

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

***LOS MENORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS Y EL
PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE SU
EDAD: ¿RESUELVE EL NUEVO PROYECTO DE LEY LAS
DISFUNCIONES DEL ACTUAL SISTEMA?***

***UNDOCUMENTED MIGRANT MINORS AND THE AGE
DETERMINATION PROCEDURE: DOES THE NEW DRAFT
LAW SOLVE THE DYSFUNCTIONS OF THE CURRENT
SYSTEM?***

Lucía Molina Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil

Universidad de Alicante

Palabras clave: Menores extranjeros no acompañados; determinación de la edad; interés superior del menor; Proyecto de Ley.

Keywords: Unaccompanied foreign minors; age assessment; best interests of the minor; Draft Law.

Número: 6 Año: 2025

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)

María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)

María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)

Rafael de Asís (Universidad Carlos III)

Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)

Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)

Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)

Miguel A. Ramiro (Universidad de Alcalá)

María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)

Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)

Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)

Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)

Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)

Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)

Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

LOS MENORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS Y EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE SU EDAD: ¿RESUELVE EL NUEVO PROYECTO DE LEY LAS DISFUNCIONES DEL ACTUAL SISTEMA?¹

Undocumented migrant minors and the age determination procedure: does the new Draft Law solve the dysfunctions of the current system?

Lucía Molina Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil

Universidad de Alicante

lucia.molina@ua.es

Resumen

Los menores extranjeros no acompañados (MENA) representan una de las poblaciones más vulnerables dentro de los flujos migratorios, al llegar a España sin referentes familiares ni protección institucional inmediata. Hasta ahora, la determinación de su edad ha recaído en el Ministerio Fiscal, que ha recurrido a pruebas médicas de carácter invasivo, escasa fiabilidad y mínimas garantías jurídicas, incluso en casos donde los menores portan documentación acreditativa de su edad. Aunque en los últimos años la legislación y la jurisprudencia españolas han evolucionado hacia un sistema más garantista, en la práctica persisten importantes deficiencias. Ante esta situación, el “Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad” plantea una reforma sustancial, al judicializar el procedimiento y atribuir su competencia a los tribunales civiles. La iniciativa fortalece las garantías de los MENA al exigir la realización de una evaluación multidisciplinar, presidida por el principio del interés superior del menor y la presunción de minoría de edad. Sin embargo, también adolece de ciertas limitaciones que podrían comprometer su eficacia práctica.

¹ En el presente trabajo se esbozan de manera sucinta algunas reflexiones que han sido desarrolladas con mayor profundidad en: Molina Martínez, L. (2024). La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados: marco normativo actual, doctrina jurisprudencial y la reforma para la judicialización del procedimiento y la efectiva preservación de la identidad personal. *Derecho Privado y Constitución*, 44, 175-214. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.44.05>

Abstract

Unaccompanied foreign minors (MENAs) represent one of the most vulnerable populations within migratory flows, as they arrive in Spain without family references or immediate institutional protection. Until now, the determination of their age has fallen to the Public Prosecutor's Office, which has resorted to invasive medical tests, with little reliability and minimal legal guarantees, even in cases where minors carry documentation accrediting their age. Although in recent years Spanish legislation and jurisprudence have evolved towards a more protective system, important shortcomings persist in practice. In view of this situation, the 'Draft Law amending Law 1/2000, of 7 January, on Civil Procedure, to regulate the procedure for determining age' proposes a substantial reform, by judicialising the procedure and attributing its competence to the civil courts. The initiative strengthens the guarantees for MENAs by requiring a multidisciplinary assessment to be carried out, governed by the principle of the minor's best interests and the presumption of minority. However, it also suffers from certain limitations that could compromise its practical effectiveness.

Palabras clave

Menores extranjeros no acompañados; determinación de la edad; interés superior del menor; Proyecto de Ley.

Keywords

Unaccompanied foreign minors; age assessment; best interests of the minor; Draft Law.

1. El interés superior del menor y la importancia de la determinación de la edad

El fenómeno migratorio en España, particularmente en lo que respecta a los menores extranjeros no acompañados (MENA), ha cobrado una creciente relevancia jurídica debido a la necesidad de regular una situación social compleja y en constante evolución. Aunque el país cuenta con un marco normativo relativamente desarrollado, la llegada masiva de personas extranjeras indocumentadas que afirman ser menores de edad ha evidenciado las carencias del sistema para afrontar adecuadamente la grave crisis migratoria actual. Esta situación compromete la capacidad del Estado para garantizar una efectiva protección de los menores migrantes, quienes, al entrar en territorio español, se encuentran en una situación particularmente precaria y vulnerable. La vulnerabilidad de estos sujetos radica en que en ellos confluye la doble condición de ser menores de edad y extranjeros en situación irregular. A estas circunstancias se suman la falta de acompañamiento adulto y, en muchos casos, la ausencia de documentación acreditativa de su edad, factores que incrementan su fragilidad y el riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos.

La situación de especial desprotección inherente a la condición de MENA exige una respuesta jurídico-social reforzada que priorice su condición de menor sobre su estatus migratorio. Así lo exige la lógica del Estado de bienestar, que impone un tratamiento universal de protección al menor, desplazando en estos casos las normas de control migratorio. En este contexto, el principio del interés superior del menor debe constituir el eje rector de cualquier medida o actuación que les afecte, garantizando la plena protección de sus derechos sin discriminación alguna².

Uno de los aspectos más críticos en la protección de los MENA es la correcta determinación de su edad, ya que esta condición resulta esencial para su inclusión en el sistema de protección social del menor y para el acceso pleno a sus derechos fundamentales. Este procedimiento tiene consecuencias legales de gran relevancia, dado que, si se establece que la persona es menor de edad, se le reconocerá un estatuto jurídico más favorable que implica su permanencia en España, el acceso a la protección institucional y la aplicación de procedimientos y garantías especiales. Por el contrario, si se concluye que es una persona adulta, podrá ser objeto de medidas sancionadoras como la expulsión del territorio. No obstante, la edad no solo estructura el estatuto jurídico de

² Así se deriva de la Recomendación 1985 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre los menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación, adoptada el 7 de octubre de 2011 (36.ª sesión).

protección de menores, sino que, como han declarado tanto el Tribunal Constitucional³ como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴, constituye un elemento esencial de la identidad personal y del estado civil. Por ello, una evaluación adecuada y garantista de la edad es indispensable para salvaguardar los derechos fundamentales inherentes a toda persona. La inexistencia de procedimientos precisos, fiables y respetuosos con los derechos humanos puede dar lugar a graves vulneraciones, como la exclusión indebida del sistema de protección, lo que aumenta el riesgo de marginación y desarraigo de estos menores en un contexto de creciente vulnerabilidad. En consecuencia, es imprescindible que los mecanismos de determinación de la edad se rijan por criterios de rigor técnico, respeto a la dignidad humana y observancia del principio del interés superior del menor.

2. El procedimiento para la determinación de la edad: marco normativo y doctrina jurisprudencial actual

El procedimiento para la determinación de la edad de los MENA se rige fundamentalmente por directrices internacionales y europeas que exigen el respeto a la dignidad del presunto menor y la plena garantía de sus derechos. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado la necesidad de aplicar métodos científicos no invasivos, debido a su limitada precisión y el riesgo de traumatizar al menor, así como de observar el principio de presunción de minoría de edad durante todo el procedimiento⁵. A nivel europeo, el Parlamento ha instado a establecer un mecanismo armonizado para evaluar la edad, priorizando la presunción de minoría de edad y asegurando el acceso a la justicia⁶. La Unión Europea también ha destacado la importancia de emplear enfoques multidisciplinarios y menos intrusivos, con el fin de garantizar la protección efectiva de los menores⁷.

³ STC 130/2022, de 24 de octubre (RTC 2022, 130).

⁴ STEDH, de 21 de julio de 2022, caso *Darboe y Camara c. Italia* (JUR 2022, 263883).

⁵ Véase, al efecto, la Observación general n.º 6, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, de 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6), así como la Observación general conjunta n.º 4 y n.º 23 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, de 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/4; CRC/C/GC/23).

⁶ En esta dirección apuntan las Resoluciones de 5 de febrero de 2009, sobre la aplicación en la Unión Europea de la Directiva 2003/9/CE, (2008/2235[INI]); de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263[INI]), y de 3 de mayo de 2018, sobre la protección de los menores migrantes (2018/2666[RSP]).

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de abril de 2017 (COM [2017]211 final).

En España, la determinación de la edad de los menores migrantes indocumentados se regula principalmente en el art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), el cual otorga competencia al Ministerio Fiscal para decidir sobre la edad de estos menores. Este procedimiento se activa cuando se localiza a un extranjero cuya edad no se puede determinar con certeza, quien pasa a recibir atención inmediata conforme a la legislación del menor, mientras el Ministerio Fiscal, con la colaboración de las instituciones sanitarias, practica las pruebas necesarias para fijar su edad. Estas pruebas suelen consistir en radiografías de la mano y la muñeca izquierdas o en el análisis del desarrollo del tercer molar. Si bien estos métodos son de uso común en la práctica médica, su fiabilidad es limitada, ya que ofrecen estimaciones con un margen de error de hasta dos años.

Particularmente controvertida resulta la interpretación que la Fiscalía ha venido haciendo del art. 35.3 en relación a los supuestos en los que el procedimiento es de aplicación. Así, pese a que el tenor literal del precepto parece inequívoco en el sentido en que este procedimiento queda restringido a los supuestos de extranjeros “indocumentados”, entendidos estos como aquellos sujetos que carecen de documentación alguna acreditativa de su identidad, la Fiscalía ha ido extendiendo su ámbito de aplicación a quienes portan documentos presuntamente falsos o con datos manifiestamente incorrectos, contradictorios o poco fiables, especialmente si provienen de países cuyas autoridades no garantizan la certeza o la fiabilidad de los datos⁸. En la práctica, esto ha derivado en una tendencia preocupante a someter a pruebas médicas, muchas de ellas invasivas y carentes de fiabilidad, a todo extranjero cuyo documento acreditativo de identidad se reputa contrario con su apariencia física, presenta indicios de escasa fiabilidad o carece de apostilla o legalización, y ello sin una impugnación previa motivada del documento⁹.

Esta actuación resulta más controvertida por el hecho de que los decretos del Ministerio Fiscal que determinan la edad tienen carácter cautelar y provisionalísimo, lo que impide su impugnación directa ante la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional. La única vía que les queda a los afectados es solicitar su revisión si aparecen nuevos hechos o impugnarlo indirectamente a través del recurso contra la

⁸ Véase, la Consulta 1/2009, de 27 de abril, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.

⁹ Documenta esta tendencia Fundación Raíces (2014). *Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, pp. 88-91.

resolución administrativa que, al considerar la mayoría de edad del sujeto, le deniega la tutela en nuestro país o acuerda su devolución al país de origen. Sin embargo, estas vías no garantizan la tutela judicial efectiva y, en la práctica, conducen a la desprotección de los menores, ya que exigen, bien la aparición de hechos distintos a los ya valorados por el Ministerio Fiscal, lo que no siempre ocurre, bien la existencia de una resolución administrativa que deniegue o cese la tutela, la cual puede dictarse mucho tiempo después del decreto.

A lo largo del tiempo, el Tribunal Supremo ha tratado de corregir esta tendencia de someter a los migrantes documentados a pruebas médicas, declarando que toda documentación presentada por el presunto menor debe ser impugnada con justificación antes de realizarle pruebas médicas y prohibiendo, a todos los efectos, las que son especialmente invasivas¹⁰. Esta doctrina jurisprudencial quedó reflejada en la reforma del art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que positiviza la protección del menor migrante mediante el reconocimiento expreso de una presunción *iuris tantum* reforzada de minoría de edad, rechaza la realización indiscriminada de pruebas médicas, especialmente si estas son invasivas, y admite la posibilidad de cuestionar la fiabilidad de los documentos extranjeros únicamente cuando concurren motivos debidamente justificados.

Las importantes matizaciones que la doctrina del Tribunal Supremo y la reforma del art. 12.4 LOPJM han introducido en el procedimiento no han impedido, en cambio, la persistencia de prácticas escasamente respetuosas con el principio del interés superior del menor. Así, tal y como se desprende de las Memorias Anuales de la Fiscalía y de los Informes del Defensor Judicial, se ha seguido sometiendo a pruebas médicas a menores que portan documentación válidamente emitida, sin que se motiven adecuadamente las razones para dudar de su fiabilidad. Además, muchas de estas pruebas carecen de la fiabilidad necesaria para establecer con precisión la edad y, en numerosos casos, los decretos de mayoría de edad no son notificados a los afectados, lo que dificulta gravemente el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva¹¹.

¹⁰ SSTs 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014, 4839); 452/2014, de 24 de septiembre (RJ 2014/4689); 11/2015, de 16 de enero (RJ 2015, 121); 13/2015, de 16 de enero (RJ 2015, 122); 318/2015, de 22 de mayo (RJ 2015, 2260); 319/2015, de 23 de mayo (RJ 2015, 2040); 320/2015, de 22 de mayo (RJ 2015, 3840); 329/2015, de 8 de junio (2015, 2925); 368/2015, de 18 de junio (RJ 2015, 2764); 411/2015, de 3 de julio (RJ 2015, 2561); 507/2015, de 22 de septiembre (RJ 2015, 4356), y 720/2016, de 1 de diciembre (RJ 2016, 5673).

¹¹ Lo advierten también las organizaciones de protección del menor, como Save The Children España (2016). *Infancias invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en*

Estas deficiencias han motivado diversas condenas por parte del Comité de los Derechos del Niño, que ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que sea el Ministerio Fiscal la autoridad competente en estos procedimientos, por el uso de técnicas intrusivas y por la ausencia de vías efectivas de impugnación de los decretos de determinación de edad¹².

En los últimos años, el Tribunal Supremo ha actualizado su doctrina jurisprudencial para alinearla con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, estableciendo que, en caso de existir contradicción entre la edad que consta en la documentación oficial, no invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y la edad que resulta de la apariencia física o manifestaciones del sujeto, debe prevalecer la documentación, salvo impugnación *motivada*¹³. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha reconocido la transcendencia constitucional de los decretos de la Fiscalía que fijan la edad de los migrantes, al ser estos determinantes para establecer la identidad básica de la persona, y ha consagrado el derecho de los migrantes a impugnarlos por la vía de los derechos fundamentales, lo que supone un avance significativo en la defensa de la identidad personal de los menores migrantes¹⁴.

3. Novedades y desafíos del Proyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de determinación de la edad

Aunque en los últimos años la legislación y la jurisprudencia españolas han evolucionado hacia un sistema más garantista, el procedimiento de determinación de la edad sigue presentando, en la actualidad, múltiples deficiencias e irregularidades que apuntan a la necesaria reforma del sistema para la consagración de un procedimiento de naturaleza judicial dotado de mayores garantías¹⁵.

España, p. 18 o Fundación Raíces (2020). *Violencia institucional en el Sistema de Protección a la Infancia*, pp. 25-33.

¹² Véanse, a título ilustrativo, las Observaciones finales referidas a los informes periódicos tercero y cuarto combinados de España en 2010, párr. 60 (CRC/C/ESP/CO/3-4), y, más recientemente, las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España en 2018, párrs. 44 y 45 (CRC/C/ESP/CO/5-6).

¹³ SSTs 307/2020, de 16 de junio (2020, 2274); 357/2021, de 24 de mayo (RJ 2021, 2530); 410/2021, de 18 de junio (RJ 2021, 2989); 412/2021, de 21 de junio (2021/2877); 610/2021, de 20 de septiembre (RJ 2021, 4131); 796/2021, de 22 de noviembre (RJ 2021, 5144); 535/2022, de 5 de julio (RJ 2022, 3527), y 760/2022, de 8 de noviembre (RJ 2022, 5311).

¹⁴ SSTC 130/2022, de 24 de octubre (RTC 2022, 130), y 40/2023, de 8 de mayo (RTC 2023, 40).

¹⁵ Solución a la que se ha adherido el Defensor del Pueblo en su Informe anual de 2022 e, incluso, la propia Fiscalía General del Estado en su Memoria correspondiente al año 2022.

En este contexto, nace el “Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad”, el cual introduce una reforma clave en el procedimiento que vendría a desplazar el monopolio de la prueba médica por un enfoque multidisciplinar y holístico, en el que la evaluación de la edad del menor se realiza desde la combinación de diferentes exámenes e informes, y en el que se prohíbe el empleo de técnicas invasivas, desnudos integrales o cualquier otra prueba que atente contra la dignidad de los menores.

Un cambio fundamental radica en que el procedimiento deja de ser de naturaleza administrativa para convertirse en un procedimiento judicial, enmarcado en la jurisdicción civil. Esta transformación se justifica en que la determinación de la edad afecta al estado civil de la persona y a sus derechos fundamentales, por lo que debe resolverse con plenas garantías y con pleno respeto a los derechos del menor. A tal efecto, el Proyecto de Ley establece un procedimiento preferente y urgente, presidido por el principio del interés superior del menor, su derecho a ser oído y la presunción de minoría. Con ello, se refuerza la protección de la condición de menor de edad del migrante y su derecho a la identidad personal, por encima de su condición de extranjero.

Asimismo, el procedimiento garantiza la intervención de profesionales cualificados y especializados, la representación legal del menor, la obtención previa de su consentimiento informado, así como la asistencia jurídica gratuita y el acceso a un intérprete. Todas estas medidas responden a las recomendaciones que la doctrina y las instituciones especializadas en infancia han venido formulando sobre las condiciones y garantías imprescindibles que debe reunir este tipo de procedimientos.

El Proyecto de Ley representa, por tanto, un avance significativo en la garantía de los derechos de los MENA, al establecer un procedimiento más garantista y alineado con la normativa internacional y europea en materia de protección del menor. No obstante, también presenta ciertas deficiencias que podrían comprometer su eficacia práctica, muchas de las cuales han sido señaladas por instituciones especializadas a través de distintas enmiendas al mismo. Así, desde diversas organizaciones de protección del menor se ha advertido que el carácter urgente del procedimiento, al no contemplar un trámite de alegaciones, podría dificultar que los menores migrantes presenten su documentación de identidad, especialmente cuando deben gestionarla a través de consulados o embajadas. Asimismo, se critica que el Proyecto permita impugnar la validez de documentación auténtica emitida legalmente por los países de origen, que no establezca un marco jurídico unificado para regular las pruebas aplicables, y que omita la

posibilidad de recurrir la denegación de medidas cautelares de protección, todo lo cual podría vulnerar el principio del interés superior del menor y generar una preocupante inseguridad jurídica.

La Abogacía del Estado, por su parte, ha reclamado en el trámite de enmiendas que la asistencia letrada sea proporcionada por un abogado especializado en derechos de los menores, que haya una formación especializada de todos los funcionarios que formen parte del procedimiento, con la participación de profesionales psicosociales y médicos cualificados, así como que se garantice el consentimiento informado del menor para cualquier prueba pericial. En cuanto a la presunción de minoría, se insiste en la importancia de que esta se establezca desde el inicio del procedimiento y que no se enerve hasta que exista una resolución firme que determine su edad, lo que implica que se adopten medidas cautelares que garanticen la protección del menor durante el procedimiento, evitando, en todo caso, su ingreso en centros de internamiento para mayores de edad.

En definitiva, aunque el Proyecto de Ley supone un paso adelante, aún enfrenta importantes desafíos jurídicos y prácticos que deben resolverse para garantizar una protección real y efectiva de los menores migrantes frente a situaciones de vulnerabilidad e indefensión en estos procedimientos.