

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10538 *Sala Primera. Auto 172/2013, de 9 de septiembre de 2013. Inadmite a trámite el recurso de amparo 952-2013, promovido por M.S. y la fundación Raíces en relación con un decreto de la Fiscalía Provincial de Madrid por el que se fija la edad de persona extranjera.*

Excms. Srs. don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos.

AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 18 de febrero de 2013, la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Zabia de la Mata, en nombre y representación de doña Lourdes Reyzábal González-Aller, Presidenta de la fundación Raíces, y del menor M.S., y bajo la dirección de la Letrada doña Marta Martínez Sierra, interpuso recurso de amparo contra el decreto de la Fiscalía Provincial de Madrid de 4 de febrero de 2013, en el que se fija una edad para el menor M.S. distinta de la que se deriva de sus documentos de identidad, al entender que tal decreto viola los derechos fundamentales del menor a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la igualdad ante la ley, en su vertiente de interdicción de la discriminación por razón de la nacionalidad y del estado civil (art. 14 CE).

2. La demanda de amparo contiene el relato de hechos que a continuación se exponen:

a) El menor recurrente en amparo, M.S., entró en España de forma irregular por la costa de Algeciras en agosto de 2011, siendo menor de edad y viajando sin compañía de adultos de referencia y sin documentación. Tras un periodo sin asistencia de los poderes públicos españoles, en el mes de noviembre de 2011 se le localiza en Madrid, por el Grupo de Menores de la Policía que lo trasladó a la Fiscalía de Menores. Ante la ausencia de documentación que permitiese determinar la edad de M.S., éste fue examinado por un médico forense que determinó como fecha de nacimiento el 16 de noviembre (fecha de realización de la prueba de determinación de la edad) de 1994. Con arreglo a la anterior prueba pericial la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid emite el 16 de noviembre de 2011 un primer decreto de determinación de la edad que establece como fecha de nacimiento de M.S. el 16 de noviembre de 1994. Siendo considerado, por tanto, menor de edad en situación de desamparo en aquel momento al estimarse que tenía 17 años, por lo que los servicios del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid se hicieron cargo de su tutela, dictándose por la comisión tutelar del menor del Instituto Madrileño del Menor y de la Familia, resolución administrativa acordando declarar el desamparo y asunción de la tutela del menor M.S. mediante expediente administrativo de protección 08-TU-1556/11.

Como consecuencia de la asunción de tutela citada, el Instituto Madrileño de la Familia y el Menor acordó en primer término su derivación al centro de acogida de menores de Hortaleza trasladándolo posteriormente, en diciembre de 2011, a un piso de protección de menores de la asociación Paideia, también en Madrid.

b) Durante su estancia en el piso de acogida, el menor M.S. tramita la documentación acreditativa de su identidad, así como su pasaporte, en el que consta como fecha de nacimiento el 12 de noviembre de 1995, fecha corroborada por un certificado de nacimiento expedido por la Embajada de Mali en Madrid. Esa documentación es enviada desde el recurso residencial al Instituto Madrileño de la Familia y el Menor, que a su vez lo remite a la Fiscalía de protección de menores mediante informe de 17 de diciembre de 2012, para solicitar el cambio de fecha de nacimiento que constaba en el decreto de determinación de la edad de 16 de noviembre de 2011.

c) El 12 de noviembre de 2012, el recurrente en amparo formula solicitud de asilo ante la Oficina de Asilo y Refugio dependiente del Ministerio del Interior. En ese momento la Oficina expide una tarjeta que le identifica como solicitante de asilo en la que consta como fecha de nacimiento el 16 de noviembre de 1994. Poco tiempo después, recibida la documentación del recurrente en amparo, se solicita una solicitud del cambio de fecha, de modo que la Oficina expide una nueva tarjeta que identifica al interesado como solicitante de asilo menor de edad —al constar como fecha de nacimiento el 12 de noviembre de 1995—, con validez hasta el día 7 de mayo de 2013.

d) El 25 de enero de 2013 M.S. fue citado, sin letrado, en la Fiscalía de Menores de Madrid. Allí se pone en su conocimiento que, dudándose de la autenticidad de sus documentos, debe someterse de nuevo a una prueba de determinación de la edad. En ese momento el recurrente en amparo fue explorado por el médico forense quien, por el estado de maduración dental y de órganos genitales observada, le instó a comparecer al día siguiente en el Hospital Gregorio Marañón donde se le realizaría una prueba radiológica para determinar la edad denominada ortopangomografía, al entender que la exploración en curso y la realizada en 2011 apuntaban a una edad igual o superior a 19 años en ese momento.

El menor, aconsejado por la fundación Raíces, codemandante en amparo, con quien se había puesto en contacto se niega a someterse a la prueba radiológica argumentando que, en la medida en que estaba en posesión de documentación acreditativa de su identidad y su edad, la prueba de determinación de la edad era improcedente.

e) Ante el conflicto de intereses que parecía existir entre la Comunidad de Madrid y M.S, la abogada de la fundación Raíces instó el 30 de enero de 2013 ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid que por turno de reparto correspondiera, el nombramiento de defensor judicial para el menor, a fin de iniciar acciones urgentes para garantizar los intereses del mismo, al amparo de lo dispuesto en los arts. 158.4 y 299 del Código civil (CC).

f) El 4 de febrero de 2013 la Fiscalía elabora un nuevo decreto de determinación de edad, notificado el 8 de febrero, por el que se determina que, «ante la dudosa procedencia y autenticidad de la documentación aportada» por el recurrente en amparo, la fecha de nacimiento queda fijada en el 16 de noviembre de 1994, reafirmando la validez de la fecha determinada en el primer decreto.

Como consecuencia de esta resolución el área de coordinación de centros del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor acuerda dar la baja al menor M.S. en el centro Paideia por mayoría de edad, con efectos desde el 12 de febrero de 2013. El día 13 de febrero, el director del recurso residencial en que se encontraba el menor le comunica que la entidad de protección de menores autonómica ha ordenado su baja en el sistema de protección, y le pide que abandone el piso, encontrándose el menor M.S. en la calle desde el 13 de febrero de 2013, siendo todavía menor de edad según su pasaporte y además solicitante de asilo.

g) Ante la situación de desamparo y no habiendo recibido respuesta a la solicitud de nombramiento de defensor judicial, la Abogada de la fundación Raíces presenta el 13 de febrero nuevo escrito ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid que por turno de reparto corresponda, para que se proceda a tal nombramiento con carácter de urgencia, de forma que se puedan iniciar acciones urgentes aplicables al menor de edad con base en el art. 299 CC, así como se puedan adoptar las medidas previstas en el art. 158.4 CC

para el aseguramiento de los intereses del menor, en peligro por las decisiones administrativas adoptadas por la entidad que ejerce su tutela.

3. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca, frente al decreto de 4 de febrero de 2013 recurrido, la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación (art. 14 CE), la vulneración del derecho a la integridad moral (art. 15 CE) y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), basándose tal invocación en los siguientes argumentos:

a) La vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación que reconocen los arts. 14 CE, 13.2 de la Convención sobre los derechos del niño y 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), se habría producido porque el decreto emitido por la Fiscalía discrimina al menor por su origen nacional al no considerar fiables ni su pasaporte, ni su partida de nacimiento, ni el certificado de la Embajada de Mali, dando prioridad probatoria a un examen de reconocimiento físico de un médico forense basado en una exploración de la dentadura y de los genitales del menor. Entienden los recurrentes que la duda sobre la autenticidad de la documentación acreditativa de la identidad y la edad del menor se basa en el país de origen de esa documentación, y por tanto en la nacionalidad del menor, suponiendo esta circunstancia una discriminación del mismo respecto de personas de otro origen nacional, y particularmente respecto de los españoles.

Además esta discriminación estaría igualmente basada en su condición de menor, porque no se conocen casos de dudas sobre la autenticidad de pasaportes de extranjeros mayores de edad del mismo origen.

En apoyo de sus argumentos la demanda de amparo evoca la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2012 en el asunto *Singh c. Bélgica*, en la que el Tribunal de Estrasburgo sostuvo la vulneración del art. 13 CEDH en relación con el art. 3 CEDH, por no haberse concedido un recurso efectivo a los recurrentes al haberse denegado sus solicitudes de asilo basándose en la falsedad de sus documentos, sin haber realizado una mínima investigación respecto de la autenticidad de los mismos.

b) La lesión del art. 24.1 CE, en relación con el art. 13 CEDH, se imputa por los recurrentes al hecho de que el decreto de determinación de la edad no es directamente impugnabile en la vía jurisdiccional ordinaria, ofreciendo algunos ejemplos de resoluciones jurisdiccionales que establecen que los decretos no son recurribles por sí mismos, siéndolo en cambio la medida de cese de protección que la entidad de tutela emite como consecuencia del contenido de mayoría de edad de los decretos de la Fiscalía (Sentencia núm. 912, de 19 de diciembre de 2012, de la Sección octava, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Auto núm. 343, de 28 de marzo de 2012, de la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid). En un sentido similar, la demanda cita las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona 582/2012, de 1 de octubre de 2012; 385/2012, de 7 de junio; y 586/2012, de 5 de octubre, que resuelven recursos planteados en el orden jurisdiccional civil, frente a decisiones de cese de tutela, no existiendo certeza sobre si dichos recursos pueden basarse en los posibles errores en la emisión de los decretos de determinación de la edad.

Alegan los recurrentes que, en cualquier caso, y en el supuesto de menores próximos a alcanzar la mayoría de edad en virtud de la documentación librada por sus países de origen, los decretos de determinación de la edad que modifican la fecha de nacimiento, suponen un perjuicio de imposible reparación ya que, aún en el caso de conseguir que un órgano jurisdiccional civil anule la decisión de cese de tutela por parte de la Comunidad Autónoma, en la mayoría de los casos ya se habrá alcanzado la mayoría de edad, por lo que la resolución judicial será de imposible cumplimiento, como sucede en el supuesto que nos ocupa.

Se añade en el escrito de demanda, que el art. 35.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), completado por el art. 190.4 del Real Decreto 55/2011, de 20 de abril, que aprueba el

Reglamento de desarrollo de la mencionada Ley Orgánica, al prever las competencias del Ministerio Fiscal en materia de determinación de la edad le confieren la misma exclusivamente 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. A pesar de eso, apuntan los recurrentes que las previsiones normativas anteriores han sido completadas, de forma expansiva, por el propio Ministerio Fiscal mediante las siguientes disposiciones: Instrucción 2/2001 acerca de la interpretación del art. 35 LOEx; Instrucción 6/2004 sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados; Consulta 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados; Circular 3/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería; Circular 1/2002 sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería; y Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. De entre estas resoluciones, la Circular 2/2006, sin habilitación legal para ello, extiende el procedimiento de determinación de la edad contenido en el art. 35 LOEx a los menores de edad provistos de pasaporte y la Consulta 1/2009 establece que se acudirá al procedimiento del art. 35 LOEx en casos de ausencia de documentación, o en casos en que se exhiban títulos con indicios de falsedad o generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos.

Afirma la demanda de amparo que el menor recurrente es titular de documentación expedida por las autoridades de Mali, a pesar de lo cual el Fiscal, sin motivación alguna, más que sus propias dudas, procede a establecer por decreto su fecha de nacimiento, siendo ésta distinta y anterior a la recogida en dichos documentos, y ello sin abrir paralelamente procedimiento penal alguno basado en el art. 392 del Código penal (CP), por falsedad documental relativa a los citados documentos.

A mayor abundamiento se entiende en la demanda que la actuación impugnada vulnera el art. 24.1 CE en relación con el derecho del menor a ser oído, que encuentra cobertura también en el art. 12 de la Convención internacional de derechos del niño, puesto que en el procedimiento de determinación de la edad el menor no tiene asistencia letrada adecuada, a pesar de la importancia que dicho procedimiento tiene para la vida e intereses del menor, siendo esta asistencia particularmente importante en casos como el presente en que se pone de manifiesto una situación de indefensión derivada de un evidente conflicto de intereses entre el menor y la Administración pública que lo tutela.

c) Por lo que hace, en tercer lugar, a la vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), se expresa en el escrito de demanda que la actuación impugnada atenta contra la dignidad del menor en la medida en que éste es solicitante de protección internacional, con lo que la expulsión del sistema de protección le ha dejado en una situación de vulnerabilidad mayor.

d) En relación con la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, entienden los recurrentes que el recurso de amparo justifica una decisión de fondo por parte del Tribunal al plantearse «una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina» (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1) y porque el asunto que se suscita trasciende del caso concreto ya que «plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

En la demanda de amparo se afirma que el presente asunto permite al Tribunal fijar doctrina sobre el propio objeto del recurso de amparo, pronunciándose sobre si pueden considerarse como tal los actos del Fiscal, en particular sus decretos, en la medida en que se considere que aquel es poder público, cuestión sobre la que no existe doctrina constitucional alguna. A su vez el Tribunal podrá pronunciarse sobre si el decreto del Fiscal que fija la edad de una persona extranjera es un acto de trámite o no, y si afecta de forma sustantiva a los derechos del interesado.

Junto a lo anterior un pronunciamiento de fondo sobre este asunto permitiría fijar jurisprudencia sobre el acceso a la jurisdicción frente a actos formalmente irrecurribles, y sobre la eventual lesión, en estos casos del derecho a la tutela judicial efectiva. Se afirma

en el escrito de demanda que, tradicionalmente, los actos del Ministerio Fiscal no tenían carácter decisorio, motivo por el que no se había planteado hasta ahora la cuestión de su recurribilidad, tendencia que está invirtiéndose, otorgando cada vez más facultades decisorias al Ministerio Fiscal en distintos tipos de procedimientos.

Por último este recurso permitiría traer al ordenamiento español la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la vulneración del art. 6.1 CEDH en ausencia de control de los actos del Fiscal que no son susceptibles de recurso (SSTEDH *Borgers c. Bélgica* de 30 de octubre de 1991, *Vermeulen c. Bélgica* y *Lobo Machado c. Portugal* de 20 de febrero de 1996, *Reinhardt y Slimane-Kaïd c. Francia* de 31 de marzo de 1998, *Kerss c. Francia* de 7 de junio de 2001 y *Marinie c. Francia* de 12 de abril de 2006).

e) En último término, y mediante otrosí digo, el recurrente solicita, de acuerdo con lo previsto en el art. 56.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la adopción de medida cautelar *inaudita parte*, consistente en la suspensión del pronunciamiento del decreto del Fiscal por el que se establece la mayoría de edad de M.S., dando traslado de la suspensión a la entidad de protección de menores de la Comunidad de Madrid a fin de que se mantenga al menor bajo su guarda hasta que alcance la mayoría de edad según su documentación, o durante la tramitación de este recurso de amparo. A juicio de los recurrentes, basándose en el ATC 16/2011, de 25 de febrero, se está en este caso ante un supuesto de urgencia excepcional que demanda una inmediata decisión cautelar, so pena de convertir en inútil el recurso de amparo, ante la eventualidad de la llegada a la mayoría de edad del recurrente en amparo antes de que este Tribunal resuelva sobre el fondo del asunto.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto directo y principal del presente recurso de amparo es el decreto de determinación de la edad del menor M.S., emitido por la Fiscalía Provincial de Madrid en diligencias de investigación núm. 89-2011, fundándose la demanda en la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, y en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE), por las razones expuestas en los antecedentes.

Siguiendo el precedente de anteriores pronunciamientos, y en particular de la STC 57/2013, de 11 de marzo, el hecho de que esté involucrado un extranjero probablemente menor de edad en el presente recurso de amparo, explica que, de conformidad con el art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, e incluidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, no se incluyan en esta resolución el nombre y los apellidos completos del presunto menor de edad.

2. La particularidad del recurso de amparo que nos ocupa, y que justifica el pronunciamiento de la Sala mediante Auto, radica precisamente en el objeto del mismo, un decreto del Ministerio Fiscal que, a juicio de los recurrentes, no es susceptible de vía alguna de recurso directo en la jurisdicción ordinaria, razón que justifica que hayan acudido *per saltum* al Tribunal Constitucional mediante la presentación de una demanda de amparo, y a la vez motivo principal de la lesión constitucional que alegan, esto es, la imposibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria con la consiguiente vulneración del derecho del menor a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por tanto, en este caso, la conexión entre el objeto del amparo, el cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad, en particular el relativo al agotamiento de la vía jurisdiccional previa [art. 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC], y la pretensión de fondo, es tan estrecha, que no es posible proceder a la inadmisión del recurso por simple providencia, exigiéndose de este Tribunal un mayor esfuerzo de argumentación. El

recurso de amparo 1051-2013, prácticamente idéntico al ahora planteado, ha sido ya resuelto por este Tribunal en el ATC 151/2013, de 8 de julio, al que se hará, por tanto, obligada referencia.

3. El Auto referido decidió la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por eso en aquel supuesto, como en el que ahora nos ocupa, fue preciso partir de un primer análisis relativo a los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción, es decir a los requisitos de procedibilidad, que también podemos denominar como causas de inadmisión del recurso de amparo. Decíamos ya entonces, evocando nuestra consolidada doctrina, que el presupuesto procesal relativo al agotamiento de los recursos previos, se encuentra en la expresión del carácter subsidiario del recurso de amparo, que se concreta en el hecho de que «previamente a acudir ante este Tribunal solicitando la protección de los derechos fundamentales pretendidamente vulnerados, se hayan agotado las posibilidades que el Ordenamiento proporciona para lograr tal protección ante los órganos de la jurisdicción ordinaria. Este requerimiento viene expresamente dispuesto por el art. 44.1 a) LOTC al exigir «que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial» (por todas, STC 110/2013, de 6 de mayo, FJ 2).

En el recurso de amparo que nos ocupa resulta evidente que los recurrentes no han agotado vía judicial previa alguna, sencillamente porque no han acudido a la jurisdicción ordinaria para impugnar el decreto en cuestión, habida cuenta de que, a su entender y teniendo en cuenta su experiencia previa, dicho acto no es susceptible de impugnación directa en jurisdicción alguna, a pesar de ser, por sí mismo y siempre según su interpretación, lesivo de los derechos del menor.

Lo mismo que sucedía en el supuesto de hecho abordado en el ATC 151/2013, la anterior circunstancia debería llevarnos, sin más, a aplicar la causa de inadmisión contenida en el art. 50.1 a) LOTC, en relación con el art. 44.1 a) LOTC, si entendiésemos que el decreto es un acto de un órgano judicial, o con el art. 43.1 LOTC, si se estima que estamos ante un acto jurídico de la autoridad gubernativa. Pero, ya lo dijimos entonces «la cuestión no es tan sencilla, porque precisamente el motivo principal que sustenta el amparo es la falta de esa vía judicial ordinaria para impugnar el decreto de determinación de la edad de la Fiscalía. De modo tal que una simple inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa, estaría dando una respuesta implícita y desestimatoria a la pretensión material de quienes son recurrentes de amparo, porque de la respuesta del Tribunal podría deducirse que sí existe una vía de recurso en nuestro ordenamiento ante los decretos a que se viene haciendo referencia, lo cual no es en absoluto evidente, y exige por tanto una argumentación mayor» (FJ 3).

4. Para desarrollar tal argumentación, en el Auto de referencia la Sala Segunda de este Tribunal estimó preciso detenerse en la regulación del procedimiento de determinación de la edad presente en nuestro ordenamiento jurídico, para verificar si existe o no vía de recurso alguna frente al decreto del Ministerio Fiscal que determina la edad de un menor extranjero o inmigrante no acompañado. Así, trayendo a colación el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), el ATC 151/2013, manifestó que el decreto de Fiscalía es el acto conclusivo de un procedimiento de determinación de la edad, respecto del cual se sostenían tres afirmaciones fundamentales relacionadas con el objeto del presente recurso de amparo:

«a) En primer término que el decreto de determinación de la edad es fundamental para que un menor se sitúe bajo la tutela de la Comunidad Autónoma que tenga asumidas competencias en materia de tutela y protección de menores, siendo este el caso de la Comunidad de Madrid que ahora nos ocupa (art. 26.1.24 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), o quede excluido de la misma por ser considerado mayor de edad, en cuyo caso, y en el supuesto de encontrarse de forma irregular en

nuestro país, pueda ser objeto de un expediente de expulsión (arts. 53.1 y 57 LOEx). Pero, más allá de lo anterior, el decreto de determinación de la edad va a tener su importancia a la hora de fijar la identidad del menor y su estado civil, vinculados obviamente a la fecha de nacimiento y considerados como un derecho básico de los niños a la luz del art. 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, vinculante para España por la doble vía de lo dispuesto en los arts. 96 y 10.2 CE. Con lo cual el decreto de determinación de la edad puede tener repercusiones tanto desde el punto de vista administrativo, como desde el punto de vista civil.

b) En segundo término que el procedimiento de determinación de la edad está previsto por la Ley para aquellos supuestos en que se localice a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, lo que, en el asunto que nos ocupa, habría sucedido con el recurrente en amparo en el momento de su llegada por puesto fronterizo no habilitado a España, pero no en el momento en que se emite el decreto de determinación de la edad que aquí se impugna, puesto que, para entonces, el menor S.C. ya poseía documentación acreditativa de su identidad y fecha de nacimiento –sin perjuicio de las discordancias observadas en la misma y que no afectaban, por lo demás al año de nacimiento–, no pudiendo, por tanto, ser considerado como extranjero indocumentado. La razón por la que el Ministerio Fiscal aplica el procedimiento de determinación de la edad a extranjeros que poseen documentación puede hallarse en la Consulta a la Fiscalía 1/2009, de 10 de noviembre, sobre “Algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados”, que a estos efectos establece que: “hay que considerar como no documentado, no sólo a quienes carezcan de documentación sino también a quien pretenda acreditar su edad e identidad con documentación presuntamente falsa tal como indica la Circular FGE 2/2006, y a quienes hagan uso a efectos de su identificación de cualquier documento señalado en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que incorpore datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones, o que no resulten fiables en cuanto a la determinación de la edad, por proceder de países cuyas administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos que sobre fecha, lugar de nacimiento o filiación del interesado se incorporan al pasaporte. También se incluyen en este caso los supuestos en que se ocupen al presunto menor documentos en que consten diferentes filiaciones o fechas de nacimiento.”

c) Por último, ni del art. 35 LOEx, ni de ningún otro contenido en este cuerpo legal puede deducirse la existencia de recurso directo contra el decreto de determinación de la edad, si bien ello no significa en modo alguno que no pueda impugnarse dicha resolución en vía jurisdiccional.

El propio Ministerio Fiscal entiende que sus decretos son irrecurribles por vía directa, tal y como se deduce de la dicción literal de la Consulta 1/2009, que establece que “[e]l expediente de determinación de la edad previsto en el artículo 35 LOEX es una medida de naturaleza cautelar y provisionalísima encomendada al Ministerio Fiscal para resolver con carácter de urgencia cuál es la decisión a tomar con respecto de un extranjero indocumentado sobre cuya edad razonablemente se duda y que no se encuentra acompañado de un adulto que de él se responsabilice. El precepto está dirigido a solventar de la manera más urgente posible una situación de hecho, sin que tenga por objeto establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (mayoría o minoría de edad). Al carecer de efectos definitivos, en nada altera los derechos del afectado, que siempre tiene abierta la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos”.» (FJ 4).

5. De lo expuesto hasta aquí, y en el mismo sentido nos manifestábamos en el ATC 151/2013, puede deducirse «que hay una falta de previsión legal respecto de recurso directo contra el decreto de determinación de edad, mas ello en modo alguno

permite a los recurrentes acudir directamente al recurso de amparo constitucional, dada su naturaleza subsidiaria, puesto que tal como se subraya en la citada Consulta 1/2009 los interesados tienen abierta la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Fiscal en esta materia.

La determinación de la edad de un menor indocumentado se adopta por una resolución interlocutoria, que reviste los caracteres de cautelar y provisionalísima, y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, por lo que la resolución se integra en el conjunto de medidas protectoras o de otra naturaleza que se adoptan a raíz de la fijación de la edad que realiza el Fiscal.

Tales medidas son desde luego impugnables en vía judicial, ya sea ante la jurisdicción civil, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del art. 780 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero, ya sea mediante el ejercicio de otras acciones contempladas en el ordenamiento procesal en función del contenido de las medidas adoptadas.

Contrariamente a lo alegado en la demanda, esta vía impugnatoria ante la jurisdicción ordinaria no produce por definición indefensión o perjuicios de imposible reparación, puesto que el juez ostenta la potestad de adoptar las medidas cautelares oportunas que permitan preservar el buen fin de la correspondiente acción jurisdiccional».

Nuestro ordenamiento sólo contempla el recurso de amparo directo contra los actos sin valor de Ley de las Cámaras (art. 42 LOTC), con lo que, consideremos los decretos del Fiscal como actos del poder ejecutivo o los consideremos como actos del poder judicial, resulta exigible para abrir el acceso al recurso de amparo constitucional, tal y como se deriva de la lectura de los arts. 43 y 44 LOTC el agotamiento de la vía judicial previa, aunque esa vía, en este caso, no pueda ser más que una vía indirecta de recurso en la que, quien considera lesionados sus derechos fundamentales por el decreto de determinación de la edad, pueda impugnar las consecuencias asociadas a la aplicación de ese decreto.

La causa de inadmisión del recurso de amparo basada en la falta de agotamiento de la vía judicial previa «tiene su fundamento en la salvaguarda de la naturaleza subsidiaria del amparo, con el fin de evitar que este Tribunal se pronuncie sobre eventuales vulneraciones de derechos fundamentales cuando los órganos judiciales tienen todavía la ocasión de restablecerlos» (por todas, SSTC 32/2010, de 8 de julio, FJ 2; 105/2011, de 20 de junio, FJ 2; 199/2012, de 12 de noviembre, FJ 2; y 110/2013, de 6 de mayo, FJ 2).

En el supuesto que nos ocupa, como en el resuelto por el ATC 151/2013, entiende este Tribunal «que los órganos judiciales tienen todavía ocasión de restablecer los derechos que se consideran vulnerados por los recurrentes en amparo, puesto que nada impide a un juez de lo civil, o de lo contencioso-administrativo, al hilo de un procedimiento incoado para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad que ha establecido una determinada fecha de nacimiento del extranjero, pronunciarse sobre dicho decreto, al estar este en el origen del acto que pueda ser objeto del procedimiento en cuestión».

Ello determina que en el presente caso, y de acuerdo con la doctrina expuesta, concurra el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa art. 50.1 a) LOTC, aplicable tanto en el supuesto del art. 43.1 como en el 44.1 LOTC, lo que conlleva necesariamente la inadmisión del presente recurso.

Por todo lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Inadmitir el recurso de amparo promovido por M.S. y por la fundación Raíces.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a nueve de septiembre de dos mil trece.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Luis Ignacio Ortega Álvarez.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.