

Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época) e-ISSN: 2014-3753

Mayo de 2024, nº 26

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



© De la Fuente Cardona, Francisco Salvador



**DOSSIER “MIGRACIÓN Y TRATA. ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES”:  
EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD Y LA CRIMINALIZACIÓN  
INDIRECTA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS  
ALGUNAS REFLEXIONES A RAÍZ DE LA STEDH DARBOE Y CAMARA C. ITALIA, DE  
21 DE OCTUBRE DE 2022\***

**Dossier “Migració i tracta. Algunes sentències rellevants”:** EL PROCEDIMENT DE DETERMINACIÓ DE L'EDAT I LA CRIMINALITZACIÓ INDIRECTA DELS MENORS ESTRANGERS NO ACOMPANYATS . ALGUNES REFLEXIONS ARRAN DE LA \*STEDH \*DARBOE I \*CAMARA C. ITÀLIA, DE 21 D'OCTUBRE DE 2022

**Dossier “Migration and trafficking. Some relevant judgments”:** THE AGE DETERMINATION PROCEDURE AND THE INDIRECT CRIMINALISATION OF UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS. SOME REFLECTIONS ON THE ECHR DARBOE AND CAMARA V. ITALY OF 21 OCTOBER 2022

**Francisco Salvador de la Fuente Cardona \*\*** 

*Universidad Complutense de Madrid*

**DOI:** <https://doi.org/10.1344/cpyp.2024.26.46790>

## **RESUMEN**

*El presente trabajo se propone tres objetivos. Primero, se exponen las notas principales del procedimiento de determinación de la edad y sus déficits o sombras a la luz de su puesta en práctica en materia de menores extranjeros no acompañados. Segundo, se refuerza el juicio crítico que merece la actual regulación a través de la referencia a un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual «convencionaliza» algunos derechos de los menores. Y, tercero, se*

---

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión” (IUSMIGRANTE) PID2019-105778RB-100, Convocatoria Proyectos I+D+i 2019, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

\*\*fcfuente@ucm.es

*sintetizan y se valoran positivamente algunas características del procedimiento de determinación de la edad que propuso el Anteproyecto de Ley de 2022.*

**Palabras Clave:** *menores migrantes, determinación de la edad, criminalización, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

## RESUM

*El present treball es proposa tres objectius. Primer, s'exposen les notes principals del procediment de determinació de l'edat i els seus dèficits o ombres a la llum de la seva posada en pràctica en matèria de menors estrangers no acompanyats. Segon, es reforça el judici crític que mereix l'actual regulació a través de la referència a un pronunciament del Tribunal Europeu de Drets Humans, el qual «convencionaliza» alguns drets dels menors. I, tercer, se sintetitzen i es valoren positivamente algunes característiques del procediment de determinació de l'edat que va proposar l'Avantprojecte de Llei de 2022.*

**Paraules Clau:** *menors migrants, determinació de l'edat, criminalització, Tribunal Europeu de Drets Humans.*

## SUMMARY

*This paper has three objectives. First, it sets out the main features of the age determination procedure and its shortcomings or shadows in the light of its implementation in the field of unaccompanied foreign minors. Second, it reinforces the critical opinion that the current regulation deserves by referring to a judgment of the European Court of Human Rights, which "conventionalises" some of the rights of minors. Some features of the age determination procedure proposed in the 2022 Draft Bill are summarised and positively assessed.*

**Keywords:** *migrant minors, age determination, criminalisation, European Court of Human Rights.*

### 1. Consideraciones introductorias .

1. Desde comienzos de siglo y, muy especialmente, en los últimos años, está teniendo lugar un incremento significativo del número de menores extranjeros no acompañados que llegan a los países de la cuenca mediterránea. Si atendemos a España, los datos de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras publicados en las últimas *Memorias de la Fiscalía* revelan que, entre 2018 y 2022, se identificó la llegada de casi 20.000 presuntos menores no acompañados. Estas cifras ponen de manifiesto la oportunidad de dedicar un espacio a la reflexión sobre el tratamiento jurídico que se está dando a los mismos, especialmente, porque se observa una constante tensión entre el fin de protección de la infancia y la protección de una política migratoria de control de fronteras<sup>1</sup>, lo que trae consigo algunos *déficits* no admisibles en un ámbito que no es el propio de la legalidad ordinaria, sino de la protección de derechos humanos.

---

<sup>1</sup> Montesinos Padilla, C (2021, p. 233), «la confluencia de las condiciones de menor y de migrante irregular, sitúan al Estado en una peliaguda disyuntiva, la de la protección o la expulsión»; similar, Gómez Fernández, I. (2019, p. 268), el menor extranjero no solo se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a quienes controlan las rutas migratorias, sino frente a las administraciones de los Estados por los que transitan o a los que llegan en su proyecto migratorio, porque su actuación se encuentra condicionada por una tensión entre la lógica del control de fronteras y la lógica de la protección de la infancia.

2. Con carácter general, podemos afirmar que nuestro país reconoce la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos niños y adolescentes no acompañados y ha adquirido, a través de la firma de una serie de instrumentos internacionales, la obligación de dispensarles una mínima protección. El marco jurídico internacional relativo a la protección de los menores está presidido por la Convención sobre los derechos del niño (CDN) de 1989 y sus dos protocolos facultativos y es complementado por numerosa normativa<sup>2</sup>. Sin embargo, se trata de un marco regulatorio relativamente “antiguo”, que no aborda esta realidad en su redacción original<sup>3</sup>. De hecho, la CDN no hace alusión en su articulado a los menores extranjeros no acompañados. Esta laguna sólo fue colmada, con el paso del tiempo, a través de una interpretación sistemática de la propia CDN, que en su art.2 consagra el *principio de no discriminación*. Se entiende que este principio obliga a los Estados a proteger a todos los menores, sin excepciones y con independencia de su situación administrativa, interpretación que ha sido avalada por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General núm. 6 (2005).

No son pocos los retos a los que se enfrenta nuestra Administración Pública en la gestión de este fenómeno. En las próximas páginas nos centramos exclusivamente en uno, a saber, *en el trato que se ha de dispensar a aquellos extranjeros no acompañados que afirman ser menores de edad, pero dicha minoría de edad no queda acreditada con seguridad a la vista de su aspecto físico ni de la documentación obrante*. Estamos aquí ante supuestos grises o difíciles, normalmente de adolescentes entre 16 y 18 años, para quienes la mayoría de edad «marca la línea divisoria entre dos mundos»<sup>4</sup>, entre entrar en el sistema de protección de la infancia o verse sometido al Derecho sancionador en materia de extranjería. Para resolver estos supuestos grises entra en juego el procedimiento de *determinación de la edad* enunciado en el art. 35.3 LOEx.

El interés de abordar esta cuestión se justifica por dos razones. Uno, parece que los déficits que se achacan a la concepción en abstracto y a la aplicación en concreto del procedimiento de determinación de la edad no son mero abalorio dogmático, sino una exigencia de derechos humanos cuyo incumplimiento puede traer consigo la “criminalización” del menor extranjero no acompañado<sup>5</sup>. Así lo han venido revelando los dictámenes condenatorios a España del Comité sobre los Derechos del Niño y la jurisprudencia del TEDH. Y, dos, resulta particularmente oportuno reflexionar sobre esta cuestión porque parece existir el impulso político para acometer una reforma legislativa que corrija y supere los déficits existentes.

3. Con este objetivo en mente, tratamos de responder los siguientes interrogantes. Primero, ¿cuál es el estado de la legislación y de la práctica en materia de determinación de la edad ante estos casos grises o difíciles?, ¿qué críticas merece el tratamiento actual? Segundo, además de una crítica desde la perspectiva de la CDN, ¿es posible poner en duda el estado actual de cosas a la luz del CEDH? Las

---

<sup>2</sup> Junto a estos, el marco jurídico internacional está integrado, entre otros, por instrumentos como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial contra la mujer o la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, también aplicables a los menores extranjeros no acompañados. En el ámbito del Consejo de Europa, en 2015 entró en vigor el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, que les reconoce algunos derechos procesales.

<sup>3</sup> Oliva Martínez, J.D. (pp. 43-44), presenta, además, “cierto carácter fragmentario” y debilidad “en todo lo relacionado con los mecanismos de garantías y control de las obligaciones estatales”, careciendo de eficacia en la protección

<sup>4</sup> Solanes Corella, A., Hernández Moreno, N. (2022, p. 277).

<sup>5</sup> Montesinos Padilla, C. (2021.p. 271), «lo que era un procedimiento que buscaba la protección de las personas jóvenes, ... se acaba de transformar en un procedimiento que actúa como barrera de acceso al sistema de protección».

exégesis más recientes de estos textos imponen una serie de principios y garantizan un conjunto de derechos que han de condicionar la actuación de los poderes públicos en materia de menores extranjeros no acompañados, lo que no siempre está encontrando acogida en la legislación y en la práctica nacional. Y, tercero, ¿cuál ha sido la propuesta de reforma de nuestro legislador? Introduciremos brevemente las notas del Anteproyecto de Ley presentado.

## **2. El procedimiento de determinación de la edad ante los supuestos grises y sus sombras o déficits.**

1. La legislación de extranjería española, como hemos adelantado, atiende a la vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados y les concede una especial protección. En los supuestos “fáciles” en los que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado localicen “a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes” (art. 190.1 RLOEx). En cambio, en los supuestos “grises” en que se localicen a extranjeros no acompañados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, a la vista de su apariencia física o de la documentación obrante, el art. 35.3 LOEx y el art. 190.1 RLOEx prevén que este hecho se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual procederá, con carácter prioritario, a la determinación de su edad con la colaboración de las instituciones sanitarias.

La práctica de esta clase de expedientes ha aumentado sensiblemente en los últimos años en línea con el aumento de los flujos migratorios irregulares, adquiriendo una significativa relevancia. Según los datos de la Memoria de la Fiscalía de 2023, durante el año 2022 se incoaron en España 4805 expedientes. Del total, 2163 concluyeron que se trataba de un menor de edad o, al menos, que existían posibilidades de que lo fuera; 1264 expedientes determinaron que el interesado era mayor de edad; y 1378 no pudieron concluirse por abandono del centro antes de poder practicar las diligencias. Las cifras han seguido aumentando y, según manifiesta la Fiscalía de Santa Cruz de Tenerife, habría incoado más de 1800 expedientes hasta mediados de octubre de 2023<sup>6</sup>.

Una correcta sistemática exige que presentemos, primero, las notas principales de la configuración del procedimiento y, a continuación, los déficits observados.

2. La regulación del procedimiento de determinación de la edad para dilucidar estos casos difíciles se desarrolla en el Capítulo V del *Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados*, anejo al Acuerdo aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (PM 2014)<sup>7</sup>, el cual se rubrica “Extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad”.

2.1. El procedimiento de determinación de la edad compete al Ministerio Fiscal y se configura como una diligencia preprocesal del art. 5 in fine EOMF<sup>8</sup>. Se tramita mediante un expediente, cuyas notas mencionaremos enseguida, y se resuelve a través de un decreto. Se le atribuye carácter provisional porque (en teoría) solo tiene el objetivo de permitir decidir de modo cautelar y urgente,

---

<sup>6</sup> Datos recogidos por el diario El País: [enlace](#) (último acceso el 12 de febrero de 2024).

<sup>7</sup> Firmado por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

<sup>8</sup> “También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”.

preferiblemente durante el servicio de guardia, si el joven localizado debe ser acogido en un centro de protección de menores, quedando, como consecuencia, bajo el sistema de protección de la infancia. En este sentido, el capítulo quinto del PM 2014 incide en la naturaleza provisional del expediente y expresamente aclara que este no persigue la determinación definitiva de la edad del interesado en cuanto una de las manifestaciones de su estado civil.

El Ministerio Fiscal incoa el expediente bien cuando tiene noticia de la existencia de un extranjero cuya minoría de edad no puede establecerse con seguridad, carece de la documentación acreditativa de la minoría de edad y es necesario para la defensa de sus intereses, bien cuando recibe comunicación por los agentes de la autoridad de la localización de un extranjero en dicha situación y quede acreditado, como primera diligencia, que no ha sido inscrito previamente en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA).

Inicialmente, a la luz del texto del art. 35 LOEx, se entendió que el procedimiento de determinación de la edad quedaba restringido a los supuestos de falta de documentación en sentido estricto<sup>9</sup>. Sin embargo, su campo de aplicación fue ampliado en la práctica. A partir de la Circular FGE 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España<sup>10</sup>, se “inició un tímido cambio, considerando también aplicable este procedimiento a los niños con documentos que mostraran signos de falsedad”<sup>11</sup>. Esta aplicación extensiva del procedimiento no parece que estuviese prevista en el art. 190 RLOEx, aprobado en 2011, ni fue admitida, al menos aparentemente, por la jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo<sup>12</sup>.

La tesis de la FGE fue recogida, sin embargo, por el PM 2014, el cual establece en el apartado sexto de su capítulo segundo, como regla general, que “los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del artículo 25.1 LOEX serán *título suficiente* para reconocer la condición de minoría de edad” (cursivas nuestras). Ahora bien, considera que el extranjero estará *indocumentado*, y por tanto podrá ser objeto del procedimiento de determinación de la edad, si estos documentos no resultan fiables, por mostrar signos de falsificación o datos contradictorios con otros documentos públicos otorgados por el propio Estado emisor, entre otras

---

<sup>9</sup> Así, la Instrucción FGE 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, p. 2.

<sup>10</sup> “Cabrán igualmente autorizar la práctica de las pruebas de determinación de la edad cuando, pese a la exhibición de documentación, ésta presente indicios de falsedad, y simultáneamente existan dudas sobre si el extranjero efectivamente ha alcanzado los dieciocho años”.

<sup>11</sup> Sánchez Tomás, J.M. (2019, pp. 234-235); el mismo, (2018, p. 72), esta interpretación extensiva se manifiesta también en la Consulta FGE 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, pp. 2 y 10; similar, Lázaro González, I.E. (2019, pp. 258-259).

<sup>12</sup> Entre otras, la STS 452/2014, de 24 de septiembre, FJ 2, establece que «la correcta interpretación de los artículos de la Ley y Reglamento de Extranjería permite mantener que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad». Ahora bien, acto seguido el TS parece matizar su postura, ya que apunta que, si se duda, es necesario «realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad». A pesar de que se celebró la postura del TS por el fallo que pronuncia, creemos que dejó la puerta abierta a la ampliación de su ámbito de aplicación, lo que vendría refrendado porque la literalidad de su doctrina se plasmó en la redacción del art. 12.4 LOPJM tras la reforma de 2015.

circunstancias<sup>13</sup>. Esta redacción llevó a que algunos plantearan una posible contradicción entre la norma de desarrollo y la LOEx.

Dicha problemática habría quedado superada tras la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Se ha querido ver en la redacción que otorga al art. 12.4 LOPJM el marco legal habilitante para el desarrollo del expediente en los términos que un año antes había realizado el PM 2014<sup>14</sup>. El vigente art. 12.4 LOPJM no solo prevé el procedimiento de determinación de la edad para los menores indocumentados, sino también para aquellos que presenten un pasaporte o documento de identidad que el Fiscal no considere fiable tras la formulación de un juicio de proporcionalidad en el que se ponderen las razones que dirigen a dicha conclusión.

2.2. En la actualidad, una vez se ha localizado e identificado a un extranjero indocumentado o no documentado válidamente, cuyo aspecto físico no permite asegurar su minoría de edad, se le ha de informar sobre sus derechos y tendrá lugar la apertura del expediente de determinación de la edad, ya que el art. 35.3 LOEx señala en términos imperativos que el Fiscal «dispondrá la determinación de su edad» (cursivas nuestras)<sup>15</sup>. Relacionamos a continuación las principales *notas* del expediente.

El Ministerio Fiscal, atendidas las circunstancias concurrentes, debe acordar la *autorización de las pruebas médicas*, evitando la repetición de pruebas ya practicadas cuando puedan ser perjudiciales para la salud del interesado. Dado que estas afectan, aunque sea de manera leve, al derecho fundamental a la integridad física, el requisito principal para poder acordar su práctica es la prestación por el extranjero del *consentimiento informado* ante los facultativos competentes, que le informarán sobre el tipo, características y riesgos de las pruebas<sup>16</sup>. El PM 2014 señala que los demás aspectos de la información se comunicarán por la propia policía actuante.

Si el presunto menor *no presta su consentimiento*, será llevado a presencia del Fiscal (de Guardia). La Consulta FGE 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, señala que el Fiscal deberá informar personalmente al presunto menor de los aspectos médicos y legales de las pruebas cuya práctica se propone, así como de las consecuencias que se derivan de su negativa a someterse a ellas.

<sup>13</sup> Capítulo segundo, apartado sexto del PM 2014: “A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados. B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente. C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos. D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española. E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado. F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento. G) Incorporen datos inverosímiles”.

<sup>14</sup> Sánchez Tomás, J.M., (2018, p. 74), «viene a completar de manera sobrevenida al art. 35.3 LOEx 2000 en cuanto a la descripción del presupuesto que puede dar lugar a la apertura de un procedimiento de determinación de la edad... este presupuesto ya no se concreta sólo en el caso de la indocumentación, sino también en el de la falta de fiabilidad de la documentación»; Gómez Fernández, I., (2019 p. 271), «consagración legal en el art. 12.4 de la LOPJM».

<sup>15</sup> En este sentido, la Instrucción FGE 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, p. 3.

<sup>16</sup> La Consulta FGE 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, p. 4, recuerda que «la realización de una radiografía se considera una intervención leve» y que, en estos casos, «mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal».

Si el menor persiste en su negativa a la práctica de las mismas, esta «podrá ser valorada como un indicio relevante de su mayoría de edad», aunque no se tratará nunca de una presunción automática<sup>17</sup>. Habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias concurrentes, ya que el Fiscal debe velar por los intereses del presunto menor, con el objetivo de evitar que se trate como adulto a un menor que únicamente se muestra “contumaz o temeroso”<sup>18</sup>.

Si el menor presta su consentimiento, la fuerza policial actuante lo pondrá en conocimiento del Fiscal. De cara a satisfacer el principio de celeridad, no es necesario que el menor sea puesto a su disposición en las dependencias de la Fiscalía. Tampoco es necesario que la puesta en conocimiento del Fiscal se produzca mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía. Es suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, como un correo electrónico o, incluso, mediante llamada telefónica<sup>19</sup>. Así, se levantará acta en la que conste de manera inequívoca la autorización del presunto menor. Para ello, el PM 2014 aporta un modelo de acta en su Anexo III. En la medida en que el consentimiento es voluntario, se podría retirar en cualquier momento antes de la realización de las pruebas, siendo de aplicación en ese caso lo apuntado en el párrafo anterior.

Ya sea desde las dependencias de la Fiscalía, desde el lugar de su localización o desde el centro en el que se hospede, es importante destacar que el *traslado al centro hospitalario* para la realización de las pruebas médicas se podrá llevar a cabo tanto por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, como por el personal del centro de protección de menores donde se aloje. El traslado se realizará de la forma que menos perjudique al posible menor. Para no estigmatizar o criminalizar, se ha de evitar que le acompañen agentes uniformados o que los vehículos tengan distintivos policiales.

Una vez en el centro hospitalario, en primer lugar, el presunto menor debe ser sometido a *un examen previo* físico y personal que proceda a una «descripción global corporal con atención a sus parámetros de desarrollo general (peso, talla, biotipo, espesor de pliegues cutáneos)...», resultando de gran importancia esta exploración porque aquí se ha de dejar constancia de la apreciación de cualquier patología que pueda haber alterado su desarrollo corporal<sup>20</sup>. A estos efectos resulta relevante la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, porque introduce en el último inciso del art. 12.4 LOPJM la prohibición de que se realicen «desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas». No venía siendo ajeno a la práctica estatal la realización de desnudos integrales y exploraciones genitales, como relata el dictamen del Comité de los Derechos del Niño en el asunto *R.Y.S. c. España*, de 4 de febrero de 2021.

Tras el reconocimiento médico, en segundo lugar, es el momento de valorar si procede aplicar pruebas médicas. El PM 2014 señala que corresponde a los facultativos, según las leyes de su ciencia,

<sup>17</sup> *Síndic De Greuges*, “El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados puede vulnerar los derechos de los menores”, nota de prensa de 18 de julio de 2011, p. 5.

<sup>18</sup> Similar, Nota Interna FGE (Unidad de Extranjería) núm. 2/2018: en lo que concierne a los expedientes de determinación de la edad, el Fiscal está obligado a «actuar como magistratura de garantía o amparo de los derechos fundamentales en general y el interés superior del menor en particular».

<sup>19</sup> Instrucción FGE 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, p. 2.

<sup>20</sup> Lapuerta Irigoyen, C. (2018, p. 4), «así algunas enfermedades endocrinas o carenciales (por ejemplo: raquitismo) en la pubertad modifican la maduración, y por supuesto la mención a enfermedades genéticas que afectan severamente la morfología (por ej.: síndrome de Turner)».

determinar las *pruebas* adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad. Como hemos indicado, estos facultativos explicarán al presunto menor las características de las pruebas y se consignará su inequívoco consentimiento en un acta.

En la medida en que el abanico de pruebas existentes es amplio, el PM 2014 se remite a las *Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENA*, publicadas en diferentes revistas especializadas. Las pruebas recomendadas tienden a determinar el grado de madurez ósea o dental del interesado y habitualmente son las siguientes: primero, el estudio radiográfico de la muñeca a través de su comparación con el atlas de Greulich y Pyle; segundo, la ortopantomografía dental para determinar la maduración de los terceros molares (muelas del juicio) a la luz del método de Demirjian; y, en menor medida, se practica la tomografía computerizada (TAC) del extremo medial de la epífisis clavicular, que cuantifica «la maduración de la epífisis proximal de la clavícula y su unión a la diáfisis»<sup>21</sup>. El PM 2014 exige que estas pruebas, y sus respectivos informes, se efectúen por personal médico especializado.

Tras la realización de las pruebas y la obtención de los resultados, se emite el *informe médico*, el cual debe ser motivado, con identificación del profesional y de las pruebas practicadas. Se ha de indicar una horquilla de edad mínima y, si es posible, una horquilla máxima, que se corresponda con el margen de error o desviación estándar. Si el Fiscal observa que se ha omitido alguno de los datos que exige el PM 2014, podrá solicitar la repetición o ampliación del informe.

Por último, el expediente concluye con el *decreto* del Fiscal, que contendrá una fundamentación de los hechos, una fundamentación jurídica valorando las diferentes pruebas que obren en las diligencias y la parte dispositiva<sup>22</sup>. Como plasmación del principio de presunción de minoría de edad o *favor minoris*, en la parte dispositiva se presumirá que la edad es la establecida como límite inferior de la horquilla indicada (art. 190.5 RLOEx). El decreto es revisable de oficio o a instancia de parte por la Fiscalía del domicilio de residencia del presunto menor, pero a día de hoy no es directamente recurrible ante la jurisdicción por su carácter interlocutorio.

3. Las doctrina que se ha ocupado de analizar la situación de los menores extranjeros no acompañados y el procedimiento de determinación de la edad identifica varias sombras o argumentos en contra tanto de su actual configuración legal, como de la aplicación que en la práctica se está llevando a cabo. Tratemos de sintetizarlos.

En primer lugar, se critica que las *pruebas médicas* mencionadas implican el uso de radiación, lo que puede ser peligroso para la salud del menor. Nos encontraríamos así ante una práctica innecesariamente invasiva o desproporcional, sobre todo a la vista de la falta de fiabilidad y del margen de error o desviación que presentan<sup>23</sup>. Entre otros, el Comité Económico y Social Europeo

<sup>21</sup> Sobre estas pruebas: Nota Interna FGE (Unidad de Extranjería) 2/2018, pp. 12-13; Síndic De Greuges, “El procedimiento de determinación de la edad», p. 1.

<sup>22</sup> Ahora bien, para satisfacer el principio de celeridad, la Circular FGE 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, prevé que «la resolución del Fiscal fijando provisionalmente la edad a los efectos del art. 35 LE, podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones...».

<sup>23</sup> Entre otros: De Castro Sánchez, C (2021, pp. 77-78); Gómez Fernández, I., (2019 p. 273), «falta de precisión»; Montesinos Padilla, C., (2021 p. 1); Solanes Corella, A., Hernández Moreno, N., (2022, p. 287). Similar, De Palma Del Teso, A., González García, A., (2015, p. 57), concluye que, cuando exista documentación obrante, la simple realización de las pruebas médicas no superaría el principio de proporcionalidad. Cfr. Nota Interna FGE (Unidad de Extranjería) (2/2018, pp. 12-13).



(CESE) en su dictamen de 20 de febrero de 2020, sobre la protección de los menores migrantes no acompañados en Europa, solicitó que, “dada la ausencia de fiabilidad real de las pruebas óseas”, se ponga fin a las mismas (pár. 1.12). Íntimamente unido con lo anterior, se ha denunciado que bastantes informes médicos no explicitan la probabilidad de la edad estimada, ni los márgenes de error existentes, encontrando algún decreto en el que no se elige como edad estimada el valor más bajo que resulta de la prueba, quebrantando así el principio *favor minoris*<sup>24</sup>.

Se propone, para la superación de esta situación, la introducción de un sistema de evaluación holístico, en el que se tomen en consideración otras pruebas y, llegado el caso, se entreviste al interesado con un equipo multidisciplinar para examinar su madurez y experiencias, dejando las pruebas médicas como *ultima ratio* o recurso<sup>25</sup>.

En segundo lugar, se cuestiona el escaso empeño de la Fiscalía y de las administraciones públicas en dar cumplimiento a su deber de comprobar con las autoridades de los países de origen la veracidad de la información disponible en los documentos obrantes. En este sentido, se critica que el amplio elenco de factores que permiten considerar a un extranjero como no documentado conlleva que la facultad de la Fiscalía para autorizar pruebas médicas de determinación de la edad sea casi ilimitada, lo que ha traído consigo que se acuda en exceso a las mismas y no solo de manera subsidiaria<sup>26</sup>.

En particular, de Palma del Teso y González García critican que ninguna autoridad ha precisado a qué países hace referencia la Consulta FGE 1/2009, cuando se refiere a aquellos “cuyas administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos sobre fecha, lugar de nacimiento o filiación”. En la práctica, suele ser a los Estados del África subsahariana, lo que conlleva que, por regla general, se somete a sus nacionales al procedimiento de determinación de la edad<sup>27</sup>.

En tercer lugar, y aunque no se trate de un trámite judicial, se recomienda que el menor cuente desde la localización y hasta el final del procedimiento de determinación de la edad con asistencia letrada gratuita<sup>28</sup>.

En cuarto lugar, una de las críticas más repetida y convincente es aquella que insiste en que el decreto que determina la mayoría o minoría de edad no es recurrible directamente (ATC 151/2013, de 8 de julio de 2013, FJ 5). Solo se pueden recurrir judicialmente los efectos derivados de su aplicación como, por ejemplo, la resolución que acuerde el cese de la tutela del menor por la administración o autoridad competente. Pese a que la FGE ha indicado que el decreto contiene una decisión urgente y provisional sobre una «situación de hecho», a saber, el ingreso del interesado en un centro de menores, lo cierto es que el decreto del Fiscal decide en la práctica sobre mucho más, porque las consecuencias que se anudan al mismo son trascendentales para el devenir vital del interesado, que se encuentra ante un todo o nada: o entra en el sistema de protección o se convierte en un inmigrante irregular sujeto a las normas ordinarias de extranjería<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> *Síndic De Greuges*, (2011, p. 5).

<sup>25</sup> Gómez Fernández, I. (2019, p. 273), en reiteradas ocasiones el Comité de Derechos del Niño así lo requiere.

<sup>26</sup> Gómez Fernández, I. (2019, p. 272) *Síndic De Greuges*, (2011, p. 2).

<sup>27</sup> De Palma Del Teso, A., González García, A. (2015, p. 43).

<sup>28</sup> Folguera Crespo, J., Puerta Ruiz De Azúa, C., Moya García, S. (2022, p. 229); *Síndic De Greuges*, (2011, p. 4), «sería requerida asistencia letrada».

<sup>29</sup> Gómez Fernández, I., (2019, p. 275), muy crítica afirma 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)», no existe «un recurso efectivo en el sentido que dan a esta expresión el art. 13 CEDH y la jurisprudencia del TEDH»; Montesinos Padilla, C., (2021, p.

Es necesario un cambio legislativo que permita la impugnación directa del decreto del Fiscal<sup>30</sup>, lo que satisfaría el derecho fundamental a un recurso efectivo y permitiría solicitar la tutela cautelar mientras esté pendiente la revisión, evitando los graves perjuicios que podría traer consigo la salida inmediata del sistema de protección.

En quinto lugar, se recuerda que en caso de incertidumbre se debe dar el beneficio de la duda a la persona que se declara menor (*principio de presunción de minoría de edad*) y se le ha de tratar como un menor de edad durante todo el procedimiento de determinación de la edad. Esto implica, entre otras cosas, que el presunto menor cuente con un tutor o representante<sup>31</sup> y que, si el procedimiento se alarga, sea trasladado de manera cautelar a un centro residencial de atención a la infancia y adolescencia.

A la luz de la Observación General núm. 6 del Comité de los Derechos del Niño, de algunas decisiones del mismo y de la jurisprudencia del TEDH, se entiende que este deber del Estado constituye una auténtica obligación positiva o convencional en tanto se adopta la solución definitiva<sup>32</sup>. En este sentido, y pese a que la normativa nacional reconoce desde hace casi una década la presunción de la minoría de edad en el PM 2014 y en el art. 12.4 LOPJM, se critica que algunas prácticas estatales son radicalmente incompatibles con la misma como, por ejemplo, las devoluciones en caliente.

Y, en sexto lugar, podemos mencionar, entre otras críticas, el hecho de que en la práctica la negativa a consentir la realización de las pruebas médicas actúa como una presunción de mayoría de edad muy difícilmente refutable<sup>33</sup>; o que el Fiscal debería entrevistarse personalmente con el extranjero cuya edad se va a determinar<sup>34</sup>.

4. Señaladas las notas principales del procedimiento de determinación de la edad y las sombras que lo rodean, advertimos la criminalización indirecta a la que son sometidos tales jóvenes. Conviene acudir ahora al Derecho internacional de los derechos humanos, el cual refuerza la críticas que desde dentro formulan la sociedad civil y la doctrina.

### **3. Una cuestión de derechos humanos: sobre el procedimiento de determinación de la edad a raíz de la STEDH Darboe y Camara c. Italia, de 21 de octubre de 2022.**

1. Desde la segunda mitad de la década pasada, encontramos una pluralidad de dictámenes aprobados por el Comité de los Derechos del Niño en respuesta a comunicaciones presentadas contra la actuación de nuestra administración en procedimientos de determinación de la edad. Estos dictámenes, pese a algunos votos disidentes, han «convencionalizado» una serie de deberes para los Estados parte, lo que supone una ampliación del elenco de derechos de los menores a la luz de la

---

243); *Sindic De Greuges*, (2011, p. 6), sugiere «que se den garantías jurídicas a aquellos jóvenes a quienes se les ha determinado la mayoría de edad, para oponerse al resultado de dichas pruebas y para solicitar pruebas complementarias para la revisión del resultado». También la Observación General núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño, de 16 de noviembre de 2017, afirma que los Estados «deben asegurarse de que sus determinaciones [de la edad] puedan ser revisadas o recurridas ante un órgano independiente adecuado».

<sup>30</sup> Montesinos Padilla, C. (2021, p. 254).

<sup>31</sup> Gómez Fernández, I. (2019, p. 273), «convendría asegurarse la implicación de un representante del menor en el procedimiento de evaluación».

<sup>32</sup> De Castro Sánchez, C. (2021, p. 89), cita la STEDH en el asunto Rahimi c. Grecia (2011).

<sup>33</sup> Gómez Fernández, I. (2019, p. 273).

<sup>34</sup> Alonso García, M.N., Carrizo Aguado, D. (2019, p. 10).

CDN, y han puesto de manifiesto su escaso o deficiente reconocimiento en nuestro país. De alguna manera, podemos afirmar que en esta materia el Comité actúa como punta de lanza.

Así, el Comité ha reconocido que el derecho a recurrir el decreto del Fiscal es «imperativo», al afirmar que se deben garantizar «procesos de apelación»; que los Estados parte deben «proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño» (holístico); que los Estados parte «deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad» (cursivas nuestras) o bien reconocer los representantes designados por ellos (arts. 3 y 12); que el Estado vulnera el derecho a la identidad del niño (art. 8) si se le atribuye una fecha de nacimiento distinta de la referida en los documentos oficiales expedidos por su país de origen, mientras no hayan sido acreditados indicios de falsedad; y que, a la luz del art. 6 del tercer Protocolo Facultativo del CDN, pendiente la resolución de la comunicación el Estado parte debe adoptar las medidas cautelares solicitadas por el Comité, tales como la suspensión de la orden de expulsión y el traslado del interesado a un centro de protección de menores<sup>35</sup>.

Como sabemos, la eficacia interna de estos dictámenes suele limitarse a mero criterio interpretativo. Sin embargo, a diferencia del ámbito de la CDN, en el marco del sistema regional de protección de derechos humanos que constituye el Consejo de Europa nuestro ordenamiento habilita un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, es decir, cuando la jurisprudencia del TEDH constata la violación de un derecho humano, las autoridades españolas han de revisar y rectificar su deficiente actuación.

En este contexto, interesa comprobar si, a través de la denominada «fertilización cruzada», el TEDH ha «convencionalizado» alguno de los derechos mencionados en los dictámenes del Comité de los Derechos del Niño, ya que haría mucho más sencilla su traslación a nuestro ordenamiento interno.

2. En este sentido, interesa comentar la STEDH Darboe y Camara c. Italia, de 21 de octubre de 2022, la cual versa realmente sobre los hechos relativos a Darboe, porque se desconoce el paradero de Moussa Camara y la defensa desistió de la pretensión.

2.1. Los hechos se remontan a finales de junio de 2016, cuando Darboe llega a las costas de Sicilia. Una vez en tierra, el joven declaró ser menor de edad e identificó el 22 de febrero de 1999 como su fecha de nacimiento, por lo que tenía 17 años en el momento de la llegada. Durante los tres primeros meses fue alojado en un centro para menores extranjeros no acompañados y se le facilitó una tarjeta de atención sanitaria en la que se indicaba su fecha de nacimiento, aunque no consta que se nombrara tutor o representante.

Sin previo aviso, el 27 de septiembre de 2016 fue transferido a un centro de estancia de adultos en las proximidades de Venecia. Al llegar al centro de adultos tuvo una entrevista, sin intérprete ni asistente, en el que fue interrogado sobre sus planes migratorios. Tampoco fue informado sobre sus derechos. El interlocutor que le entrevistó puso en duda la credibilidad de la información sobre su edad, por lo que el 27 de octubre de 2016 se le practicó el examen radiológico del carpo de la mano izquierda, al que se aplicó el método Greulich y Pyle. El examen concluyó que tenía 18 años, sin indicar el posible margen de error de la prueba.

---

<sup>35</sup> Estos deberes para los Estados parte se mencionan, entre otros, en los dictámenes sobre los asuntos N.B.F. c. España, de 27 de septiembre de 2018; J.A.B. c. España, de 31 de mayo de 2019; S.M.A. c. España, de 28 de septiembre de 2020; y C.O.C. c. España, de 21 de enero de 2021.

Durante el tiempo en el centro de acogida de adultos, Darboe vivió una situación muy precaria. En él se alojaban casi 1400 personas, cuando había sido preparado para 542, por lo que se daba una situación de hacinamiento. No había calefacción y carecían de agua caliente en el baño. Presenció episodios de violencia, de uso y abuso de alcohol e, incluso, casos de prostitución. No había apenas asistencia médica o psicológica.

Durante su estancia en el centro de adultos entró en contacto con abogados, quienes asumieron su representación legal. A comienzos de 2017 solicitaron sin éxito ante los tribunales de Venecia una entrevista con quien hubiese sido nombrado como su tutor legal, puesto que a su llegada en junio había sido registrado como menor. Además, los representantes de Darboe solicitaron que otro doctor contrastase la prueba médica de octubre. El 13 de febrero de 2017 se emitió un segundo dictamen, aplicando a la radiografía el método TW3 para estimar la edad ósea, en el que se concluyó que la fecha de nacimiento indicada por Darboe era verosímil. Un día después, el 14 de febrero de 2017, el tribunal veneciano acordó, a la vista de la segunda prueba, su traslado nuevamente a un centro de menores.

2.2. El Estado italiano es condenado por vulneración de los arts. 3, 8 y 13 del CEDH y «convencionaliza» algunos de los derechos mencionados por el Comité de los Derechos del Niño.

En primer lugar, el TEDH entiende que el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) incluye el derecho al desarrollo personal y al establecimiento de relaciones con otras personas. Desde la perspectiva del Estado, no solo conlleva una obligación negativa o de no hacer, es decir, de no interferir, sino también una obligación positiva en la que el propio Estado ha de promocionar y garantizar dicho derecho. Esta obligación positiva sería especialmente importante en el supuesto de aquellos menores de edad extranjeros no acompañados, a los que se debe procurar protección por su especial situación de vulnerabilidad.

A juicio del TEDH, Italia habría incumplido sus obligaciones positivas (i) porque no designó un tutor al presunto menor extranjero no acompañado y (ii) porque fue derivado a un centro de estancia de adultos, antes de realizarle las pruebas médicas y pese a que no fueron concluyentes por el margen de error que albergaban.

Esta falta de consideración de la situación de Darboe supuso en verdad una vulneración *del principio de presunción de la minoría de edad*, que el TEDH estima inherente al derecho al respeto a la vida privada de los menores no acompañados. En caso de duda, como en el presente supuesto, el Estado italiano tendría que haber presumido la minoría de edad (párrs. 151-157) y nunca haber desplazado a Darboe al centro de adultos.

En segundo lugar, el TEDH también entiende que ha habido una vulneración del art. 3 CEDH porque Darboe fue sometido a un trato inhumano o degradante durante su estancia en el centro para adultos. Los menores de edad o los jóvenes cuya edad está pendiente de determinación deben ser alojados en lugares adecuados. El tribunal enfatiza que se han de evitar experiencias traumáticas o estresantes que condicionen su desarrollo. Y, a su juicio, «teniendo en cuenta la duración [casi 5 meses] y las condiciones de la estancia en el centro de adultos de Cona, el tribunal concluye que él [Darboe] fue sometido a un trato inhumano y degradante» (pár. 183).

Por último, el TEDH también condena a Italia por vulneración del derecho a un recurso efectivo (art. 13) en relación con los arts. 3 y 8, pues en ningún momento las autoridades indicaron la posibilidad

de recurrir las decisiones a las que Darboe fue sometido y que podían afectar a tales derechos del CEDH.

2.3. Además, el TEDH recuerda la importancia que ha adquirido el enfoque holístico en el procedimiento de determinación de la edad de los menores no acompañados y cita, entre otras, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europea núm. 2195, de 24 de noviembre de 2017: «la Asamblea cree que el desarrollo de un modelo holístico de evaluación de la edad que tenga en cuenta la especificidad de los niños permitiría a los Estados europeos satisfacer las necesidades de los menores no acompañados o separados de su familia» (pár. 6).

3. En definitiva, esta sentencia incorpora dentro del derecho humano al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) el principio de presunción de la minoría de edad, lo que se manifiesta en el deber del Estado de nombrar a un tutor o representante al presunto menor de edad y la necesidad de que sea alojado en un centro para niños y adolescentes en tanto no esté acreditada su mayoría de edad, en ambos casos tal y como señalaba el Comité de los Derechos del Niño. Además, si queda acreditado que la estancia en un centro para adultos supuso experiencias difíciles o traumáticas para el presunto menor, el alto tribunal entiende que se habrá vulnerado la prohibición de trato inhumano o degradante (art. 3). No se pronuncia, a diferencia del Comité, sobre la obligatoriedad de establecer un recurso o revisión del decreto del Fiscal, pero la ausencia de información al respecto le basta para condenar por vulneración del derecho a un recurso efectivo (art. 13).

#### **4.El impulso del legislador español.**

1. A la vista de las demandas de la sociedad civil y de los organismos internacionales de protección de derechos humanos<sup>36</sup>, la DF vigésimo cuarta de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, estableció que el gobierno procedería en el plazo de doce meses al desarrollo del procedimiento de determinación de la edad «de modo que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España, así como la prevalencia del interés superior del menor». Así, el Consejo de Ministros aprobó el 12 de abril de 2022 el Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad.

De acuerdo con el mismo, la edad es uno de los elementos de la identidad de una persona y afecta a su estado civil, por lo que se le daría trámite a través de un procedimiento judicial civil (declarativo especial) regulado en el nuevo Capítulo V bis del Título I del Libro IV del LEC (arts. 781 ter a 781 decies), cuya competencia recaería en los juzgados de primera instancia con competencia en familia.

En el Anteproyecto se prevén cambios relevantes que podrían evitar condenas a España, como la asistencia letrada preceptiva y gratuita o el acceso a recursos. Por razones de espacio comentamos solo dos novedades de gran relevancia práctica.

En primer lugar, de los arts. 781 ter 2 y 781 septies se derivan tres requisitos de procedibilidad para poder poner en marcha el procedimiento de determinación de la edad, a saber, (i) que la persona que se dice menor de edad se halle indocumentada; (ii) que su apariencia física no sea claramente la de un menor de edad; y (iii) que la documentación identificativa de la que dispone sea impugnada

---

<sup>36</sup> Por ejemplo, en las Observaciones Finales a España del Comité de Derechos del Niño, de 5 de marzo de 2018, se demanda la creación de un protocolo uniforme sobre los métodos de determinación de la edad, que aborde el mismo con un enfoque multidisciplinar u holístico y que le atribuya una naturaleza subsidiaria, debiendo, en su caso, tener en cuenta las pruebas documentales disponibles, de manera que las pruebas estrictamente médicas, por ser más invasivas, sean la última ratio (pár. 45).

motivadamente<sup>37</sup>. Este tercer aspecto es el más destacado en la práctica, porque a diferencia de lo que viene sucediendo, no bastará con que el funcionario o el Fiscal que entrevista al joven dude de la autenticidad de su documentación para poner en marcha el expediente de determinación de la edad. Esta documentación deberá impugnarse motivadamente conforme a la normativa civil y será el juzgador el que ponderará, con base en el principio de proporcionalidad, la aptitud de los motivos de impugnación para desvirtuar la validez y eficacia del documento y, en su caso, la conveniencia de abrir el procedimiento de determinación de la edad.

Y, en segundo lugar, mientras el PM 2014 nada dice sobre el carácter subsidiario del informe pericial y de la práctica de «pruebas médicas», el Anteproyecto expresamente subordina el informe pericial al hecho de que la prueba documental no sea suficiente y atribuye al mismo un carácter «multidisciplinar... sobre el desarrollo físico y psicológico» del menor (art. 781 nonies), de manera que se introduce específicamente la demanda del Comité de los Derechos del Niño, y de otros organismos internacionales, de que las pruebas médicas ocupen un lugar subsidiario y de que el informe pericial se aborde con una perspectiva holística.

2. En conclusión, los cambios propuestos por el Anteproyecto de Ley merecen una valoración bastante positiva, porque se trata de garantizar algunos derechos y de evitar la criminalización indirecta a la que en muchas ocasiones todavía se ven sometidos los presuntos menores. No obstante, como ha indicado el Informe del Consejo General del Poder Judicial, resulta necesario introducir algunos cambios de forma y de contenido. Por ejemplo, en la atribución de competencia territorial, ya que la Fiscalía del lugar en el que se halle el menor no será siempre la que cuente con los mejores medios (pár. 136), o en la estructura y configuración del procedimiento (pár. 152), ya que pese a lo ambicioso de los plazos señalados por el Anteproyecto, no siempre resultan realistas.

Únicamente resta señalar que la tramitación del Anteproyecto no se ha retomado tras la convocatoria anticipada de elecciones generales, lo que estimamos equivocado. La vulnerabilidad a la que se enfrentan los miles de menores no acompañados que llegan a nuestro país exige que esta materia se convierta en una prioridad, sin que se deba esperar a la recepción de sentencias condenatorias en el ámbito del Consejo de Europa.

### **Bibliografía:**

Alonso García, M.N., Carrizo Aguado, D. (2019). “La problemática situación en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados: entre la desesperación y la protección”, Papeles. El tiempo de los derechos, núm. 13.

De Castro Sánchez, C. (2021). “¿Y los derechos de los MENA? Un análisis en perspectiva europea”, Laicidad y Libertades, núm. 21.

---

<sup>37</sup> Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad, adoptado el 30 de marzo de 2023, pár. 143.

De Palma Del Teso, A., González García, A. (2015). “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 114 (3).

Folguera Crespo, J., Puerta Ruiz De Azúa, C., Moya García, S. (2022). “El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 58.

Gómez Fernández, I. (2019). “Determinación de la edad de los niños y niñas que llegan solos a España”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18.

Lapuerta Irigoyen, C. (2019). «La determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MENAS)», *La Ley Penal*, núm. 130.

Lázaro González, I.E. (2019). “Penélope o el arte de destejer: la protección que reciben en España los menores extranjeros no acompañados”. En CUARTERO RUBIO, M.V. (Dir.), *Inmigración: retos para el Derecho en el siglo XXI*, Aranzadi.

Montesinos Padilla, C. (2021). “La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Político*, núm. 110.

Oliva Martínez, J.D. (2010). “Bases del marco internacional de protección de la infancia. Especial referencia a los menores no acompañados”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.), *La situación de los menores migrantes no acompañados. Su protección e integración*, Tirant lo Blanch.

Sánchez Tomás, J.M. (2019) “Alejad a esos niños de mí: la política pública española sobre los niños desamparados en situación de irregularidad migratoria”. En CUARTERO RUBIO, M.V. (Dir.), *Inmigración: retos para el Derecho en el siglo XXI*, Aranzadi.

-(2018). “Menores extranjeros en España: últimas reformas y perspectivas de futuro”. En Velasco Retamosa, J.M. (Dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch.

Solanes Corella, A., Hernández Moreno, N. (2022). «El controvertido procedimiento de determinación de la edad: la necesidad de una reforma legal a partir de los dictámenes del Comité de Derechos del Niño», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 80.