

## FISCALIA PROVINCIAL DE BARCELONA

### SECCIÓ DE MENORS

C/ Gran Via de les Corts Catalanes 111, Edifici F,  
08014-Barcelona

## DETERMINACIÓN DE EDAD DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

### 1. Exposición del problema

Es cada vez mayor el número de personas extranjeras que dicen ser menores de 18 años, que carecen de toda familia en España, y que aportan documentación, en especial pasaportes o inscripciones de nacimiento procedentes de países del Golfo de Guinea, pero que por su aspecto físico parece evidente que son mayores de edad, en ocasiones estos pasaportes se han emitido con posterioridad a practicarse pruebas radiológicas que determinaron su mayoría de edad.

El número de estas personas es numeroso, en ocasiones han llegado a ocupar más de la mitad de las plazas que hay en los Centros de acogida de menores, y es notoriamente inconveniente que los menores de edad estén "mezclados" con adultos, que pese a serlo, tienen pasaporte como menores.

En especial son siempre los mismos educadores y abogados los que derivan estas personas al servicio de protección y a esta Fiscalía.

Algunas de estas personas exigen la atención de los servicios de la DGAIA y en cambio se niegan a firmar cualquier documento o se niegan a realizar las correspondientes pruebas para determinar si son o no menores de edad.

### 2. Marco legal

El artículo de la Ley de Extranjería, bajo el título "Residencia de menores", señala lo siguiente en su artículo 35:

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

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

3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

4. Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o

extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado."

El artículo 190 del nuevo Reglamento de Extranjería, bajo el título de "Determinación de la edad" establece:

"1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad 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, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

2. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

5. Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita."

El problema, como es obvio, es si todos los datos que aparecen en el documento, dando por supuesto que el pasaporte (o la inscripción de nacimiento extranjera) es válido y no es falso, deben ser creídos sin más. Es cierto que el pasaporte acredita la identidad y la nacionalidad de una persona, pero es un documento administrativo que no da fe del estado civil de la misma, y por tanto ni sobre su edad ni sobre su fecha de nacimiento.

El Estado Español no está obligado a creer todos los datos que aparecen en un pasaporte extranjero, aun sabiendo que el pasaporte ni es falso ni está falsificado ni manipulado; al igual que el estado civil de "soltero" o "casado" que puede aparecer en un pasaporte no es suficiente para que se pueda autorizar un matrimonio en España, la edad, la fecha de nacimiento, tampoco es un dato que sea dogma de fe.

El artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la determinación de la edad señala que:

"Para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, se traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro.

En todo caso, cuando no fuere posible averiguar el Registro civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partida; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento del artículo anterior por informe que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los Médicos forenses o los nombrados por el Juez."

El artículo 376 indica que:

"Cuando no ofreciere duda la identidad del procesado, y conocidamente tuviese la edad que el Código Penal requiere para poderle exigir la responsabilidad criminal en toda su extensión, podrá prescindirse de la justificación expresada en el artículo anterior si su práctica ofreciese alguna dificultad u ocasionase dilaciones extraordinarias.

En las actuaciones sucesivas y durante el juicio, el procesado será designado con el nombre con que fuere conocido o con el que el mismo dijere tener."

Y para el procedimiento abreviado el artículo 762.7 establece que:

"En las declaraciones se reseñará el documento nacional de identidad de las personas que las presten, salvo que se tratara de agentes de la autoridad, en cuyo caso bastará la reseña del número de carné profesional. Cuando por tal circunstancia o por cualquier otra no ofreciere duda la identidad del imputado y conocidamente tuviere la edad de dieciocho años, se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento. En otro caso, se unirá dicho certificado y la correspondiente ficha dactiloscópica. No se demorará la conclusión de la instrucción por falta del certificado de nacimiento, sin perjuicio de que cuando se reciba se aporte a las actuaciones."

De forma similar el artículo 313 del Reglamento del Registro Civil, para cuando no hay inscrita una persona en el Registro Civil y hay que proceder fuera de plazo, se señala que:

"En caso de duda sobre el sexo o edad del nacido, emitirá dictamen el Médico del Registro Civil o su sustituto.

Para determinar el año y población de nacimiento basta la información de dos personas a quienes les conste de ciencia propia o por notoriedad; pero para precisar más el tiempo y lugar acreditados por notoriedad se procurará que concurren otras pruebas."

Y para mayor seguridad y que quede clara la fecha de nacimiento, el artículo 315 del citado texto establece que

"Siempre que no produzca dilación superior a treinta días, deberán incorporarse al expediente:

1. El parte de alumbramiento, suscrito por Médico, Comadrona o Ayudante Técnico Sanitario o, en su defecto, la partida de bautismo o análoga de la religión correspondiente.
2. Certificado del matrimonio de los padres y, no siendo posible, la partida eclesiástica.
3. En su caso, certificación o parte oficial de la inscripción de nulidad, disolución o separación legal del matrimonio, aun la provisional, o de la muerte o declaración de ausencia o fallecimiento del marido.

Esto se entiende sin perjuicio de las diligencias para mejor proveer, como la unión al expediente del certificado de empadronamiento, la práctica o ampliación de prueba testifical u otras".

Así pues, en nuestro ordenamiento jurídico español, para acreditar la edad de una persona hay que acudir al Registro Civil español. Si el procedimiento abreviado tiene por suficiente el

Documento Nacional de Identidad es porque éste se emite en base a la aportación previa de la inscripción de nacimiento del Registro Civil ante la Policía. Y en las propias normas del Registro Civil, a falta de otras pruebas suficientes y documentales, se está al criterio médico.

En muchos países los Registros Civiles, cuando existen, no reúnen las condiciones de fiabilidad y seguridad que tiene el Registro Civil español, en ocasiones hay países donde se apuntan los datos por una mera manifestación jurada, como es el caso de la edad cuando alguien se inscribe fuera de plazo, y se anota la edad que se señala, pero todo ello sin ningún contraste y comprobación. De igual forma la emisión de pasaportes en algunos países (y delegaciones diplomáticas en España) se realiza con una mera manifestación sobre los datos personales, sin ser contrastados, de tal manera que la edad reflejada en el pasaporte es la edad que la persona que pide el pasaporte ha indicado, para el país que emite el pasaporte puede ser un dato sin importancia, pero para España, su aceptación, sin comprobar, supone asumir unas obligaciones y deberes muy importantes si la edad declarada conlleva la minoría de edad de la persona a la que se le entrega el pasaporte.

Es por ello que, cuando se trate de un extranjero hay que estar a lo que España haya firmado en Tratados internacionales o Convenios; así por ejemplo, con Marruecos hay establecido un Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa, firmado el 30 de mayo de 1997, con sucesivas ampliaciones. Las certificaciones de las actas del Registro Civil, expedidas por autoridad que sea competente y provistas de su sello oficial no necesitan de legalización, expresamente el artículo 39 del Citado Convenio con Marruecos señala lo siguiente:

"Las certificaciones de las actas del registro civil expedidas por una autoridad competente en el territorio de una de las Partes Contratantes y que estén provistas de su sello oficial no necesitarán ser legalizadas para ser válidas en el territorio de la otra Parte".

Para aquellos países con los que no hay Tratado o Convenio rige lo dispuesto en los artículos 86 y siguientes del Reglamento del Registro Civil:

"Artículo 86. Con los documentos no redactados en castellano ni en ninguna de las demás lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, o escritos en letra antigua o poco inteligible, se acompañará traducción o copia suficiente hecha por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competentes.

No será necesaria la traducción si al Encargado le consta su contenido."

"Artículo 87. Los documentos auténticos expedidos por autoridad o funcionario español competente no requieren legalización para surtir efectos en los Registros Civiles españoles."

"Artículo 88. A salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero y los expedidos en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo."

"Artículo 89. Aun siendo preceptiva la legalización, no se exigirá si consta al Encargado la autenticidad, directamente, o bien por haberle llegado el documento por vía oficial o por diligencia bastante. No se exigirá legalización ulterior si consta la autenticidad de la precedente.

El Encargado que dude fundamentalmente de la autenticidad de un documento, realizará las comprobaciones oportunas, sin dilatar el plazo o tiempo señalada para su actuación."

"Artículo 90. La legalización, a efectos del Registro, se hará, tratándose de documentos extranjeros, por el Cónsul español del lugar en que se expidan o por el Cónsul del país en España.

Si se trata de documentos expedidos en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo, la legalización se practicará, a estos efectos, por el Subsecretario del Ministerio correspondiente, sin perjuicio de la competencia atribuida al Cuerpo Militar de Intervención de la Defensa."

Con respecto a países de los cuales los "presuntos" menores suelen comparecer, por ejemplo Ghana, el informe de UNICEF "La inscripción en el nacimiento: un derecho para comenzar", emitido por el Centro de Investigación "Innocenti" de l'UNICEF, con sede en Florencia, Italia

(florence@unicef.org, florence.orders@unicef.org, www.unicef-icdc.org), y que trata de los problemas de la concordancia entre el Registro Civil y la realidad, señala "En otros países africanos, como Costa de Marfil, Ghana y Togo, se cree firmemente que un niño tras nacer sólo puede ser introducido progresivamente en la sociedad. Encontrar un nombre que le convenga precisa de profundas reflexiones, y el nombre no se comunica a las autoridades mientras el proceso tradicional no termina –cosa que puede comportar un desfase legal de la inscripción en el registro" ("Dans d'autres pays africains, dont la Côte d'Ivoire, le Ghana et le Togo, on croit fermement qu'un enfant nouveau-né ne doit être introduit que progressivement dans la société. Trouver un nom qui convienne à un enfant demande de profondes réflexions, et ce nom n'est pas communiqué aux autorités tant que le processus traditionnel n'est pas achevé – ce qui peut mener au-delà du délai légal d'enregistrement."). El problema de la determinación de la edad de los nacionales de Ghana es grave incluso en su propio país, ya que las autoridades de Ghana no dan validez a sus propios documentos; como el citado informe señala: "En Ghana, hay informaciones de que la policía, ante la imposibilidad de determinar con precisión la edad de los jóvenes delincuentes, les ha encarcelado en prisiones de adultos" ("Au Ghana, il a été rapporté que la police, dans l'impossibilité de déterminer avec précision l'âge des jeunes délinquants, en a incarcéré dans des prisons d'adultes").

Como puede comprobarse, pues, las propias autoridades de Ghana no consideran que sus propios documentos acrediten la edad de una persona.

Por otro lado hay que recordar la Instrucción de 20 de marzo de 2.006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, que no hace otra cosa que seguir la Recomendación (nº 9) relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil por la Asamblea General de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) (organización intergubernamental formada en la actualidad por 16 Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, España, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suiza y Turquía), Recomendación efectuada y publicada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005.

La Instrucción referida, y la Recomendación, de forma muy detallada regulan los requisitos para que un documento extranjero pueda surgir efectos de estado civil, pero resumiendo mucho, lo que se establece es que para poder determinar la eficacia de un documento extranjero en España, se ha de analizar la concurrencia de un conjunto de requisitos de dos tipos, de forma y de fondo. Ambos deben ser objeto de consideración separada en la calificación registral. En cuanto a los requisitos de forma, presenta particular importancia, en orden a la prevención del fraude documental, el de la legalización, debiendo calificarse con rigor los supuestos en que tal requisito está sujeto a dispensa. Se refiere a este requisito el artículo 88 del Reglamento del Registro Civil, conforme al cual «A salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero y los expedidos en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo». En materia de dispensa de legalización hay que destacar la existencia de dos importantes Convenios multilaterales de los que forma parte España. Pues bien, los "presuntos menores" que aportan documentación extranjera, proceden todos (salvo los marroquíes) de países que no son parte de dichos Convenios.

Existen abundantes resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado que deniegan documentos extranjeros por sospechar de falsificaciones, especialmente de ciertos Registros Civiles que son de poco fiar, por ejemplo respecto de Camerún la de fecha 13-10-2006 (5ª) B. nº 2.049; o de Guinea Ecuatorial como las de fecha 14-9-99 (3ª) nº 1.859, 2-10-2001 (4ª) nº 1.906, o 24-2-2009 (5ª); o de la República del Congo de fecha 24-2-2009 (4ª).

Y por si fuere alegada la obligación de investigar si el documento aportado por el "presunto menor" es falsificado o no; salvo que sea una falsificación burda que puede detectarse fácilmente, lo habitual es que sean documentos que aparentan ser emitidos por las autoridades del país respectivo y, de lo que en realidad se trata, es de documentos que no corresponden a la realidad (falsedad ideológica), pero este delito cometido por funcionario extranjero y en el país de origen (o en territorio diplomático extranjero, aunque fuere en una Embajada en España), no puede ser perseguido por los Tribunales españoles; y sobre la posible participación del "presunto menor" en su comisión, cabe recordar que, el particular que cometiere en documento público una falsificación ideológica, no comete ningún delito según lo establecido en el Código Penal español, por lo que no puede ser perseguido (artículo 390.1.4º y 392 del Código Penal).

Así pues, resumiendo, para determinar la edad en España de las personas se estará

1º A lo que refleje el Registro Civil español

2º Si fuere extranjero se estará a aquello que determine el Registro Civil del país extranjero si hubiere Convenio o Tratado especial

3º Si el extranjero lo es de un país con el que España no tiene ningún Convenio o Tratado es preciso que se proceda a la legalización de lo que refleje el Registro Civil extranjero (cuando existe)

4º A falta de todo lo anterior y de las partidas de bautismo, se estará al criterio médico.

EL FISCAL DELEGADO DEL SERVICIO DE MENORES

Fdo. Juan José Márquez Bonvehí

Barcelona, 2 de mayo de 2.011