

Es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de determinación de edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad

Se examina en el presente caso la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento para devolución de un extranjero indocumentado que haya entrado en España irregularmente cuando la Administración tiene dudas sobre si el extranjero es menor no acompañado.

Declara el Tribunal que en estos casos la Administración deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que proceda a determinar, recabando los servicios de las instituciones sanitarias, si procede el internamiento en un centro de protección de menores o debe someterse al régimen de devoluciones de los extranjeros mayores de edad, siendo el competente para valorar el informe emitido por los servicios sanitarios, cuya suficiencia, a los efectos de la decisión que deba adoptarse, deberá valorarse en cada caso. Si la decisión de comprobación se practica por la Administración, la decisión sería nula de pleno derecho por incompetencia manifiesta; además, como se está en presencia de un trámite esencial, su omisión conlleva igualmente la nulidad radical del acto que se dicte.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 5.ª

Sentencia 226/2024, de 09 de febrero de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 6187/2022

Ponente Excmo. Sr. WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY

En Madrid, a 9 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 6187/2022 interpuesto por don Carlos Francisco, representado por la procuradora doña Marta Saint- Aubin Alonso, bajo la dirección letrada de doña Juana Checa Ribas, contra la sentencia núm. 821/2022, de 31 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga (Sección Funcional Tercera) que estima el recurso de apelación n.º 1047/2020 interpuesto por el Abogado del Estado, revocando la sentencia núm. 23/2020, de 20 de enero, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Málaga, estimatoria del recurso n.º 529/2017 interpuesto por el recurrente frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Andalucía que acordó la devolución a su país de origen por su intento de entrada irregular en España.

Ha comparecido como recurrido la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La representación procesal de don Carlos Francisco interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Andalucía que acordó la devolución del recurrente a su país de origen por su intento de entrada irregular en España, siendo estimado por sentencia de 20 de enero de 2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Málaga, al considerar que la ausencia en las actuaciones del expediente que debió seguirse en Fiscalía para la determinación de edad del recurrente, impidió valorar si se siguieron las formalidades y garantías exigidas en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados -publicado en el BOE de 16 de octubre de 2014, en virtud de Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de 13 de octubre de 2014- y si la resolución final que declaraba su mayoría de edad estaba o no correctamente motivada.

La sentencia de 31 de marzo de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga (Sección Funcional Tercera) estima el recurso de apelación n.º 1047/2020 interpuesto por el Abogado del Estado, revoca la sentencia de 20 de enero de 2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Málaga, y desestima el recurso al considerar -siguiendo criterio mantenido por la Sala- que el *Capítulo V "Extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad"* del *Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados*, únicamente es aplicable cuando se trate de menores indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, por lo que concluye que en ese caso, "...[I]evada a cabo la prueba por el método el método Greulich y Pyle la edad es de 18 años, edad en la que no existe desviación estándar se ha concluido sin género de dudas que la edad del menor es 18 años", no había razón de aplicar lo dispuesto en el *Capítulo V* (por error se refiere Título V) del citado Protocolo Marco.

SEGUNDO. - El recurso de casación promovido por la parte.-

La representación procesal de don Carlos Francisco, ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia, denunciando la infracción, por lo que aquí interesa, del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y del 190.3 y 4 del RD 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el reglamento de la citada Ley Orgánica 4/2000.

Considera que con independencia del carácter de instrucción interna del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, la interpretación que la sentencia recurrida hace del mismo, contraviene la normativa jurídica identificada como vulnerada, dado que solo considera necesaria su aplicación cuando la prueba oseométrica determine una edad inferior a 18 años de edad. Considera igualmente que la prueba de maduración ósea siempre ha de ir acompañada con una horquilla de error y que ha de garantizarse la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en el expediente de determinación de edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo del recurso, la parte recurrente invoca los supuestos contemplados en la letra b) y c) del artículo 88.2 LJCA y la letra a) del artículo 88.3 LJCA.

TERCERO. - Admisión del recurso.-

Mediante auto de 15 de julio de 2022, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó auto el 30 de noviembre de 2022, acordando:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 6187/2022 preparado por la representación procesal de don Carlos Francisco contra la sentencia de 31 de marzo de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga (Sección Funcional Tercera) por la que con estimación del recurso de apelación n.º 1047/2020 y revocación la sentencia de 20 de enero de 2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Málaga, desestima el P.A. n.º 529/2017.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar si la determinación de edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, ha de ajustarse a las formalidades y garantías exigidas en "Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados", y más concretamente, si ha de justificarse y garantizarse la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento que se tramite al efecto, y si el informe médico de determinación de edad, que en su caso, se hubiera de emitir, ha de contemplar el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pudiera tener.

3.º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación las siguientes: del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y del 190.3 y 4 del RD 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el reglamento de la citada Ley Orgánica 4/2000.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno."

CUARTO.- Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de don Carlos Francisco con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en los motivos siguientes:

"1.º.- La determinación de la edad de Carlos Francisco no se ajustó a las formalidades y garantías legales y convencionales, denunciadas en nuestro escrito de preparación y por ende tampoco a las del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados. Y se produjo una violación de los artículos 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; artículo 190.3 y 4 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como los artículos 3, 8, 12 y 20 de la Convención de Derechos del Niño, entre otros y los arts. 12.4 de la Ley de protección jurídica del menor y 8 del CEDH.

2.º.- En la determinación de la edad de Carlos Francisco no consta intervención del Ministerio fiscal, lo que infringe los arts. 35.3 de la LO 4/2000 y art. 190.1 y 4 del RD 557/2011, así como el art. 12.4 de la Ley de protección jurídica del menor.

3.º.- En la prueba médica que se realizó a Carlos Francisco, que dio un resultado de 18 años de edad no aparece horquilla alguna que pueda poner de manifiesto un margen de error o desviación, con infracción de la jurisprudencia existente de distintas salas del Tribunal Supremo y del TEDH.", y

precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, termina suplicando a la Sala: "que teniendo por interpuesto el presente recurso de casación, lo admita y en su virtud y tras la tramitación procedente dicte sentencia por la que:

PRIMERO.- Estimado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 31 de marzo de 2022, se revoque dicha sentencia y se declare que la determinación de la edad de los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no puede establecerse con seguridad ha de ajustarse a las formalidades y garantías del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, por no ser más que trasposición de normativa convencional, legal y reglamentaria vigente y de obligado cumplimiento. Y que en cualquier caso es imprescindible la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados y que dicho trámite conste en los expedientes administrativos de extranjería, para permitir el ejercicio del derecho de defensa, así como que las pruebas médicas que se practiquen en orden a establecer la edad ósea del extranjero contengan un margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar.

SEGUNDO.- En el presente caso y al no haberse seguido las formalidades y garantías convencionales, legales y reglamentarias para la determinación de la edad del recurrente, recopiladas en el protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, y en particular, que no hubo intervención del Ministerio fiscal, ni se estableció margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar en la única prueba médica realizada procede la estimación de recurso contencioso administrativo interpuesto y revocando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, manteniendo la del juzgado de lo contencioso n.º 7 de los de Málaga en su integridad, con expresa condena en costas de la segunda instancia a la administración que recurrió en apelación."

QUINTO.- Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición, la Abogacía del Estado presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso en base a las siguientes cuestiones: "La cuestión casacional se formula para precisar si la determinación de edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, ha de ajustarse a las formalidades y garantías exigidas en "Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados". Y, como segunda y más concreta cuestión: "si ha de justificarse y garantizarse la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento que se tramite al efecto. Y, en fin, y si el informe médico de determinación de edad, que en su caso, se hubiera de emitir, ha de contemplar el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pudiera tener", y termina suplicando a la Sala: "que, teniendome por opuesto al Recurso de Casación, tramite el proceso y, tras el desarrollo del mismo, dicte sentencia que DESESTIME el presente recurso de casación y confirme la sentencia impugnada, declarando en su caso la interpretación jurisprudencial que considere conveniente, sin perjuicio de las facultades ex 93 LRJCA."

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 30 de enero de 2024, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y fundamentos.

1. La resolución impugnada

Se interpone el presente recurso de casación 6187/2022, por la representación procesal de don Carlos Francisco, a la sazón ciudadano de la República de Guinea Conakry residente en España, contra la sentencia 821/2022, de 31 de marzo, dictada por la Sección Funcional Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el rollo de apelación 1047/2020, que había sido promovido por la Abogacía del Estado, en impugnación de la sentencia 23/2020, de 20 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de los de Málaga, dictada en el recurso 529/2017, interpuesto por el ahora recurrente en casación, contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Andalucía, de 8 de junio de 2017, por la que se acordaba la devolución del recurrente a su país de origen, por entrada irregular en España.

La sentencia de primera instancia estimó el recurso y anuló la resolución originariamente impugnada, fundando su decisión, en las conclusiones que se contienen en el fundamento cuarto de la sentencia en el que se declara:

"Mantiene el demandante que es menor de edad, y que para llegar a la conclusión contraria la Administración se basó únicamente en una prueba radiológica (folio 40 e.a) cuyos resultados no son concluyentes; y que no consta se hubiera seguido el protocolo oficial para la determinación de su edad, ni que el Ministerio Fiscal haya intervenido en ese expediente.

"Llegados a este punto hay que significar que la demandada no ha incorporado al expediente administrativo, ni tampoco a este recurso como documentación probatoria, copia del expediente que debió seguir la Fiscalía para la determinación de la edad del actor, lo que impide valorar si se siguieron las formalidades y garantías exigidas en el protocolo "MENA", y si el resolución final que declaraba su mayoría de edad estaba o no correctamente motivada, requisitos todos cuya acreditación incumbe a la demandada, que no ha satisfecho esa carga probatoria, por lo que procede estimar el recurso."

Como ya se dijo, la sentencia del Juzgado fue impugnada por la Abogacía del Estado ante la Sala territorial de Málaga que, en la sentencia ya mencionada, estima el recurso de apelación, anula la sentencia de primera instancia y desestima el originario recurso interpuesto por el actual recurrente. Las razones que justifican la decisión del Tribunal territorial se contienen, en lo que trasciende al presente recurso, en el fundamento tercero en el que se declara:

"En orden a la falta de fiabilidad de la prueba oseométrica esta Sala en la sentencia dictada el 27 de Enero de 2019 en el recurso de apelación 1556/2018 dijo que, "... aún cuando es lo cierto que tanto en el apartado 1.º del Capítulo V del mencionado Protocolo, se establece, en orden la naturaleza, contenido y efectos de los expedientes de determinación, que (...) El menor será trasladado a presencia del Ministerio Fiscal antes de proceder a ordenar la práctica de las pruebas médicas cuando así lo disponga el Fiscal tras valorar la información recibida por las fuerzas policiales. Si se considera procedente realizar las pruebas médicas, el Fiscal remitirá los oficios correspondientes al Centro hospitalario, directamente o a través de la propia policía actuante. Si por causas extraordinarias no pudieran practicarse durante el servicio de guardia las pruebas debidas, una vez que el menor ha sido reseñado y se ha cotejado el RMENA, el Fiscal pondrá a disposición de la Entidad pública de protección de menores competente al menor para que proceda a su ingreso en un Centro de protección de menores hasta que aquella pueda llevarse a cabo" y en el apartado V, punto 2.º, en orden a las pruebas a realizar, que "Corresponde a los facultativos médicos según las leyes de su ciencia determinar las pruebas adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del extranjero afectado(...) Cualesquiera que sean las pruebas practicadas tendentes a determinar el grado de maduración ósea o dental (prueba radiológica del carpo izquierdo de la muñeca y examen de la dentición, en particular del tercer molar, por medio de una ortopantomografía, radiografía de la clavícula para la cuantificación de los cambios de osificación), será preceptivo el previo examen físico y personal del interesado", aun cuando, de una primera lectura del precepto pudiese concluirse que el apelante lleva razón, una lectura más detenida, conduce a la solución desestimatoria pues ambos

preceptos se encuentran dentro del Capítulo V que establece un procedimiento, y así consta en su encabezamiento para "extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, siendo así que al reconocerse e informarse por la médico que practicó la prueba oseométrica que la edad ósea del apelante, llevada a cabo por el método Greulich y Pyle es de 19 años de, edad en la que no existe desviación estándar, es decir concluyéndose sin género de dudas la edad del menor, no había razón por la que aplicar lo dispuesto en dicho Título V, que como se dijo únicamente es aplicable para cuando se trata de menores indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, por todo lo cual el recurso ha de ser desestimado" siendo así que una vez que consta en la prueba oseométrica practicada, que el recurrente sin desviación estándar para el grupo de edad, tenía 18 años y que la parte no ha interesado prueba alguna, como hubiese sido la declaración del médico que practico dichas pruebas, el motivo no puede ser estimado y por ello procede desestimar el recurso"

"Teniendo en cuenta dicho criterio, en el caso que nos ocupa, llevada a cabo la prueba por el método Greulich y Pyle la edad es de 18 años, edad en la que no existe desviación estándar se ha concluido sin género de dudas que la edad del menor es 18 años. En definitiva, no había razón por la que aplicar lo dispuesto en el Título V del Protocolo relativo a la forma de proceder cuando se vaya a decretar la Devolución de Menores Extranjeros No Acompañados."

2. El recurso de casación.

A la vista de la decisión de la Sala territorial y de la fundamentación que se consideró procedente, se prepara el recurso de casación por el originario recurrente, recurso que, como ya se dijo, fue admitido a trámite declarándose que la cuestión objetiva que suscita interés casacional para la formación de la jurisprudencia era "precisar si la determinación de edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, ha de ajustarse a las formalidades y garantías exigidas en "Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados", y más concretamente, si ha de justificarse y garantizarse la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento que se tramite al efecto, y si el informe médico de determinación de edad, que en su caso, se hubiera de emitir, ha de contemplar el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pudiera tener." A tales efectos se considera que debían ser objeto de interpretación los artículos 35.3.º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LOEX) y el artículo 190.3.º y 4.º del Reglamento de la mencionada Ley, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante, RLOEX), sin perjuicio de otros que se considerasen procedentes.

3. Los fundamentos de la interposición y oposición.

Centrado el debate del presente recurso en la forma expuesta, se aduce por la defensa del recurrente en el escrito de interposición que la sentencia de instancia vulnera los referidos preceptos a que se hace referencia en el auto de admisión, así como otros preceptos aplicable para la protección de los menores, porque se considera que cuando no pueda determinarse por la Administración la edad de un ciudadano extranjero que se encontrara en España en situación irregular, para decretar su expulsión es necesaria la intervención de Ministerios Fiscal. Se sostiene que dicha intervención pretende garantizar los derechos de los menos y que su omisión comporta la nulidad de la resolución ordenando la expulsión, por lo que se termina suplicando que se declare como jurisprudencia la consecuente con dicha argumentación y, en su consecuencia, que procede declarar haber lugar al presente recurso, anular la sentencia impugnada y, en sustitución, se dicte otra en la que se confirme la sentencia

SEGUNDO.- Delimitación el objeto del recurso.

Como hemos tenido ocasión de declarar reiteradamente, pese al carácter extraordinario del recurso de casación y su finalidad específica de fijar la interpretación de los preceptos aplicados, o debidos aplicar, en las sentencias de instancia; es lo cierto que por su propia naturaleza procesal no puede dejar de atender a las peculiaridades en que se suscita el debate en el proceso, porque, en otro caso, las sentencias de casación no dejarían de ser meros informes con olvido de que, en última instancia, comportan la satisfacción del derecho fundamental de los ciudadanos a obtener una tutela judicial efectiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.

Son necesarias las anteriores consideraciones porque en el caso de autos la cuestión casacional suscitada, que ya nos es conocida, no deja de ofrecer peculiaridades que son de necesaria consideración al dar respuesta al debate suscitado, a la vista del planteamiento que del recurso se hace por las partes.

Como cabe concluir de la fundamentación de las dos sentencias de instancia, las resoluciones administrativas impugnadas --la originaria y la del recurso de alzada-- se limitan a ordenar la devolución del recurrente por entrada ilegal en territorio nacional. Nada hay en esas resoluciones sobre la pretendida edad del recurrente ni se hace referencia alguna a concretas actuaciones llevadas a cabo para determinar si se trataba, al momento de dicha entrada ilegal, de un menor de edad; aunque se encontraba indocumentado y no estaba acompañado por persona alguna (MENA).

Fue la sentencia del Juzgado, a instancia de la fundamentación del recurso en que se cuestionaba la legalidad de dichas resoluciones, la que pone de manifiesto que al recurrente se le había practicado una prueba radiológica que el propio Juzgado considera en su sentencia que no es concluyente y que, en todo caso, no se había practicado con intervención del Ministerio Fiscal; circunstancias por las que se anula la resolución impugnada. Pues bien, es a la vista de esa cuestión suscitada en primera instancia, la que centra el debate en la sentencia de apelación con la fundamentación y decisión que ya se ha reseñado.

Ahora bien, el debate suscitado en este recurso de casación es, de manera muy concreta, la trascendencia que tiene la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de devolución de extranjeros que entraren irregularmente en territorio español y no exista certeza de si se trata de un menor de edad no acompañado y, más específicamente, del trámite que debe seguirse cuando existan esas dudas, a los efectos de aplicar las normas propias establecidas en la normativa que se cita en el auto de admisión. Y en esa labor no podemos desconocer --sin que cuestionemos nosotros los presupuestos de hecho, que no nos corresponde conforme a lo establecido en el artículo 87-bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-- que lo actuado fue simplemente que, ante la constatación de que el recurrente, con otros, procedió a la entrada en España de manera irregular y, aduciéndose que era menor de edad, se procedió de manera inminente por la misma Brigada de extranjería y fronteras de la Policía Nacional a recabar que se determinara si era mayor de 18 años por los servicios sanitarios --Hospital DIRECCION000-- emitiéndose informe al respecto en el que se hacía constar que, de las pruebas practicadas, se concluía que tenía 18 años, si bien con la indicación de que "*no existe desviación estándar*". Se hacen constar tales hechos, al amparo de lo que autoriza el artículo 93-3.º de la Ley procesal, por su relevancia para el debate que aquí se suscita, porque constan en el expediente. Con tal información se adopta la resolución que se cuestiona en este proceso.

Pues bien, a la vista de esas actuaciones la cuestión casacional que se suscita, como ya hemos visto, comporta, de una parte, determinar la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal cuando no pueda determinarse con seguridad la edad del extranjero indocumentado que haya entrado irregularmente en España, lo cual obligará, en su caso, a determinar la relevancia de dicha omisión. Pero se añade en la delimitación del recurso una nueva cuestión referida a si las pruebas que se practiquen para esa determinación deben reflejar con grado de detalle el margen de error que se

hubiese apreciado en esa determinación. Aún cabría añadir que esas cuestiones se vinculan al Protocolo Marco a que ya se ha hecho referencia.

TERCERO.- Examen de la cuestión casacional. La intervención del Ministerio Fiscal.

Procediendo al examen de la cuestión casacional en la forma y con los condicionantes antes señalados, la primera cuestión que se suscita está referida a la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento para la devolución de un extranjero indocumentado que haya entrado irregularmente en territorio español. Más concretamente ese debate se centra en determinar cuando la Administración tiene dudas sobre si el referido extranjero es un menor no acompañado.

Pues bien, teniendo en cuenta esos presupuestos es necesario recordar que la normativa en materia de extranjería contiene una regulación específica para los MENA que se encuentre ilegalmente en territorio español. Dicha normativa, en lo que se refiere al supuesto a que se refiere el presente recurso, viene establecido, y con carácter básico, en el artículo 35 de la LOEX que en sus párrafos tercero y cuarto dispone que "3. 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. 4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle." En parecidos términos se pronuncia, como es obligado, el RLOEX, que dispone en su artículo 190 que "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... 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."

Aún ha de añadirse, porque se trae al debate en el auto de admisión, que esa normativa ha sido completada por el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado por acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, publicado por resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaria de la Presidencia en el BOE del día 16 de octubre de 2014. Bien es verdad que dicho Protocolo no tiene más eficacia que en el ámbito interno de los órganos que lo suscriben, no obstante lo cual no puede ignorarse a la hora de examinar la cuestión casacional que aquí nos ocupa, porque ha sido suscitado en el auto de admisión a instancia de la parte recurrente.

La interpretación de aquellos preceptos de la legislación de extranjería antes transcritos no puede ser otra que la que resulta de los términos literales del precepto de la LOEX, esto es estimar que solo en aquellos supuestos en que el extranjero indocumentado no ofrezca duda alguna (" *indubitada* ") de que, por su apariencia física o por su documentación, es mayor de edad, deberá acordarse su expulsión cuando haya entrado ilegalmente en España. En otro caso, es decir, cuando de dichos indicios basados en su apariencia física o documentación, resulten dudas sobre su minoría de edad, la Administración deberá, entre otras actuaciones, poner el hecho de la entrada irregular en conocimiento del Ministerio Fiscal, que es el que deberá despejar la duda suscitada sobre si el extranjero es menor de edad o no, a los efectos de su expulsión, a cuyos efectos deberá solicitar la

colaboración de las oportunas instituciones sanitarias. Esa es la interpretación que resulta de los preceptos y debe resaltarse porque, como veremos, la cuestión que se suscita en el auto de admisión, a instancias de lo argumentado por la parte recurrente, es de mayor complejidad.

Aún cabría añadir que, pese a su eficacia limitada, el Protocolo viene a sostener la interpretación que se ha concluido anteriormente, porque cuando en su Capítulo V regula la actuación procedente, conforme a la LOEX, para los MENA, se encarga de señalar, en su apartado primero y con cita del artículo 35 de la LOEX, que se " *atribuye al Ministerio Fiscal la responsabilidad de ordenar la práctica de pruebas médicas de determinación de edad de aquellos extranjeros que hubieren sido localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cuando, hallándose indocumentados, su minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.* " Es decir, si la Administración no puede determinar con seguridad la minoría de edad, será el Ministerio Público el responsable de acordar la práctica de las pruebas médicas para su determinación. Por exclusión, dichas pruebas no puede ser ordenadas por la misma Administración. Menos aún es admisible que, como sucede en el caso de autos, sea la propia Administración la que decida la práctica de la comprobación de la edad del extranjero y, como de dicha prueba hay constancia de que no es menor de edad, se omita ponerlo a disposición del Ministerio Fiscal a esos mismos efectos, porque ello es hacer supuesto de la cuestión.

A la vista de esa normativa no es que el Ministerio Fiscal, como se suscita en el auto de admisión a instancias de la parte recurrente, deba tener una intervención garantizada, justificada y efectiva en la determinación de la comprobación de la edad de los extranjeros indocumentados que entraran ilegalmente en territorial nacional, es que es el Ministerio público el que ha de ordenar la práctica de las comprobaciones y, obviamente, ejecutar la decisión adoptada. Y nada obsta a esa conclusión el hecho, al que se hace referencia en la sentencia que se revisa, de que en la ejecución de la decisión adoptada por el Ministerio Fiscal pueda solicitar el auxilio del personal de la Administración, el cual actuará siempre bajo sus órdenes y bajo su dirección.

Lo concluido obliga a una nueva cuestión que, en el fondo, subyace en este recurso a instancias de la Abogacía del Estado. Nos referimos a la relevancia que tiene la omisión de dicha puesta a disposición del extranjero indocumentado al Ministerio Fiscal porque, se argumenta, a fin de cuenta ya ha quedado acreditado en el expediente la certeza de que el extranjero es mayor de edad y, en definitiva, procedía la devolución, que es lo que realmente se acuerda en las resoluciones impugnadas. A juicio de este Tribunal ese debate debe partir de la propia justificación que tiene el hecho de que el Legislador haya dado esa importante intervención al Ministerio público en los procedimientos sobre devoluciones de ciudadanos extranjeros sobre los que existen dudas sobre si es un menor de edad no acompañado a los cuales, ya el artículo 3.9.º de la Directiva de Retorno (115/2008) considera como persona vulnerable y en su artículo 10 se establecen garantías de intervención de órganos diferenciados de los que hayan de acordar la devolución. Así pues, si esa decisión de comprobación debe ser adoptada por el Ministerio Fiscal, si se practica por la propia Administración, esa decisión sería nula de pleno derecho porque existe, ya de entrada, una incompetencia manifiesta, conforme a lo establecido en el artículo 467-1.º.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y ello sin perjuicio de que deba considerarse el trámite como esencial, en cuyo supuesto nos encontraríamos con un nuevo motivo de nulidad de pleno derecho, recogido en el párrafo e) del mencionado precepto de procedimiento, dado que la irregularidad del trámite ha de asimilarse a su omisión, en el mejor de los supuestos.

Y aún existe una mayor delimitación en el debate suscitado por cuanto se cuestiona en el auto de admisión, al hilo de lo razonado por el recurrente, si el informe que deban emitir los servicios sanitarios debe incluir el margen de error en la determinación de si el extranjero indocumentado es menor de edad o no. Ahora bien, ese debate expuesto es ciertamente demasiado teórico para poder hacer una conclusión taxativa y válida para todos los supuestos. Es indudable que los servicios sanitarios, conforme a su propia *lex artis*, deberán proponer una solución a la incertidumbre que se

suscita sobre la edad del extranjero indocumentado y es manifiesto que, conforme a la propia lógica de este tipo de actuaciones -- en realidad prueba dentro de un procedimiento administrativo, con independencia de la naturaleza concreta que comporta la intervención del Ministerio Fiscal--, esos informes han de ser motivados, y será en dicha motivación, y como es propio de este tipo de actuaciones, donde deberá dejar constancia el servicio sanitario correspondiente de sus conclusiones. En otras palabras, la conclusión de dicho informe no solo deberá dejar constancia de la propuesta sobre la mayoría o minoría de edad del extranjero indocumentado, sino la certeza de la propuesta que se hiciese o el margen de error, con el fin de que pueda ser valorado suficientemente por el Ministerio Fiscal. No obstante lo cual deberá tenerse en cuenta que es precisamente la intervención del Ministerio público la que garantiza que en esa propuesta se deje constancia de los datos relevantes para la decisión que deba adoptarse, en el bien entendido de que la finalidad de ese informe no es determinar la edad del extranjero indocumentado, sino solo optar por la alternativa de someterlo a un centro de protección de menores o someterlo al régimen de los mayores de edad, como se encarga de advertir el apartado primero del Capítulo V del Protocolo. Y será precisamente el Ministerio Fiscal el que deberá valorar el informe y, por tanto, el grado de certidumbre de la propuesta, recabando, en su caso, el complemento que considere conveniente para adoptar su decisión.

Así pues, dando respuesta a la cuestión casacional, debemos declarar que cuando la Administración tenga incertidumbre sobre si un extranjero que hubiese entrado irregularmente en España y se encontrara indocumentado es menor de edad, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que proceda a determinar, recabando los servicios de las instituciones sanitarias, si procede el internamiento en un centro de protección de menores o debe someterse al régimen de devoluciones de los extranjeros mayores de edad, siendo el competente para valorar el informe emitido por los servicios sanitarios, cuya suficiencia, a los efectos de la decisión que deba adoptarse, deberá valorarse en cada caso.

CUARTO.- Examen de la pretensión accionada.

De conformidad con el orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de la Ley Jurisdiccional, debemos proceder ahora al examen de la pretensión accionada en el proceso, de conformidad con la respuesta a la cuestión casacional concluida en el anterior fundamento. Dicha pretensión, como ya se ha dicho, es la de terminar anulando la resolución administrativa originariamente impugnada.

Suscitado ahora el debate en tales términos hemos de tener en cuenta, porque es el fundamento de la decisión del Tribunal territorial, que el recurrente suscitó dudas a la Administración sobre si se trataba de un mayor o menor de edad, por lo que fue el mismo servicio administrativo el que ordenó la práctica de un informe sanitario sobre tal extremo, que constituye el fundamento de la resolución dictada en el procedimiento, aun cuando, como ya antes se dijo, tan siquiera existe en la resolución impugnada referencia alguna a dichas actuaciones que, como ya vimos, fue incorporada al debate de autos en la sentencia del Juzgado. Es decir, si conforme hemos dicho la propia Administración aceptó la incertidumbre sobre la mayoría de edad del recurrente, no debió proceder ella misma a ordenar la determinación médica de esa duda y actuar, sin más, en consecuencia; sino que, conforme antes hemos concluido, lo procedente es que esas dudas se despejasen ya por el Ministerio Fiscal al que debió dársele la continuación del procedimiento. Sostener, como se argumenta en la sentencia de instancia, que como ya se había determinado por los mismos servicios policiales la mayoría de edad, era procedente la devolución, es hacer supuesto de la cuestión, porque es precisamente esa duda la que condiciona esa decisión.

De lo expuesto, ha de concluirse, como ya dijimos, que la resolución impugnada adolece de nulidad de pleno derecho y, por tanto, debemos declarar haber lugar al recurso de casación, casar la sentencia

recurrída y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia del Juzgado, declarando nula de pleno derecho la resolución originariamente impugnada.

QUINTO.- Costas procesales.-

En relación a las costas ocasionadas en el recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 93.4.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no apreciarse temeridad o mala fe, cada una de las partes abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Por lo que se refiere a las costas ocasionadas en las dos instancias, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley procesal, se declaran también conforme a la misma regla, al apreciarse que existen serias dudas de derecho, como pone de manifiesto este recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.- La respuesta a la cuestión casacional suscitada es la que se reseña en el fundamento tercero.

Segundo.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por don Carlos Francisco, contra la sentencia 821/2022, de 31 de marzo, dictada por la Sección Funcional Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, mencionada en el primer fundamento.

Tercero.- Se declara nula y sin valor ni efecto alguno la mencionada sentencia.

Cuarto.- En su lugar, se desestima el recurso de apelación 1047/2020, que había sido promovido por la Abogacía del Estado, en impugnación de la sentencia 23/2020, de 20 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de los de Málaga, dictada en el recurso 529/2017, que se confirma; declarando nula de pleno derecho la resolución de la Delegación del Gobierno en Andalucía, de 8 de junio de 2017, por la que se acordaba la devolución recurrente a su país de origen, por entrada irregular en España.

Quinto.- No procede hacer concreta imposición sobre el pago de las costas ocasionadas en este recurso de casación ni de las ocasionadas en las instancias previas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.