

Nota de premsa
19 de juliol de 2011

El procediment per determinar l'edat dels menors estrangers no acompanyats pot vulnerar els drets dels infants

Davant de les queixes, els informes rebuts, i les normes i els criteris existents sobre aquesta qüestió, el Síndic considera que:

- **S'hauria de tenir en compte l'edat que consta en la documentació dels menors sempre que aquesta no estigui invalidada.**
- **Les administracions han d'exercir sempre la seva funció protectora quan hi hagi indicis de minoria d'edat.**
- **Les administracions haurien de promoure davant la Fiscalia la pràctica de noves proves per determinar l'edat quan aquesta decreti una majoria d'edat malgrat que hi hagi dubtes raonables.**

La problemàtica de la determinació de l'edat als menors estrangers no acompanyats i la manca de garantia dels procediments és present en diverses comunitats autònomes, on les pràctiques són molt dispars, i s'ha tractat en instruccions de la Fiscalia General de l'Estat. Així mateix, ha comportat que, en el marc de les jornades sobre la determinació forense de l'edat dels menors estrangers no acompanyats organitzades pel Defensor del Poble, els instituts de medicina legal d'Espanya hagin elaborat un document de recomanacions sobre mètodes d'estimació forense de l'edat dels menors estrangers no acompanyats.

El Síndic considera que el deure dels organismes competents de comprovar la veracitat dels documents dels menors estrangers no acompanyats i l'existència de possibles irregularitats en alguns d'aquests documents no poden donar lloc a procediments que no garanteixin l'interès superior del menor. Cal evitar que cap menor d'edat sigui considerat major d'edat malgrat no ser-ho realment.

0. El problema de la fiabilitat de les proves mèdiques de determinació de l'edat

- Les proves mèdiques que es practiquen per determinar l'edat dels joves indocumentats que no puguin acreditar legalment la seva edat són, bàsicament, la radiografia de canell, l'ortopantomografia dental, per determinar la maduració dels tercers molars, i la tomografia computaritzada (TC) de l'extrem medial de l'epífisi clavicular.

- Hi ha un acord entre la comunitat científica a escala internacional que les proves de determinació de l'edat presenten marges d'error significatius. Per exemple, l'estudi radiogràfic del canell pel mètode de Greulich i Pyle (edat òssia) presenta un marge d'error de +/- 1,7 anys (en el marc d'un mètode que, a més, no permet discriminar edats superiors als 19 anys, la qual cosa suposa una limitació important a l'hora de determinar l'edat d'un jove que es troba al llindar de la majoria d'edat). **La combinació de diferents mètodes augmenta l'eficàcia de predicció de l'edat cronològica, encara que continuï essent no plenament fiable.**

Partint d'aquesta premissa, el Síndic analitza com els organismes competents apliquen les previsions normatives que determinen la pràctica de les proves, les garanties jurídiques i mèdiques i l'exercici de la funció protectora per part de l'Administració.

1. Situacions que determinen la pràctica de les proves de determinació de l'edat

- L'ordenament jurídic preveu que les proves es practiquin a joves indocumentats. Sobre aquest assumpte, **el Síndic de Greuges considera que no es poden concebre com a indocumentats els menors que presenten passaports legalment expedits pels seus països d'origen o no declarats invàlids per cap organisme competent, amb validesa per acreditar-ne la identitat davant dels organismes oficials**, perquè aboca aquests joves a una situació de llimbs legals. L'estudi de les queixes constata que la declaració de la majoria d'edat amb passaport vàlid que acredita una minoria d'edat, sense haver-lo invalidat, és molt freqüent.
- Si no es considera veraç la informació que consta en la documentació aportada, la doctrina de la Fiscalia General de l'Estat recorda el deure de la Fiscalia i de l'administració competent en la protecció de menors de **dur a terme les comprovacions corresponents amb les autoritats dels països d'origen dels joves**. L'estudi de les queixes posa de manifest que la Fiscalia i l'administració competent en la protecció de menors d'edat generalment no duen a terme aquestes actuacions de verificació de la validesa d'aquesta documentació i de les condicions de la seva tramitació.
- **Algunes sentències han donat més validesa al passaport** que a les proves mèdiques, sobre la base del que preveu l'article 319.1 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) o també per la manca de fiabilitat que ofereixen les proves mèdiques a l'hora de determinar l'edat, especialment si el procediment seguit està mancat de determinades garanties, que converteixen l'informe forense en una prova pericial no definitiva, incompleta.
- D'acord amb els protocols de coordinació entre administració protectora, cossos de seguretat i Ministeri Fiscal, els joves que aporten documentació vàlida que n'acredita la minoria d'edat, l'aspecte físic dels quals fa dubtar raonablement sobre l'edat acreditada, són posats a disposició de la Fiscalia, a fi que dictaminin la pràctica de les proves per determinar-ne l'edat. No obstant això, l'experiència acumulada pel Síndic posa de manifest que **la**

pràctica de les proves mèdiques no s'aplica només en casos de dubte raonable. Hi ha joves documentats amb aparença de possible minoria d'edat (encara que també amb aparença de possible majoria d'edat) que han estat sotmesos a proves de determinació de l'edat.

- La mateixa doctrina de la Fiscalia General de l'Estat recorda **la conveniència de ponderar en cada cas l'oportunitat de dur a terme les proves mèdiques, mitjançant una valoració de les circumstàncies concurrents i de la cerca de la solució menys perjudicial per a aquests joves, i amb respecte al principi de proporcionalitat a l'hora de ponderar les circumstàncies que recomanen iniciar el procés.** A criteri del Síndic, hi ha **determinades situacions, com ara casos en els quals la documentació estableix que la majoria d'edat s'assoleix al cap de pocs mesos o setmanes, en què aquest principi de proporcionalitat es pot veure clarament qüestionat.** Cal tenir present, novament, que les proves mèdiques presenten marges significatius d'error i que només determinen l'edat de manera aproximada. L'estudi de les queixes constata que hi ha nombrosos joves que, malgrat que tenen per passaport una edat molt propera a la majoria d'edat (més de 17,5 anys), se'ls practiquen proves mèdiques per determinar aquesta majoria.

SUGGERIMENTS DEL SÍNDIC

(1) El Síndic de Greuges suggereix que aquests joves no es considerin indocumentats i demana que es tingui en compte l'edat que consta en la seva documentació legal, sempre que no estigui invalidada i sempre que no es pugui acreditar legalment una situació de majoria d'edat.

(2) El Síndic de Greuges suggereix, independentment de les actuacions endegades per via mèdica, que l'administració competent en la protecció de menors i altres organismes competents duguin a terme de manera sistemàtica actuacions per la via documental, a fi de verificar el grau de validesa i d'adequació de la tramitació de la documentació aportada (passaports, certificats de naixement, llibres de família, etc.).

(3) El Síndic de Greuges suggereix als organismes competents que, d'acord amb el principi favor minoris, es practiquin proves mèdiques de determinació de l'edat només en cas que no hi hagi dubte, per aparença física o per qualsevol altra condició, d'una situació de majoria d'edat, i que es reguli què es considera "dubte raonable".

(4) El Síndic de Greuges demana a l'administració competent en la protecció de menors i a la resta d'organismes competents que apliquin el principi de proporcionalitat a l'hora d'adoptar la decisió de practicar proves de determinació de l'edat als joves estrangers no acompanyats, especialment quan aquests puguin tenir per passaport una edat legal propera a la majoria d'edat.

2. La pràctica de les proves: garanties jurídiques, mèdiques i procedimentals

2.1. Garanties jurídiques en el procediment de la pràctica de les proves de determinació de l'edat

- El procediment de determinació de l'edat s'ha de dur a terme atorgant plenes garanties als presumptes menors en relació amb el compliment dels seus drets, i les actuacions dels diferents organismes públics que hi intervenen han d'estar inspirades i fonamentades en l'interès superior de l'infant, d'acord amb el que estableix l'ordenament jurídic. Aquest ordenament reconeix el dret dels presumptes menors a ser informats i escoltats adequadament al llarg del procés de determinació de l'edat, i que aquestes proves siguin practicades amb el consentiment necessari del presumpte menor.
- A criteri del Síndic, atès que la determinació de la majoria d'edat té implicacions legals transcendents per a la vida d'aquests joves, el dret a ser informat i escoltat exigeix que la seva audiència es faci amb les garanties degudes i amb l'assessorament professional que vetlli pel respecte dels seus drets i també interessos (per exemple, en el període d'al·legacions previst), per la qual cosa caldria assistència lletrada. Atesa la manca de reconeixement legal, hi ha casos de **joves estrangers no acompanyats que no disposen d'assistència lletrada al llarg del procés.**

2.2. Garanties mèdiques en el procediment mèdic de determinació de l'edat

- És fonamental que les proves de determinació de l'edat es practiquin en condicions mèdiques adequades: que siguin **practicades en centres sanitaris de la xarxa pública de sanitat o centres privats o a les dependències de l'Institut de Medicina Legal per professionals amb formació específica, etc.** En el cas de Catalunya, segons les informacions recollides en el marc de les queixes rebudes, les proves són practicades per professionals especialitzats, i la interpretació definitiva dels resultats és a càrrec d'un metge forense de l'Institut de Medicina Legal de Catalunya.
- Arran de la revisió dels expedients de què disposa l'administració competent en la protecció de menors, el Síndic constata l'existència de casos en què no hi ha constància (la qual cosa no significa que no s'hagin practicat altres proves) que la Fiscalia hagi ordenat la pràctica de, com a mínim, dues proves radiològiques, o bé de l'informe forense corresponent. En aquest sentit, el Síndic de Greuges considera que l'administració competent en la protecció de menors, a fi de poder acomplir amb plenes garanties la seva tasca i de poder tancar l'expedient de protecció de menors, ha de disposar de la còpia de les proves realitzades i de l'informe forense dels joves estrangers no acompanyats de qui la Fiscalia ha decretat la majoria d'edat.

2.3. Interpretació de les proves mèdiques i elaboració dels informes mèdics

- En relació amb l'elaboració dels informes mèdics, cal destacar que aquests han de presentar diversos requisits formals, a fi de garantir que la interpretació dels resultats de les proves mèdiques practicades té en compte els marges d'error existents i és plenament favorable a una possible situació de minoria d'edat, especialment si el resultat de les proves és discrepant. En aquest sentit, l'estudi de les queixes constata deficiències destacables relacionades amb el compliment de les recomanacions formulades pels diversos especialistes en l'elaboració dels informes mèdics que empra la Fiscalia per determinar l'edat d'aquests joves: **en la majoria dels informes mèdics elaborats a què ha tingut accés el Síndic de Greuges en els darrers anys no s'explicita la probabilitat de l'edat estimada, ni els marges d'error existents, ni l'interval de desviacions al voltant de l'edat estimada; molts dels informes pericials analitzats no expliciten que les estimacions forenses de l'edat basades en aquests criteris estan subjectes a un risc d'error no menyspreable; molts dels informes mèdics analitzats contenen expressions que, a criteri dels fiscals especialistes en menors i estrangeria del conjunt de l'Estat, no haurien de ser admissibles i que remetent a estimacions de l'edat poc precises i aproximatives (amb expressions com ara "aproximadament...", "al voltant de..." o "superior a..."); en algun cas, i en cas de discrepància entre els resultats de les diverses proves practicades, no es tria com a edat estimada l'edat que resulta de la prova que aporta un valor més baix.**
- L'estudi de les queixes rebudes al Síndic també ha detectat el cas d'algun **jove que ha estat expulsat del sistema de protecció de menors, malgrat que tenia un informe mèdic que determinava una situació de minoria d'edat**, bé perquè les proves de determinació de l'edat fetes en altres comunitats autònomes decretaven una situació de majoria d'edat, o a la inversa, **sense que s'apliqués, en cas de disparitat de resultats, el principi favor minoris.**

SUGGERIMENTS DEL SÍNDIC

(5) El Síndic de Greuges suggereix als organismes competents:

- **Que, atès que aquestes proves comporten una intervenció corporal, es garanteixi el consentiment del jove, el qual s'ha d'informar sobre el procediment i les seves conseqüències.**
- **Que en cas d'una negativa a la pràctica de les proves, aquesta sigui considerada un indicatiu d'una possible majoria d'edat, però que es valorin altres circumstàncies, sense que aquest indicatiu sigui determinant.**
- **Que s'estableixin mecanismes adequats per escoltar l'opinió d'aquests joves i les mesures necessàries per formar les persones que treballen directament amb aquest col·lectiu perquè tinguin la capacitat d'escoltar-los i donar el valor corresponent a la seva història, trajectòria, circumstàncies i opinions.**

- Que, en el marc dels convenis signats entre l'Administració de justícia i els col·legis d'advocats, s'estudiï la possibilitat de garantir l'assistència lletrada d'ofici als menors que són objecte d'un procés de determinació de l'edat.
- Que es donin garanties jurídiques als joves a qui s'ha determinat la majoria d'edat d'oposició al resultat de les proves i de sol·licitud de proves complementàries per a la revisió del resultat. Especialment, que es garanteixi la notificació a la persona interessada del resultat de les proves i el dret a formular-hi al·legacions.

(6) El Síndic de Greuges demana a l'administració responsable de l'Institut de Medicina Legal una valoració sobre els criteris tècnics que determinen la conveniència o no de practicar proves complementàries per millorar la fiabilitat de la predicció de l'edat per als joves a qui se'ls determina una edat propera al llindar de la majoria d'edat.

(7) El Síndic de Greuges suggereix a l'administració competent en la protecció de menors que sol·liciti a la Fiscalia informació completa dels diferents casos, abans de tancar l'expedient de protecció corresponent.

(8) El Síndic de Greuges suggereix que els informes mèdics respectin els criteris establerts en la Trobada de Fiscals Especialistes en Menors i Estrangeria, que va tenir lloc a Madrid en data 20 d'abril de 2010, i en el document "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España", i que, consegüentment, s'hi incorporin els marges d'error, entre altres aspectes, tant pel que fa als informes forenses com als informes elaborats pels serveis hospitalaris corresponents.

3. Exercici de la funció protectora per part de l'Administració

3.1. El decret de Fiscalia i l'exercici de funcions protectores per l'administració competent en la protecció de menors

- El decret de Fiscalia té caràcter provisionalíssim i pot ser modificat per procediments posteriors endegats per la mateixa administració competent en la protecció de menors. El cessament de la tutela no es pot dur a terme si hi ha noves evidències d'una possible minoria d'edat.
- La Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, estableix la possibilitat que l'administració competent en la protecció de menors desenvolupi actuacions de caràcter assistencial més enllà de la majoria d'edat.

3.2. L'ordenació de la pràctica de les proves de determinació de l'edat i el coneixement per part de l'administració competent per a la protecció de menors

- L'estudi de les queixes constata que **hi ha presumptes menors estrangers no acompanyats a qui la Fiscalia practica proves mèdiques de determinació de l'edat sense que l'administració competent en la protecció de menors en tingui constància i tingui obert l'expedient administratiu corresponent per a l'atenció immediata** (encara que aquest expedient s'obri a posteriori, dies o setmanes més tard). A criteri del Síndic, això és contrari al que preveu l'article 110.2 de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, que estableix que l'administració competent en la protecció de menors ha de garantir l'atenció immediata mentre es practiquen les proves de determinació de l'edat.
- El Síndic no té constància que l'administració competent en la protecció de menors obri expedient per a qualsevol jove estranger no acompanyat que declari que és menor d'edat, a fi de prestar-li l'atenció immediata prevista per llei mentre es practiquen les proves de determinació de l'edat.

3.3. Atenció immediata per part de l'administració protectora dels menors

- L'administració competent en la protecció de menors té el deure d'atenció immediata i de protecció dels joves estrangers no acompanyats que són menors d'edat o que al·leguen ser-ho. En canvi, nombroses queixes remeten a la **manca d'acompanyament per part d'aquesta administració al llarg del procés de determinació de l'edat, bé durant l'estada a les dependències de la Fiscalia (on sí que són atesos per educadors al servei de l'Administració si passen el temps d'espera a l'espai de detenció) o bé durant la realització de les proves (trasllat a hospital, etc.)**. A criteri del Síndic, **aquesta atenció immediata no només passa per satisfer les seves necessitats de subsistència bàsiques (alimentació, etc.), sinó per garantir-ne els drets de manera activa durant aquesta primera fase d'atenció**, mentre no s'aclareixen els dubtes sobre l'edat i mentre no es fa efectiva la tutela, en cas de minoria d'edat.

3.4. L'assumpció de funcions protectores plenes per part de l'administració competent en la protecció de menors

- Si el procediment de determinació de l'edat s'allarga, convé **traslladar aquests presumptes menors a recursos residencials d'atenció a la infància, encara que sigui de manera cautelar, mentre no es fan les proves corresponents i no hi ha el decret de la Fiscalia corresponent que en determini l'edat**. L'estudi de les queixes constata que de vegades aquests tràmits s'allarguen excessivament, la qual cosa vulnera el dret d'aquests joves desemparats, que poden ser menors d'edat, a ser tutelats i protegits per l'Administració.

- A més, cal afegir que hi ha diversos casos en què el desemparament preventiu i la seva tutela, en cas que el resultat de les proves determini la minoria d'edat, es decreta mesos més tard de la detecció i la realització de les proves.

SUGGERIMENTS DEL SÍNDIC

(9) El Síndic de Greuges recorda a l'administració competent en la protecció de menors que el decret de Fiscalia, malgrat que decreti una majoria d'edat, no eximeix aquesta administració de les seves competències d'atendre qualsevol persona sobre la qual hi hagi indicis de minoria d'edat, d'acord amb la legislació en matèria d'infància, i que la decisió de cessar les seves actuacions ha d'estar determinada per una valoració global de cada cas, especialment de la seva situació de risc social.

(10) El Síndic de Greuges recorda a l'administració competent en la protecció de menors la possibilitat, prevista en la mateixa Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, de desenvolupar mesures assistencials més enllà de la majoria d'edat, i demana a l'Administració que aquestes mesures siguin activades en els casos de joves estrangers immigrants no acompanyats, d'acord amb la seva situació de vulnerabilitat social.

(11) El Síndic de Greuges suggereix al Departament d'Interior que en cas que la policia localitzi un jove estranger no acompanyat que declari que és menor d'edat ho notifiqui a l'administració competent en la protecció de menors perquè se li pugui prestar atenció immediata.

(12) El Síndic de Greuges suggereix que:

- l'administració competent en la protecció de menors es coordini amb la Fiscalia, a fi que pugui conèixer de manera immediata l'existència d'un jove que declara que és menor d'edat, abans que se li practiquin les proves de determinació de l'edat, amb l'objectiu de garantir-ne l'atenció immediata, mentre aquest procés es duu a terme, tal com preveu la normativa vigent;
- l'administració competent en la protecció de menors obri expedient administratiu a tots aquests joves, encara que les proves determinin una situació de majoria d'edat, a fi que pugui valorar el procés i assumir les funcions protectores, si escau.

(13) El Síndic de Greuges demana que:

- l'administració competent en la protecció de menors especifiqui i reguli en què consisteix l'atenció immediata (mentre dura el procés de determinació de l'edat), des d'una perspectiva comprensiva dels drets dels infants, i que vetlli per garantir l'acompanyament adequat d'aquests joves en el procés de determinació de l'edat.

- l'administració competent en la protecció de menors vetllí pel dret del presumpte menor sense referents familiars a ser informat degudament respecte dels drets i procediments que l'afecten. La manca d'intervenció de l'administració competent en la protecció de menors davant d'un cas de manca d'assistència lletrada, per exemple, proporcionant informació als joves dels recursos existents, pot representar un dèficit en la seva atenció immediata, des del moment que no actua davant d'un procés de possible indefensió.

(14) El Síndic de Greuges suggereix a l'administració competent en la protecció de menors que declari amb caràcter d'urgència el desemparament preventiu dels joves estrangers immigrants no acompanyats, un cop s'hagi detectat una possible situació de desemparament, mentre està en espera de determinar-ne l'edat per decret de Fiscalia i que, en cas que se'n determini la minoria, tuteli el menor i en tramiti la documentació de manera immediata.