

Nota de Prensa
18 de julio de 2011

El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados puede vulnerar los derechos de los menores

Ante las quejas e informes recibidos y las normas y criterios existentes acerca de esta cuestión, el Síndic considera que:

- **se debería tener en cuenta la edad que consta en la documentación de los menores siempre que ésta no esté invalidada**
- **las administraciones han de ejercer siempre su función protectora cuando existan indicios de minoría de edad**
- **las administraciones deberían promover ante la Fiscalía la práctica de nuevas pruebas para determinar la edad cuando ésta decreta la mayoría de edad a pesar de existir dudas razonables.**

El problema de la determinación de la edad a los menores extranjeros no acompañados y la falta de garantía de los procedimientos está presente en diversas comunidades autónomas, donde las prácticas son muy dispares y ha sido tratada en instrucciones de la Fiscalía General del Estado. Así mismo, ha dado lugar a que, en el marco de las *Jornadas sobre determinación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados* organizadas por el Defensor del Pueblo, los Institutos de Medicina Legal de España elaboren un documento sobre *Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados*.

El Síndic considera que el deber de los organismos competentes de comprobar la veracidad de documentos de los menores extranjeros no acompañados y la existencia de posibles irregularidades que se producen en algunos de estos documentos no puede dar lugar a procedimientos que no garanticen el interés superior del menor. Debe evitarse que ningún menor de edad sea considerado como mayor de edad sin serlo realmente.

0. El problema de la fiabilidad de las pruebas médicas de determinación de la edad

- Las pruebas médicas que se practican para determinar la edad de aquellos jóvenes indocumentados que no puedan acreditar legalmente su edad son, básicamente, la radiografía de muñeca, la ortopantomografía dental por determinación de maduración de los terceros molares y la tomografía computerizada (TACO) del extremo medial de la epífisis clavicular.
- Existe un acuerdo entre la comunidad científica a escala internacional acerca de que las pruebas de determinación de la edad presentan márgenes de error significativos. Por ejemplo, el estudio radiográfico de la muñeca por el método de Greulich y Pyle (edad ósea) cuenta con un margen de error de +/- 1,7 años (en el marco de un método que, además,

no permite discriminar edades superiores a los 19 años, lo cual supone una limitación importante a la hora de determinar la edad de un joven que se encuentra en el umbral de la mayoría de edad). **La combinación de diferentes métodos aumenta la eficacia de predicción de la edad cronológica, aunque siga siendo no plenamente fiable.**

Partiendo de esta premisa, el Síndic analiza cómo los organismos competentes aplican las previsiones normativas que determinan la práctica de las pruebas, las garantías jurídicas y médicas de las mismas y el ejercicio de la función protectora por parte de la administración.

1. Situaciones que determinan la práctica de las pruebas de determinación de la edad

- El ordenamiento jurídico prevé que las pruebas sean practicadas a jóvenes indocumentados. Sobre este asunto, **el Síndic de Greuges entiende que no pueden considerarse como indocumentados a los menores que presenten pasaportes legalmente expedidos en sus países de origen o no declarados inválidos por ningún organismo competente, con validez para acreditar su identidad ante los organismos oficiales**, puesto que aboca a estos jóvenes a una situación de limbo legal. El estudio de las quejas constata que la declaración de la mayoría de edad con pasaporte válido que acredita una minoría de edad, sin haber sido invalidado, es muy frecuente.
- Si no se considera veraz la información que consta en la documentación aportada, la doctrina de la Fiscalía General del Estado recuerda el deber de la Fiscalía y de la administración competente en la protección de menores de **realizar las correspondientes comprobaciones con las autoridades de los países de origen de los jóvenes**. El estudio de las quejas pone de manifiesto que, por parte de la Fiscalía y de la administración competente en la protección de menores de edad, generalmente no se llevan a término estas actuaciones de verificación ni de la validez de esta documentación ni de las condiciones de su tramitación.
- **Algunas sentencias han dado mayor validez al pasaporte** que a las pruebas médicas, en base a lo que prevé el artículo 319.1 de la LEC o también en base a la falta de fiabilidad que ofrecen las pruebas médicas a la hora de determinar la edad, especialmente si el procedimiento seguido carece de determinadas garantías, y que convierten el informe forense en una prueba pericial no definitiva, incompleta.
- De acuerdo con los protocolos de coordinación entre administración protectora, cuerpos de seguridad y Ministerio Fiscal, los jóvenes que aportan documentación válida que acredita su minoría de edad, pero cuyo aspecto físico hace dudar razonablemente sobre la edad acreditada, son puestos a disposición de la Fiscalía a fin de que ésta dictamine la práctica de las pruebas de determinación de la edad. Sin embargo, la experiencia acumulada por esta institución pone de manifiesto que **la práctica de las pruebas médicas no se aplica sólo en casos de duda razonable**. Hay jóvenes documentados con apariencia de posible minoría de edad (aunque

también con apariencia de posible mayoría de edad) que han sido sometidos a pruebas de determinación de la edad.

- La misma doctrina de la Fiscalía General del Estado recuerda la **conveniencia de ponderar en cada caso la oportunidad de llevar a cabo las pruebas médicas, mediante una valoración de las circunstancias concurrentes y de la búsqueda de la solución menos perjudicial para estos jóvenes, y con respeto al principio de proporcionalidad a la hora de ponderar las circunstancias que recomiendan iniciar el proceso.** A criterio de esta institución, **hay determinadas situaciones, como puede suceder con aquellos casos en que la documentación establece que la mayoría de edad se alcanza en pocos meses o semanas, en los que este principio de proporcionalidad puede verse claramente cuestionado.** Debe tenerse presente, nuevamente, que las pruebas médicas disponen de márgenes significativos de error y que sólo determinan la edad de forma aproximada. El estudio de las quejas constata que existen numerosos jóvenes a quienes, pese a tener según el pasaporte una edad muy próxima a la mayoría de edad (más de 17,5 años), se les practican pruebas médicas para determinar esta mayoría.

SUGERENCIAS DEL SÍNDIC

(1) El Síndic de Greuges defiende que no se considere como indocumentados a estos jóvenes, y pide que se tenga en cuenta la edad que consta en su documentación legal siempre y cuando ésta no esté invalidada y siempre y cuando no se pueda acreditar legalmente una situación de mayoría de edad.

(2) El Síndic de Greuges sugiere, independientemente de las actuaciones iniciadas por vía médica, que la administración competente en la protección de menores y otros organismos competentes lleven a cabo, de manera sistemática, actuaciones por la vía documental a fin de verificar el grado de validez y de adecuación de la tramitación de la documentación aportada (pasaportes, certificados de nacimiento, libros de familia, etc.).

(3) El Síndic de Greuges sugiere a los organismos competentes que, en aplicación del principio *favor minoris*, se practiquen pruebas médicas de determinación de la edad sólo en el supuesto de que no haya duda por apariencia física o por cualquiera otra condición de una situación de mayoría de edad, y regular qué se considera “duda razonable”.

(4) El Síndic de Greuges sugiere a la administración competente en la protección de menores y al resto de organismos competentes aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de adoptar la decisión de practicar pruebas de determinación de edad a los jóvenes extranjeros no acompañados, especialmente cuando éstos puedan tener, según su pasaporte, una edad legal próxima a la mayoría de edad.

2. La práctica de las pruebas: garantías jurídicas, médicas y procedimentales.

2.1. Garantías jurídicas en el procedimiento de la práctica de las pruebas de determinación de la edad

- El procedimiento de determinación de la edad debe llevarse a cabo otorgando plenas garantías a los presuntos menores en cuanto al cumplimiento de sus derechos. Asimismo las actuaciones de los diferentes organismos públicos que intervienen en dicho procedimiento deben estar inspiradas y fundamentadas en el interés superior del niño, de acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico. Este ordenamiento reconoce el derecho de los presuntos menores a ser informados y escuchados adecuadamente a lo largo del proceso de determinación de la edad, así como que dichas pruebas sean practicadas con el necesario consentimiento del presunto menor.
- A criterio del Síndic, puesto que la determinación de la mayoría de edad tiene implicaciones legales trascendentes para la vida de estos jóvenes, el derecho a ser informado y escuchado exige que su audiencia se realice con las garantías debidas y con el asesoramiento profesional que velará por el respeto a sus derechos y también a sus intereses (por ejemplo, en el periodo de alegaciones previsto), por lo que sería requerida asistencia letrada. Dada la falta de reconocimiento legal existen casos de **jóvenes extranjeros no acompañados que no cuentan con asistencia letrada a lo largo del proceso.**

2.2. Garantías médicas en el procedimiento médico de determinación de la edad

- Resulta fundamental que las pruebas de determinación de la edad sean practicadas en condiciones médicas adecuadas: **practicadas en centros sanitarios de la red pública de sanidad o en centros privados o en las dependencias del Instituto de Medicina Legal, por profesionales con formación específica, etc.** En el caso de Cataluña, según las informaciones recogidas en el marco de las quejas recibidas, las pruebas son practicadas por profesionales especializados, y la interpretación definitiva de sus resultados corre a cargo de un médico forense del Instituto de Medicina Legal de Cataluña.
- A raíz de la revisión realizada por el Síndic de los expedientes de que dispone la administración competente en la protección de menores, esta institución constata la existencia de casos en que no hay constancia (lo cual no significa que no se hayan realizado otras pruebas) de que la Fiscalía haya ordenado la práctica de, como mínimo, dos pruebas radiológicas, o bien del correspondiente informe forense. En este sentido, el Síndic de Greuges considera que la administración competente en la protección de menores, a fin de poder cumplir con plenas garantías su mandato y de poder cerrar el expediente de protección de menores, debe contar con copia de las pruebas realizadas y del informe forense de los jóvenes extranjeros no acompañados a quien la Fiscalía ha decretado su mayoría de edad.

2.3. Interpretación de las pruebas médicas y elaboración de los informes médicos

- Respecto a la elaboración de los informes médicos, conviene destacar que éstos deben contar con diferentes requerimientos formales, a fin de garantizar que la interpretación de los resultados de las pruebas médicas realizadas tiene en cuenta los márgenes de error existentes y es plenamente favorable a una posible situación de minoría de edad, especialmente si el resultado de las pruebas es discrepante. En este sentido, el estudio de las quejas refleja deficiencias destacables relacionadas con el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por los diferentes especialistas en la elaboración de los informes médicos que la Fiscalía utiliza para determinar la edad de estos jóvenes: **en la mayoría de los informes médicos elaborados al que ha tenido acceso el Síndic de Greuges en los últimos años no se explicita la probabilidad de la edad estimada, ni los márgenes de error existentes**, ni el intervalo de desviaciones alrededor de la edad estimada; muchos de los informes periciales analizados no explicitan que las estimaciones forenses de la edad basadas en estos criterios están sujetas a un riesgo de error no despreciable; muchos de los informes médicos analizados contienen expresiones que, a criterio de los fiscales especialistas en menores y extranjería del conjunto del Estado, no tendrían que ser admisibles y que remiten a estimaciones de la edad poco precisas y aproximativas (con expresiones como “aproximadamente...”, “alrededor de...” o “superior de...”); en algún caso, y en caso de discrepancia entre los resultados de las diferentes pruebas practicadas, no se elige como edad estimada la edad que resulta de la prueba que aporta un valor más bajo.
- El estudio de las quejas recibidas en esta institución también ha detectado algún **caso de joven que ha sido expulsado del sistema de protección de menores, pese a contar con un informe médico que determinaba una situación de minoría de edad**, bien porque las pruebas de determinación de la edad hechas en otras comunidades autónomas decretaban una situación de mayoría de edad, o a la inversa, **sin aplicar, en caso de disparidad de resultados, el principio favor minoris**.

SUGERENCIAS DEL SÍNDIC

(5) El Síndic de Greuges sugiere a los organismos competentes:

- Que se garantice que, puesto que estas pruebas suponen una intervención corporal, el consentimiento del joven que, a su vez, debe ser informado sobre el procedimiento y sus consecuencias.
-
- Que en caso de una negativa a la práctica de las pruebas, ésta sea considerada un indicio de una posible mayoría de edad, pero que se valoren otras circunstancias, sin que este indicio sea determinante.

- Que se establezcan mecanismos adecuados para escuchar la opinión de estos jóvenes y las medidas necesarias para formar a las personas que trabajan directamente con este colectivo para que tengan la capacidad de escucharlos y dar el valor correspondiente a su historia, trayectoria, circunstancias y opiniones.
- Que en el marco de los convenios firmados entre administración de justicia y los colegios de abogados se estudie la posibilidad de garantizar la asistencia letrada de oficio a los menores que son objeto de un proceso de determinación de la edad.
- Que se den garantías jurídicas a aquellos jóvenes a quienes se les ha determinado la mayoría de edad, para oponerse al resultado de dichas pruebas y para solicitar pruebas complementarias para la revisión del resultado. Especialmente, que se garantice la notificación al interesado del resultado de las pruebas y el derecho a formular alegaciones.

(6) El Síndic de Greuges sugiere a la administración responsable del Instituto de Medicina Legal una valoración sobre los criterios técnicos que determinan la conveniencia o no de practicar pruebas complementarias para mejorar la fiabilidad de la predicción de la edad para los jóvenes a quienes se les determine una edad próxima al umbral de la mayoría de edad.

(7) El Síndic de Greuges sugiere a la administración competente en la protección de menores que solicite a la Fiscalía la información completa de los diferentes casos, antes de cerrar el correspondiente expediente de protección.

(8) El Síndic de Greuges sugiere que los informes médicos respeten los criterios establecidos en el Encuentro de Fiscales Especialistas en Menores y Extranjería, celebrado en Madrid el 20 de abril de 2010, y en el documento *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*, y que, consecuentemente, incorporen los márgenes de error, entre otros aspectos, tanto en los informes forenses como en los informes elaborados por los servicios hospitalarios correspondientes.

3. Ejercicio de la función protectora por parte de la Administración.

3.1. El decreto de la Fiscalía y el ejercicio de funciones protectoras por la administración competente en la protección de menores

- El Decreto de la Fiscalía tiene carácter provisionalísimo y puede ser modificado por procedimientos posteriores iniciados por la misma administración competente en la protección de menores. El cese de la tutela no puede llevarse a cabo si existen nuevas evidencias de una posible minoría de edad.

- La Ley 14/2010, del 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, establece la posibilidad de que la administración competente en la protección de menores desarrolle actuaciones de carácter asistencial más allá de la mayoría de edad.

3.2. La ordenación de la práctica de las pruebas de determinación de la edad y el conocimiento por parte de la administración competente por la protección de menores.

- El estudio de las quejas constata que **hay presuntos menores extranjeros no acompañados a quienes la Fiscalía practica pruebas médicas de determinación de la edad sin que la administración competente en la protección de menores tenga constancia de ello y mantenga abierto su correspondiente expediente administrativo por atención inmediata** (aunque éste se abra a posteriori, días o semanas más tarde). A criterio del Síndic, eso es contrario al que prevé el artículo 110.2 de la Ley 14/2010, del 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que establecen que la administración competente en la protección de menores debe garantizar la atención inmediata mientras se realizan las pruebas de determinación de la edad.
- Esta institución no tiene constancia de que la administración competente en la protección de menores abra expediente por cualquier joven extranjero no acompañado que declare ser menor de edad, a fin de prestar la atención inmediata prevista por ley mientras se realizan las pruebas de determinación de la edad.

3.3. Atención inmediata por parte de la administración protectora de los menores.

- La administración competente en la protección de menores tiene el deber de atención inmediata y de protección de los jóvenes extranjeros no acompañados que son menores de edad o que lo alegan ser. En cambio, numerosas quejas remiten a la **falta de acompañamiento por parte de esta administración a lo largo del proceso de determinación de la edad, sea durante la estancia en las dependencias de la Fiscalía (donde sí que son atendidos por educadores al servicio de la Administración si pasan el tiempo de espera en el espacio de detención) o durante la realización de las pruebas (traslado al hospital, etc.)**. A criterio del Síndic, **esta atención inmediata no sólo pasa por satisfacer sus necesidades de subsistencia básicas (alimentación, etc.), sino por garantizar de manera activa sus derechos durante esta primera fase de atención**, mientras no se aclaran las dudas sobre la edad y mientras no se hace efectiva la tutela, en caso de minoría de edad.

3.4. La asunción de funciones protectoras plenas por parte de la administración competente en la protección de menores.

- Si el procedimiento de determinación de la edad se alarga, conviene **trasladar a estos presuntos menores a recursos residenciales de atención a la infancia, aunque sea de manera cautelar, mientras no se realicen las correspondientes pruebas y no haya el correspondiente Decreto de la Fiscalía que determina la edad.** El estudio de las quejas constata que en ocasiones estos trámites se alargan excesivamente, lo cual vulnera el derecho de estos jóvenes desamparados, que pueden ser menores de edad, a ser tutelados y protegidos por la administración.
- Además, es preciso añadir que hay diversos casos en que el desamparo preventivo y su tutela, en caso de que el resultado de las pruebas determine la minoría de edad, se realiza meses más tarde de la detección y realización de las pruebas.

SUGERENCIAS DEL SÍNDIC

(9) El Síndic de Greuges recuerda a la administración competente en la protección de menores que el Decreto de la Fiscalía, pese a decretar una mayoría de edad, no exime a esta administración de sus competencias de atender a cualquier persona sobre quien haya indicios de minoría de edad, de acuerdo con la legislación en materia de infancia y que la decisión de cesar sus actuaciones venga dada por una valoración global de cada caso, especialmente por su situación de riesgo social.

(10) El Síndic de Greuges recuerda a la administración competente en la protección de menores la posibilidad, prevista en la misma Ley 14/2010, del 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de desarrollar medidas asistenciales más allá de la mayoría de edad, y pide a la administración que estas medidas sean activadas en los casos de jóvenes extranjeros inmigrados no acompañados, de acuerdo con su situación de vulnerabilidad social.

(11) El Síndic de Greuges sugiere al Departamento de Interior que en el supuesto de que la policía localice un joven extranjero no acompañado que declare ser menor de edad sea notificado a la administración competente en la protección de menores para que pueda prestarle atención inmediata.

(12) El Síndic de Greuges sugiere que:

- la administración competente en la protección de menores se coordine con la Fiscalía a fin de que pueda conocer de manera inmediata la existencia de un joven que declara ser menor de edad, antes de que le sean practicadas las pruebas de determinación de la edad, con el objetivo de garantizar su atención inmediata mientras este proceso se lleva a cabo, tal y como prevé la normativa vigente;

- la administración competente en la protección de menores abra expediente administrativo a todos estos jóvenes, aunque las pruebas determinen una situación de mayoría de edad, a fin de que pueda valorar el proceso y asumir las funciones protectoras, si procede.

(13) El Síndic de Greuges sugiere que:

- la administración competente en la protección de menores especifique y regule en qué consiste la atención inmediata (mientras dura el proceso de determinación de la edad), desde una perspectiva comprensiva de los derechos de los niños, y que vele para garantizar el acompañamiento adecuado de estos jóvenes en el proceso de determinación de la edad.
- la administración competente en la protección de menores vele por el derecho del presunto menor sin referentes familiares a ser informado debidamente respecto a los derechos y procedimientos que le afectan. La no intervención de la administración competente en la protección de menores ante un caso de falta de asistencia letrada, por ejemplo, proporcionando información a los jóvenes de los recursos existentes, puede representar un déficit en su atención inmediata, desde el momento en que no actúa ante un proceso de posible indefensión.

(14) El Síndic de Greuges sugiere a la administración competente en la protección de menores que declare con carácter de urgencia el desamparo preventivo de los jóvenes extranjeros inmigrados no acompañados, una vez se haya detectado una posible situación de desamparo, mientras está en espera de determinarse la edad por Decreto de la Fiscalía y que, en caso de determinación de su minoría, tutele al menor y tramite su documentación de forma inmediata.