

Revista Crítica Penal y Poder
2019, nº 18
Diciembre (pp. 267-277)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS QUE LLEGAN SOLOS A ESPAÑA•

AGE ASSESSMENT FOR UNACCOMPANIED MINORS

Itziar Gómez Fernández

*Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

Los niños, niñas y adolescentes que llegan solos a España se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema. Por esta razón deberían ser sujetos de especial atención por parte de las administraciones públicas. Pero, en la práctica, son frecuentes las situaciones de conflicto entre menores y administraciones encargadas de su protección. La determinación de la edad es uno de los puntos neurálgicos de dicho conflicto, porque la edad, y la barrera constitucional de la mayoría (art. 12 CE) supone que una persona entra dentro del sistema de protección, o queda expuesta a la expulsión en caso de entrada o estancia irregular. La edad, en este contexto, lo es todo. Por eso su determinación es caballo de batalla que enfrenta una posición garantista respecto de la protección del interés superior del niño, y otra que hace primar el interés del control de las fronteras exteriores.

Palabras clave: niñez migrante, determinación de la edad, interés superior del menor.

• Este trabajo es una versión resumida de un trabajo previo. Véase Gómez Fernández, I. (2017): “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* 2/2017, de 1 de marzo.

ABSTRACT

Children and adolescents arriving alone in Spain are in extreme vulnerability. For this reason they should be subject to special attention on the part of public administrations. In practice, however, conflict situations between minors and administrations responsible for their protection are frequent. Age assessment is one of the principle points of such a conflict, because age, and the constitutional barrier of majority (art. 12 SC), means that a person goes into the protection system, or goes away from the system, and is submitted to expulsion in the event of irregular entry or stay. Age, in this context, is everything. That is the reason that makes its determination a workhorse in the confrontation between a protective position (regarding the protection of the best interests of the child), and another one that gives priority to the interest of the control of the external borders.

Keywords: migrant child, age assessment, best interests of the child.

1. Noción de niños y niñas que llegan solos a España (menores extranjeros no acompañados)¹

Los niños y niñas que llegan solos a España son las personas que no alcanzan los 18 años de edad, no tienen la nacionalidad del país en que se encuentran, están separados de sus progenitores u otros parientes y no se encuentran al cuidado del adulto al que, por ley o costumbre, incumbiría esa responsabilidad (Comité de Naciones Unidas sobre derechos del niño CRC/GC/2005/6 y art. 189 del Real Decreto 557/2011).

Hay dos razones por las cuales estas personas son sujetos migrantes dignos de atención por los organismos de garantía de derechos humanos, nacionales e internacionales: 1) su especial vulnerabilidad, por razón de la edad, frente a quienes controlan las rutas migratorias y el mercado negro de seres humanos que esconden las migraciones irregulares; y 2) su especial vulnerabilidad frente a las administraciones públicas de los países por los que transitan, o a los que llegan en su proyecto migratorio, en la medida en que estas responden a dos lógicas contradictorias que hacen difícil atender adecuadamente a los menores: la lógica del control de fronteras y la lógica de la protección de la infancia. Esta segunda centra la atención de este comentario.

El art. 39.4 de la Constitución española establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Como no se establece condición de nacionalidad alguna para la titularidad de este principio rector, ha de suponerse

¹ Se hace notar que si bien esta es la denominación por la que se conoce a este colectivo en particular riesgo de exclusión social, la criminalización del término sugiere que sea sustituido cuando se aborda su análisis desde la perspectiva académica. Se trata de evitar de este modo una connotación negativa que no se comparte.

que los menores extranjeros, acompañados o no, gozan de la protección que los tratados internacionales de derechos de los niños proyectan sobre el ordenamiento español. Estos tratados específicos son la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (20/11/1989) y vigente en España desde 1990, y el Convenio del Consejo de Europa sobre el ejercicio de los derechos de los niños (25/1/1996), en vigor en nuestro país desde el 21 de febrero de 2015. Por su parte, el legislador nacional aprobó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que también se refiere a los niños y niñas que llegan solos y solas a España, como lo hacen varias de las leyes autonómicas de protección de la infancia. En todas estas disposiciones se parte de la regla general de que la minoría de edad supone una cierta limitación de la plena capacidad de obrar de una persona, admitiendo tal limitación excepciones en virtud de la madurez del menor, pero al tiempo le hace beneficiario de la tutela y asistencia prestada por las administraciones públicas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de que es titular.

Lo anterior significa que, ante un menor, al Estado debería importarle sólo su condición de menor, independientemente de su origen nacional, pero la práctica nos demuestra que las cosas no son así, a pesar de que los arts. 58.3, 60 y 61 LODYLE veta que los menores sean rechazados en frontera, devueltos, expulsados o internados en un CIE. En un amplísimo número de supuestos, cuando las administraciones públicas (estatal, autonómicas y locales) tienen ante sí a un menor extranjero no ven a un niño de una determinada nacionalidad, sino a un extranjero que no ha cumplido los dieciocho años y al que, por esa razón, hay que hacer beneficiario de determinadas prestaciones que se asocian al pleno disfrute de los derechos de que es titular por el mero hecho de ser menor (educación y asistencia sanitaria fundamentalmente). Y es que, como bien sabemos, en el caso de los niños, niñas y adolescentes no juegan las exclusiones de titularidad de los derechos fundamentales, que si operan respecto de los mayores de edad debido a su situación administrativa (en ese sentido SSTC 236/2007, 155/2015 y 139/2016). Es aquí donde se encuentra el nudo gordiano del problema. Al extranjero irregular se le expulsa (o se intenta). El menor, independientemente del modo de entrada en territorio nacional, no puede ser considerado irregular, es sujeto de protección por parte de las administraciones si está solo, y sólo podrá ser devuelto a su país de origen bajo determinadas y estrictas condiciones (SSTC 183 y 184/2008).

La lógica de las políticas migratorias (devolución/expulsión de los irregulares) y la lógica de las políticas de protección de la infancia, no parecen fácilmente conciliables. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo expresa claramente que la solución al dilema para por entender que el niño o niña migrante y solo es ante todo un menor expuesto a un peligro potencial, y que su protección, y no las políticas migratorias, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño (STS núm. 452/2014). Pero esta sencilla solución, no es la que impera. En la que impera, el número de niños y niñas que migran solos es excesivamente alto (aunque en realidad se desconozca el dato de manera fehaciente tal y como destaca el *Informe del Defensor del Pueblo 2018, 219-221*) y la atención que precisan excesivamente compleja y costosa. Por eso la presunción de minoridad bascula a una presunción de mayoría de edad en los casos dudosos,

con el agravante de que los casos dudosos van más allá de los que la legislación previó en su momento. A partir de ahí empezamos a hablar de la determinación de la edad como un problema para los niños, niñas y adolescentes, y no como una garantía para no dejar a ninguna persona menor de edad fuera del sistema de protección.

En este punto es donde se encuentra la clave que nos permite reflexionar sobre la movilidad de los seres humanos menores de edad, que debiera ser una movilidad basada en el disfrute de sus derechos y en la protección de esos seres humanos, y que, sin embargo, se aproxima a la “criminalización” o “penalización” de la opción migratoria, cuando se parte de los presupuestos que veremos en materia de determinación de la edad.

2. El procedimiento de determinación de la edad como mecanismo de protección que ya lo es

El art. 35 de la Ley 4/2000 y el Título XI del Reglamento de extranjería se refieren a los niños y niñas que llegan solos y solas a España, estableciendo un mecanismo de identificación tendente a asegurar que ningún menor pueda quedar fuera de la protección del Estado. Así, el art. 35 LODYLE dice literalmente en su apartado 1 que:

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.

La mera literalidad del precepto indica que debiera aplicarse la presunción de minoría de edad en tanto se despejan las dudas sobre la misma, y que la duda solo cabe en los supuestos de menores indocumentados. En el mismo sentido se pronuncia el art. 190.1 del Reglamento. Del precepto se deduce también que cuando sea necesario iniciar el procedimiento de determinación de la edad, su tramitación corresponde al Ministerio Fiscal, y su conclusión adoptará la forma de decreto de determinación de la edad, sin que se prevea en la ley procedimiento de recurso alguno.

Según la ley, serán los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (esto es la Policía de fronteras o los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que actúan en territorio nacional), quienes pondrán a los presuntos menores a disposición de la Fiscalía. Pero, en la práctica, lo hace cualquier autoridad gubernativa que entra en contacto con un extranjero y constata que podría tratarse de un menor no acompañado, lo que incluye a las administraciones que debieran dispensar tutela y protección (administración autonómica). En estos casos el argumento de la protección de los menores nacionales frente a los no nacionales, que podrían estar mintiendo sobre su edad, se coloca sobre la mesa, habiendo sido utilizado de hecho por

el Estado en varios procedimientos de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos del niño (comunicación 11/2017, por ejemplo) que lo ha rechazado. De golpe nos hemos encontrado con la “criminalización” del proyecto migratorio de estas personas muy jóvenes, casi siempre en el zaguán de la edad adulta. De golpe, la presunción de minoría decae, y la duda funciona automáticamente cuando aparece un migrante joven sin documentos, o incluso con ellos. Y surge además el conflicto de intereses entre el “presunto menor” y quien está llamado a defender su interés superior: la administración que le tutela y que pone en duda la necesidad de dicha tutela.

Lo que era un procedimiento que buscaba la protección de las personas jóvenes, para que ningún niño, niña o adolescente quedara sin la protección de que le hacen sujeto los tratados internacionales y la propia legislación interna, se acaba de transformar en un procedimiento que actúa como barrera de acceso al sistema de protección de una buena parte de los extranjeros jóvenes que viajan solos. Y que, según el sistema, mienten sobre la edad que dicen tener.

3. La determinación de la edad de las personas documentadas

El conflicto y la criminalización se acentúan cuando, en la práctica, se somete a pruebas de determinación de la edad tanto a personas que carecen de documentos, tal y como establece el art. 35 LODYLE, como a personas que sí los poseen. Dicha práctica debe ser atribuida a la Fiscalía, que como se ha expuesto, asume un indiscutible protagonismo en todo este procedimiento. La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, la Circular 2/2006 y la Consulta 1/2009 venían asumiendo que era posible someter a pruebas de determinación de la edad a menores extranjeros documentados. Tal previsión, y su aplicación práctica, es cuestionada por el Tribunal Supremo en una docena de sentencias, que se inician con la de la Sala 1ª, de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1382/2013, STS núm. 452/2014), cuando se afirma que un inmigrante con un pasaporte o documento equivalente de identidad del que se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado a efectos de realización de pruebas de determinación de la edad, partiendo de la base de que un pasaporte es válido cuando ha sido expedido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen.

A pesar de ello, la aplicación del procedimiento a los menores documentados vendrá a ser reforzada en el apartado sexto del Capítulo II del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (Resolución de 13 de octubre de 2014), como antesala de su consagración legal en el art. 12.4 de la LOPJM, que tras la reforma del año 2015 (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio), determina que:

cuando 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.

Pareciera, por tanto, que entre el art. 35 LODYLE y el art. 12.4 LOPJM existe una suerte de contradicción de principio. O de finalidad. El Protocolo determina, en primer término, que la documentación que origen extranjero no constituye prueba plena sobre la edad salvo que así venga reconocido expresamente por Convenio o Tratado internacional, lo que sucede en el caso de Marruecos. No obstante, admite que los pasaportes originales serán título suficiente para reconocer la condición de menor de edad salvo que: presente signos de falsificación (que determina el Protocolo); existan dos documentos de la misma naturaleza con datos distintos; incorpore datos contradictorios con otra documentación del país de origen o de que disponga la autoridad española competente; sea contradictorio con previas pruebas médicas sobre la edad; sea patente la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado; contradiga sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento; o incorpore datos inverosímiles. En suma, es tan amplio el elenco de factores que permiten considerar a un extranjero portador de un documento como extranjero no documentado que, en la práctica, la facultad de Fiscalía para iniciar el procedimiento de determinación de la edad es esencialmente ilimitado (en ese sentido nota informativa de Fiscalía núm. 2/2018). El encaje del art. 12.4 LOPJM y del Protocolo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene de la mano de la aplicación del juicio de proporcionalidad, un juicio que el Supremo no niega, no podría, a la Fiscalía, y que debiera actuar sólo como cláusula de intervención residual en casos de duda. Y no como justificación de la existencia de la duda.

Frente a esta práctica, las Observaciones Finales sobre los derechos de la infancia en España (2018) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas son muy críticas e instan a la revisión de la LOPJM y del Protocolo Marco, apelando a la observación general núm. 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, a las observaciones generales núm. 22 (2017) y núm. 23 (2017), y a la recomendación CRC/C/ESP/CO/3-4, párr. 60. La finalidad del Comité es evitar la realización de pruebas sistemáticas e invasivas, y asegurar que se tengan en cuenta las pruebas documentales u otro tipo de pruebas. El Dictamen del Comité de Derechos del Niño que responde a la comunicación individual núm. 11/2017 (17/9/2018) establece claramente que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y que deben tenerse en cuenta las declaraciones de los niños.

4. El procedimiento de determinación de la edad

Según establece el art. 25 de la Directiva 2013/32/UE (DOUE L 180/60 de 29/6/2013) los procedimientos de determinación de la edad deberían ser de aplicación gradual, yendo de las pruebas menos invasivas a las más invasivas, y con pleno respeto a la dignidad de la persona para obtener un resultado, en la medida de lo posible, fiable. En este contexto las pruebas médicas exigirían consentimiento y la negativa a su realización podría ser considerada como prueba de mayoría, pero siempre refutable. La presunción de minoría de edad debería operar durante todo el procedimiento, y convendría asegurarse la implicación de un representante del menor en el procedimiento de evaluación. La Oficina Europea de apoyo al asilo (EASO) publicó en 2018 la segunda edición de su guía práctica sobre evaluación de la edad insistiendo en las mismas ideas que contiene la directiva, con algunas precisiones adicionales: hay que aplicar la presunción de minoría de edad, hay que informar y escuchar al menor y aceptar su negativa a practicar determinadas pruebas sin que ello le perjudique de forma irreversible, hay que evaluar el interés superior del niño, es preciso contar con un representante o tutor y con profesionales cualificados para realizar la valoración, es preciso contemplar la existencia de un recurso efectivo frente a la determinación de la edad por la administración del Estado receptor.

En este mismo sentido se manifiesta el Comité de Derechos del Niño, en la respuesta a la comunicación 11/2017, insistiendo en que mientras el procedimiento de determinación de la edad esté abierto deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. También se refiere el Comité a que, “en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados para efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo”. Se insiste, por tanto, en la necesidad de una valoración holística de la edad del menor, en que las pruebas médicas, que son siempre más invasivas del derecho a la intimidad, sean la última ratio. El Comité pone el acento en esto, recomendando a los Estados que se abstengan “de utilizar métodos médicos basados en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios”.

No parece difícil advertir una cierta confluencia en las posiciones de los organismos internacionales. A pesar de todo ello, y del mandato de los arts. 10.2, 39.4, 93 y 96 CE que exigiría alinearse con los planteamientos expuestos, en España seguimos fiando la determinación de la edad a las pruebas médicas, y esencialmente a la prueba radiológica basada en el Atlas de Greulich y Pyle y la ortopantomografía dental, cuya falta de precisión es reconocida por la comunidad médica; no acudimos a un procedimiento multidisciplinar, ni holístico para determinar la edad; la negativa a realizar las pruebas médicas es una presunción de mayoría que resulta, en la práctica, difícilmente refutable por cuanto resulta prácticamente irrefutable el decreto de determinación de la edad; no es frecuente que se nombre al menor un tutor o representante; no se sujeta a tutela formal al presunto menor

durante el tiempo en que dura el procedimiento de determinación de la edad, lo que hace que en ocasiones quede desprotegido, y en otras se de una tutela de facto que no facilita su acceso al disfrute de sus derechos fundamentales; y no se prevé un mecanismo de recurso efectivo frente a los decretos de determinación de la edad.

Todo ello puede deducirse fácilmente de la lectura de los apartados segundo y sexto del Capítulo V del Protocolo, que desarrollan el procedimiento para la elaboración del expediente de determinación de la edad, sin prever la asistencia letrada del menor, ni la posibilidad de recurso jurisdiccional contra los actos que desarrollará la Fiscalía en aras a concluir el expediente de determinación de la edad. De hecho, se define todo el expediente como diligencia preprocesal (art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), lo que excluye, por propia definición, la intervención judicial en el trámite. Un trámite, por lo demás, en que la única garantía de los derechos del menor es la solicitud de consentimiento informado para llevar a cabo las pruebas médicas. Sólo en el caso de que las pruebas médicas sean realizadas por la entidad pública de protección de menores, por su propia iniciativa, y para que puedan tener virtualidad revisora de la decisión acordada en el decreto del Ministerio Fiscal, se prevé el nombramiento de defensor judicial para los menores de 16 años, mientras que los mayores podrán prestar su consentimiento o no a la realización de esas pruebas sin asistencia alguna. Mostrando un cierto grado de flexibilización del procedimiento en aras a garantizar los derechos del menor, la nota informativa de Fiscalía núm. 2/2018, admite que, en los supuestos de solicitud de revisión de los decretos, el peticionario pueda estar acompañado de un representante de su confianza y, en su caso, de un letrado de su elección.

5. Y después de la determinación de la edad, ¿qué sucede? El problema del recurso efectivo

Si se ha determinado la minoría de edad, se reseña al menor y se le incluye en el registro de “menores extranjeros no acompañados”, se declara la situación de desamparo y se le sujeta a la tutela de la administración autonómica que se vaya a hacer cargo del menor (arts. 148.1.20 CE y 172 CC). En el caso de España la mayor parte de los niños y niñas que llegan solos a España, están bajo la tutela de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Madrid y Cataluña, bien porque son territorios de primera acogida, bien porque son comunidades de destino preferencial para los menores. En supuestos excepcionales, declarada la situación de desamparo, la administración puede otorgar la tutela del menor a organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores (art. 35.11 LODYLE).

A partir de ese momento, la administración debiera buscar una solución individualizada y duradera para el menor, que puede pasar por la devolución al país de origen siempre que ello coincida con el interés superior del niño o la niña y se le escuche a este respecto, o por la permanencia en territorio nacional hasta su mayoría de edad, período en el que deberá atenderse a su acceso a la educación y a su documentación (art. 4 LODYLE y art. 10.4

LOPJM). Esta última cuestión tiene una relevancia capital: el menor que alcanzan la mayoría de edad documentado poseerá una autorización de residencia y tres meses para renovarla a su expiración, transformándola en una autorización de residencia y trabajo (art. 196 LODYLE), pero el menor sin documentar que cumple 18 años solo tiene la opción de solicitar, a iniciativa de la entidad tutelar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales que se otorgará en función de una serie de criterios de evaluación discrecional relativos a su grado de integración (art. 198 LODYLE). Los problemas relacionados con la inadecuada documentación de los menores merecen un capítulo de examen específico.

En cambio, si se determina la mayoría de edad, la persona es considerada automáticamente mayor a los efectos del sistema de protección, independientemente de lo que diga la documentación que porte, o la que pueda llegar a obtener a posteriori. Es posible la revisión del decreto por el propio Ministerio Fiscal si aparece documentación que no existía cuando se libró el decreto (Consulta 1/2009 y Protocolo), pero la existencia de documentación, como hemos visto, no condiciona la decisión de la Fiscalía sobre la determinación de la edad, ni supone una revisión automática del decreto. Si exige ese automatismo la existencia de una resolución judicial firme pronunciándose sobre la edad del menor (nota informativa de Fiscalía núm. 2/2018).

En cualquier caso, la revisión no responde a un procedimiento jurisdiccional de recurso. Los decretos de determinación de la edad no pueden ser objeto de un recurso directo ante los órganos jurisdiccionales, porque son considerados como resolución meramente interlocutoria. Solo se pueden recurrir los efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad, por ejemplo, la resolución de cese de una tutela constituida por una Comunidad Autónoma en favor de un “presunto menor”, lo que no acostumbra a suceder. Pero este recurso indirecto, que es al que parecen apuntar los AATC 151 y 172/201, no es un recurso efectivo en el sentido que dan a esta expresión el art. 13 CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

El decreto de determinación de la edad es un acto de la Fiscalía que tiene consecuencias en la determinación de la capacidad de obrar de una persona, y en la determinación de su estatuto jurídico, en la medida en que se trata de una persona extranjera. Si se admite que existe una total falta de previsión legal respecto de recurso directo contra el decreto de determinación de edad (ATC 151/2013), puede entenderse también que tal ausencia de recurso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores, en su dimensión de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), porque exige que el decreto genere consecuencias en otros órdenes (civil, penal, administrativo) para poder atacar la fuente del problema, esto es el propio decreto. Si tenemos en cuenta que la práctica habitual de los tribunales es que la presunción de minoría de edad no se mantiene mientras se tramita el recurso, y que adicionalmente no se conceden medidas cautelares en estos procesos, el resultado es que el “presunto menor” estará desprotegido hasta que el órgano judicial resuelva, en el curso de un procedimiento que no será necesariamente sumario. Y sin tutela cautelar en estos procedimientos, no hay tutela judicial efectiva en absoluto, porque estamos hablando, en la mayoría de los supuestos, de adolescentes mayores, que cuando quieran ver resuelto el

recurso estarán muy cerca de la mayoría de edad, si no la han sobrepasado ya. En muchos casos nunca entrarán al sistema de protección, aunque hubieran tenido derecho. En muchos otros no recibirán siquiera la documentación que hubiera debido tramitarse. Siempre se tratará de soluciones tardías y, por ello, negadoras de la obligación positiva del Estado español de garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes a los que deba tutelar.

Y no se trata solo de que no exista una vía de recurso directa, sino de que la falta de previsión legal expresa, respecto de las vías de recurso, introduce un elemento de inseguridad jurídica contraria al art. 9.3 CE. No está claro a qué procedimiento acudir, ni claro que no se pueda acudir a cualquiera: un recurso contencioso administrativo en defensa de los derechos fundamentales (arts. 114 a 122 bis de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa), un declarativo ordinario (art. 249 LEC), una jurisdicción voluntaria (art. 87.1 a) Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria), una oposición al cese de tutela (arts. 779 y 780 LEC), un recurso contra la expulsión, un procedimiento penal llevado ante la jurisdicción ordinaria que debiera reconducirse a la jurisdicción de menores... Esta indefinición abre la posibilidad de que los órganos judiciales a los que acuda el menor terminen por declararse incompetentes. Pero, al tiempo y en la medida en que las vías de recurso no están claras, cualquier interpretación que realice el juez y que lleve a la inadmisión por inadecuación de la jurisdicción podría ser tachada de incurrir en un formalismo enervante y ser por tanto lesiva del art. 24.1 CE.

En suma, el procedimiento de determinación de la edad es un problema, y no la solución a un problema, con lo que se impone su revisión inmediata. No solo porque así lo indiquen los organismos internacionales de derechos humanos que han tenido ocasión de pronunciarse hasta la fecha sobre la cuestión, sino porque resulta de justicia asegurar la defensa de los derechos e intereses de las personas más vulnerables, y los niños y niñas extranjeras que migran solos, sin duda alguna, lo son.

BIBLIOGRAFÍA

Cabedo Mallol, V. (2011): “Marco normativo de los menores extranjeros no acompañados en España”, en Cabedo Mallol (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 33-79.

De Bartolomé Cenzano, J.C. (2015): “Garantías Constitucionales y legales en el procedimiento de reagrupación familiar o repatriación de los MENA”, en Cabedo Mallol, V. (coords.), *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones jurídicas. Actividades investigadoras y docentes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 53-92.

De Palma del Teso, A. y González García, A. (2015): “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, 611-637.

Defensor del Pueblo de España (2011): *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid.

Fundación Raíces y Consejo General de la Abogacía Española (2014): *Solo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad de menores de edad no acompañados*, Madrid.

Garamendi, P.M., Bañón, R., Pujol, A., et al. (2011): “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”, en *Revista Española de Medicina Legal* 37(1), 16-23.

Gómez Fernández, I. (2017): “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* 2/2017, de 1 de marzo.

Sánchez-Covisa Villa, J. (2008): “Menores extranjeros no acompañados”, en *Derecho, inmigración e integración: 21, 22 y 23 de noviembre de 2007*, Madrid, Ministerio de Justicia, 407-427.

Save The Children (2003): *Menores no Acompañados. Informe sobre la Situación de los Menores no Acompañados en España*. Madrid, Save the Children.

UNICEF (Grupo de Investigación IFAM. Fundación Pere Tarres) (2010): *Menores Migrantes No Acompañados/as en España*, Madrid, Sueños de bolsillo, UNICEF y Banesto.

UNICEF y CGAE (2009): “Ni ilegales ni invisibles”. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España. Informe 2009. Madrid, UNICEF.

Van Bueren, G. (2008): *Les droits des enfants en Europe, Belgique, Éditions du Conseil de l'Europe*.