comité insiste en la necesidad de un representante legal de elección del menor y de designar a un representante legal cualificado y un intérprete en caso de necesidad, lo que constituye una garantía esencial para el respeto del interés superior del menor y para asegurar su derecho a ser escuchado. En el párrafo 13.6 concluye que el menor en el proceso de determinación de la edad al que fue sometido, quien alegaba ser un niño y que presentó prueba acreditativa de ello, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. El Comité observó que el menor finalmente obtuvo una tarjeta de asilo, tras haberse visto obligado a alegar que era adulto a pesar de contar con un pasaporte original que acreditaba su minoría de edad. El Comité considera que el Estado parte no respetó la identidad del menor al negarle cualquier tipo de valor probatorio al acta de nacimiento y al pasaporte presentado sin haber cotejado los datos de dichos documentos con las autoridades del país de origen.

Al final de su dictamen, el Comité recomienda a España: a) Garantizar que todo proceso de determinación de la edad de jóvenes que afirman ser niños o niñas sea acorde con la Convención y, en particular, que en el curso de dichos procesos: i) los documentos presentados por dichos jóvenes sean tomados en consideración, y en el caso de que los documentos hayan sido emitidos o confirmados por los Estados que emitieron los documentos o por las embajadas, sean aceptados como auténticos; y ii) a estos jóvenes se les asigne sin demora un representante legal cualificado u otros representantes de forma gratuita, que los abogados privados designados para representarlos sean reconocidos y que todos los representantes legales u otros representantes tengan permiso para ayudar a estas personas durante dichos procesos; b) Garantizar que a los jóvenes no acompañados solicitantes de asilo que afirman ser menores de 18 años se les asigne un tutor competente lo antes posible para que puedan solicitar asilo como menores, incluso cuando el proceso de determinación de su edad esté aún pendiente; c) Desarrollar un mecanismo de reparación efectivo y accesible para los jóvenes migrantes no acompañados que afirman ser menores de 18 años para que puedan solicitar una revisión de los decretos de mayoría de edad por parte de las autoridades en aquellas situaciones donde la determinación de su edad se realizó sin las garantías necesarias para proteger el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado; d) Capacitar a los funcionarios de inmigración, policías, funcionarios del Ministerio Público, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de los menores solicitantes de asilo y de otros menores migrantes, y en particular sobre las observaciones generales núms. 6, 22 y 23 del Comité.

d) En el Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 10 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación **núm. 22/2017** se recoge en el párrafo 13.5 que el Comité observa que: a) en ningún momento se dieron validez a los documentos de identidad oficiales y originales aportados por el menor en su proceso de determinación de la edad, incluido su acta integral de nacimiento (cuyo original estaba disponible en la Embajada del Camerún en Madrid), su tarjeta de identidad consular, su certificado de inscripción consular y



el resguardo de la solicitud de pasaporte, antes de la adopción del decreto de determinación de su mayoría de edad; y posteriormente, su pasaporte con datos biométricos, puesto en conocimiento de las autoridades pertinentes solicitando la revisión del decreto que determinó su mayoría de edad; b) como consecuencia, el Estado parte consideró al menor como inmigrante indocumentado y le solicitó someterse a pruebas médicas; c) con base en la negativa del menor de someterse a tales pruebas por disponer de documentos de identidad oficiales y originales, la Fiscalía de Menores emitió un decreto mediante el cual determinaba que el menor era mayor de edad; y d) el menor no fue acompañado por un tutor ni un representante en el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité observa que precisamente en el presente caso el menor aportó su pasaporte con datos biométricos, cuya veracidad fue rechazada por la Fiscalía a pesar de no haberse demostrado dicha falta de veracidad. Añade (párrafo 13.9) que en particular la falta de consideración de los documentos de identidad oficiales y originales del menor emitidos por un país soberano, la declaratoria de mayoría de edad frente a la negativa de someterse a pruebas de determinación de la edad, y el rechazo de su representante para acompañarlo durante dicho procedimiento, pone de manifiesto que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido el menor, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención. El Comité, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 3; 8; 12; 20, párrafo 1; y 24 de la Convención, y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

e) En el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento respecto de la comunicación **núm. 27/2017**, se contienen hechos muy similares, reflexiones parejas (tutor y representante, margen de error de pruebas médicas, insuficiencia por no incluir psicológicas y otras, incumplimiento por no designar tutor y representante, por no adoptar las medidas provisionales establecidas por el Comité). En este Dictamen se concluye en sentido similar en cuanto a las violaciones: "9.14 El Comité de los Derechos del Niño, actuando en virtud del artículo 10, párrafo 5, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto violaciones de los artículos 3, 8, 12, 20, párrafo 1, y 22 de la Convención y del artículo 6 del Protocolo Facultativo. Y que, como consecuencia, el Estado parte debe proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluido ofreciéndole la oportunidad de que regularice su situación administrativa en el Estado parte, teniendo debidamente en cuenta el hecho de que era un niño no acompañado cuando presentó por primera vez su solicitud de asilo y corrigiendo la fecha de nacimiento en su tarjeta de solicitante de asilo. El Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro. A este respecto, el Comité reproduce las mismas recomendaciones que en el caso 17/2017.

En definitiva, el análisis de estos dictámenes el Comité no ha puesto en cuestión que las pruebas médicas sean en sí mismas contrarias a la Convención, sino los problemas de los procesos de determinación de la edad en cuanto a la realización de pruebas médicas, parciales (sólo rayos X), como único método para determinar la edad, el no respeto a la presunción de minoría de edad y la no aceptación del valor probatorio de los documentos oficiales del Estado de origen.

2. LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO

Debe precisarse que, conforme a la Observación General núm. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, y la interpretación que se recoge en los diversos Dictámenes referidos a la situación española, en caso de incertidumbre sobre la validez de la documentación aportada por el interesado para defender su minoría de edad, el Estado puede desvanecerla a través de las autoridades consulares (Dictamen núm. 16/2007) y si el Estado parte tiene dudas sobre la validez de los documentos presentados, puede dirigirse a dichas autoridades consulares para comprobar la identidad del menor (Dictamen núm. 17/2017).

Es cierto que en nuestra SAP, Civil sección 18 del 06 de septiembre de 2018 (ROJ: SAP B 7742/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7742) hemos sostenido que "si la falta de pasaporte o documento similar es debido a la sola voluntad del menor, podrían producirse situaciones de fraude de Ley que deben prevenirse, pues, por el solo expediente de no portar la documentación de identidad, se podría conseguir la consideración de la minoría de edad y la protección que supone respecto a personas adultas sometidas a una legislación y a un control administrativo para su entrada y permanencia en España. Impedido el Ministerio Fiscal de recabar pruebas médicas con base en la mera "aparición física", la falta de soporte documental haría legal y regular la presencia de cualquier persona en nuestro país fuera cual fuera su edad y su apariencia física".

Por eso habíamos dicho que "[a]nte la falta de documentación del actor, hecho acreditado y no cuestionado por el recurrente, afirmamos y en este caso compartimos por lo tanto también la procedencia de la realización de pruebas de determinación de la edad de conformidad con el artículo 35.3 Ley 4/2000, de 11 de enero" (SAP, Civil sección 18 del 14 de octubre de 2016 (ROJ : SAP B 10210/2016 - ECLI:ES:APB:2016:10210) porque las



dudas sobre la edad no pueden nacer del solo hecho de la apariencia, pero sí de la concurrencia de este dato con la falta de documentación de identidad.

Pero estas apreciaciones sobre la carga de la prueba se realizan con relación a una denuncia del derecho a la protección de los poderes públicos (art. 9 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por juzgar la Sala válida la realización de pruebas médicas y para rechazar tal denuncia. Nuestras argumentaciones, de carácter condicional y *obiter dicta*, no tuvieron efecto en el caso, en tanto la Sala acabó por reconocer la minoría de edad en razón de la valoración de la insuficiencia de las pruebas realizadas.

En suma, no hemos defendido que el afectado se vea perjudicado en todo caso si no aporta documentos (y obligado a someterse a pruebas médicas), ni hemos obviado que el Ministerio Fiscal (y la DGAIA), partiendo de la presunción de minoría de edad, en caso de incertidumbre sobre la documental debe gestionarla con las autoridades consulares y que puede (y debe), en beneficio de la presunción de minoría de edad, por esos u otros medios, gestionar la obtención de la documentación que proceda para cerciorarse de la minoría de edad y proteger al menor (que se encuentra en peor situación probatoria).

En este caso, se ha consultado con el Consulado de Marruecos y no se ha obtenido información fidedigna sobre la filiación y la edad y tampoco el recurrente ha demostrado una mínima actividad o interés en aras a facilitar documentos de identidad (partida de nacimiento, pasaporte, cédula de identidad personal, etc.). Vive en un país vecino dispone de una red social y familiar y de representante legal (su abogado y procurador) y no ha gestionado nada al efecto. Una absoluta pasividad puede tener significación valorativa.

3. LA AUDIENCIA DEL MENOR

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del menor a ser oído, a expresar su opinión y a la participación. El Comité de Derechos Humanos relaciona este derecho (Dictámenes núm. 11/2017 y 22/2017) con la designa de un representante legal.

El art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 regula el derecho del menor a ser oído y escuchado ("El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo").

En este caso, el interesado ha sido representado y defendido por procurador y abogado que han sido su voz y pudo comparecer personalmente el día del juicio. No entendemos que se haya infringido su derecho a ser oído.

4. LA VIABILIDAD DE LAS PRUEBAS MÉDICAS

4.1 Hemos dicho que el art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice que "[c]uando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas." Reformado el precepto por la Ley 26/2015, de 28 de julio, es decir, con posterioridad a la nueva doctrina del Tribunal Supremo, la Exposición de Motivos de la reforma reza que "... en el artículo 12... se introduce la presunción de minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad, hasta que se determine finalmente la misma".

Por tanto, el Ministerio Público debe ponderar, si la hay, la documentación escrita (pasaporte o documento de identidad) y su fiabilidad y acordará pruebas médicas si el juicio de ponderación le lleva a dudar, por irregularidades patentes o tras consulta al Consulado o Embajada. En tal caso, acordará las pruebas médicas con celeridad, que deben contar con el previo consentimiento informado del afectado y que se practicarán con respeto a la dignidad del provisionalmente considerado menor y sin riesgo para su salud.

4.2 Hemos añadido que en la Ley Orgánica 1/1996 nada se dice para cuando el supuesto menor se presente indocumentado, pero el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que "[e]n cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos



y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes". Para la Sala, "[u]n menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas". La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden traumatizar al sometido a ellas, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas" (TS Pleno, STS, Civil sección 991 del 23 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3818/2014) - ECLI:ES:TS:2014:3818), STS, Civil sección 991 del 24 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3817/2014) y STS, Civil sección 1 del 16 de enero de 2015 (ROJ: STS 26/2015Jurisprudencia citada) - ECLI:ES:TS:2015:26), STS, Civil sección 1 del 16 de enero de 2015 (ROJ: STS 27/2015 - ECLI:ES:TS:2015:27), STS, Civil sección 1 del 22 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2064/2015) - ECLI:ES:TS:2015:2064), STS, Civil sección 1 del 22 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2065/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2065), STS, Civil sección 1 del 23 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2217/2015) - ECLI:ES:TS:2015:2217), STS, Civil sección 1 del 08 de junio de 2015 (ROJ: STS 2347/2015) - ECLI:ES:TS:2015:2347), S, Civil sección 1 del 18 de junio de 2015 (ROJ: STS 2574/2015) - ECLI:ES:TS:2015:2574) y STS, Civil sección 1 del 03 de julio de 2015 (ROJ: STS 3160/2015). - ECLI:ES:TS:2015:3160) y STS, Civil sección 1 del 01 de diciembre de 2016 (ROJ: STS 5227/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5227).

4.3 Hemos sostenido que este enfoque no queda afectado por las normas de extranjería. El art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de eneroLegislación citada que se interpreta , sobre derechos y libertades de los **extranjeros** en España y su integración social, establece que "[e]n 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.

"Añade el párrafo a que "[d]eterminada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle." Se prevé también la posibilidad de repatriación de menores de edad, con apoyo diplomático, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, aunque se considera regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. "A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor" y "[l]a concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo".

"La consideración de las pruebas médicas no puede realizarse desde la perspectiva de las medidas ingerentes en Derechos Fundamentales, sometidas a control judicial en el proceso penal, pues en el ámbito de protección de menores no se exige de tal control. Por tanto, el contexto de realización de las pruebas es el de proteger al menor.

"Partiendo de esta regulación y de la necesidad de proteger a quien sea menor de edad, las pruebas médicas deben ir destinadas a establecer la minoría de edad como presupuesto de protección del afectado y en defecto de acreditación documental. La Ley de Extranjería es compatible con las reglas de actuación que incumben al Ministerio Fiscal, con la necesidad de recabar que concorra consentimiento informado en el caso de falta de fiabilidad de la documental y sobre la procedencia de la práctica de pruebas médicas cuando la duda no está basada exclusivamente en la apariencia física, sino también en la falta de documentación.

5. EL RESULTADO DE LAS PRUEBAS

Todo el argumentativo del recurrente parte de un presupuesto que la prueba no sustenta: que el recurrente fuera menor de edad cuando llegó a España. Siempre y en todo caso, quien se presenta como menor debe presumirse como tal, a los efectos de la protección cautelar y de desamparo, de modo que tal presunción juega como apariencia de buen derecho. La presunción de minoría de edad y la atención inmediata se llevaron a



cabo, pero se ha destruido tal presunción con prueba en contrario (SAP B de 6 de septiembre de 2019 (ROJ 7742/2018)).

El 1 de julio de 2017 en la entrevista inicial se identificó y escuchó al Sr. Romeo con asistencia de la educadora de guardia. La Administración llevó a cabo una entrevista inicial en profundidad (f.38 v. y 39).

El informe preliminar del médico forense (Dra. Teodora) de 1 de julio de 2017, tras una exploración que constató la ausencia de 4 piezas dentales y un pubograma Tanner 5, fijó una edad "alrededor de 18 años". La DGAIA prestó la atención inmediata del presunto menor, con ingreso en centro de acogida.

La DGAIA actuó como representante del menor (en razón de la tutela administrativa automática) y se le designaron abogado y procurador de oficio, que podían llevar a cabo cuantas actuaciones administrativas y judiciales fueran de su interés y le han representado y defendido en estas actuaciones.

Todo el argumentativo del recurrente parte de un presupuesto que la prueba no sustenta: que el recurrente fuera menor de edad cuando llegó a España. Siempre y en todo caso, quien se presenta como menor debe presumirse como tal, a los efectos de la protección cautelar y de desamparo, de modo que tal presunción juega como apariencia de buen derecho. La presunción de minoría de edad y la atención inmediata se llevaron a cabo, pero se ha destruido tal presunción con prueba en contrario (SAP B de 6 de septiembre de 2019 (ROJ 7742/2018)).

El informe del médico forense (Dra. Marí Trini) de 20 de julio de 2017, 19 días después, recoge la manifestación del afectado de tener 17 años y 8 meses y haber nacido el NUM000 de 1999 y que llegó a España el 13 de abril de 2017. El médico realiza exploración física, análisis dentario y pubograma (Tanner 5), sin reflejar por escrito el consentimiento del afectado (que tampoco ha negado haber prestado su consentimiento) y tras el estudio de radiografía del carpo (del que deduce entre 18 años y 6 meses y 19 años, según escalas) y ortopantomografía (con ausencia de terceros molares, uno de ellos con signo de remineralización, es decir de extracción dentaria), concluye que la edad mínima más probable del recurrente sería mayor de 18 años. No estamos ante una sola prueba médica, como en el dictamen librado respecto a la comunicación núm. 16/2017.

El Consulado de Marruecos, a petición del Juzgado, ha informado que no le constan datos referidos al Sr. Romeo (con las filiaciones que ha declarado) y que para tramitar un pasaporte es preciso aportar certificado de nacimiento en Marruecos.

El recurrente ha adoptado una postura procesal de absoluta pasividad, pretendiendo que el margen de error de las pruebas médicas y la presunción de minoría de edad jugaran a su favor, sin consideración de las reglas de proporcionalidad probatoria y de la carga de la prueba (en especial, art. 217.6 LEC). La presunción de minoría de edad y las dificultades probatorias juegan, sin duda, en favor del menor mientras dura la desprotección, pero cuando el Sr. Romeo ya lleva en España desde el 13 de abril de 2017 (casi tres años), ha tenido apoyos y el Estado ha realizado esfuerzos proporcionales para proteger y para establecer su filiación y edad, es difícil que perduren esos beneficios.

No podemos admitir esta posición. Con los elementos de prueba de que disponemos (pruebas médicas no estrictas, repetidas, no limitadas, como en el caso del Dictamen librado respecto a la comunicación núm. 16/2017, a la radiografía; con margen de error corregido, aunque falten) y valorando el conjunto de la prueba, así como la postura procesal de ambas partes. Hemos de concluir que el recurrente no era menor de edad cuando llegó a nuestro país.

6. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC.

FALLO

1. Desestimamos el recurso de apelación.
2. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 de la LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1. 3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el Derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.



También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, queda suspendido el plazo para la interposición de recurso hasta que pierda la vigencia este real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1 del Real Decreto 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia, los plazos y términos previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos por aplicación de lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).