

Foro de Actualidad

Derechos Humanos

EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Jaime Folguera Crespo, Cristina Puerta Ruiz
de Azúa y Salvador Moya García

Abogados de Uría Menéndez (Madrid, Bilbao y Barcelona)

El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados

Actualmente, el procedimiento de determinación de la edad basado únicamente en la realización de pruebas médicas estaría seriamente cuestionado al considerarse poco fiable y no respetar la intimidad del menor.

En este contexto, de conformidad con los expertos en la materia y, en particular, por el Comité Económico y Social Europeo, el método multidisciplinar y holístico se configuraría como una alternativa más idónea que permitiría evaluar las circunstancias personales de cada individuo y graduar el nivel de intrusión.

El objetivo del presente artículo consiste en realizar una descripción del proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, así como reflexionar sobre una posible alternativa con el fin de intentar garantizar que los menores en situación irregular gocen de suficiente protección conforme a los sistemas nacionales de protección de la infancia y a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Durante el proceso de publicación del presente artículo el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad. En este sentido, se incluye una breve adenda en la que se enumeran las principales modificaciones introducidas por el citado Anteproyecto, en el que, si bien

hay cuestiones que requieran una revisión en su configuración legal o de una reflexión en mayor profundidad, se intentan abordar las principales cuestiones controvertidas expuestas en el presente artículo.

PALABRAS CLAVE:

MENORES DE EDAD NO ACOMPAÑADOS, DETERMINACIÓN DE LA EDAD, PROCEDIMIENTO MULTIDISCIPLINAR Y HOLÍSTICO, ASISTENCIA LETRADA.

Determining the age of unaccompanied foreign minors

Currently, the process followed to determine the age of unaccompanied foreign minors is based solely on medical tests and could be seriously questioned for being unreliable and failing to fully respect the minors' privacy.

According to experts, in particular the European Economic and Social Committee, a holistic multidisciplinary method would be a more suitable alternative as it would take into account the personal circumstances of each individual while calibrating the intrusiveness of the tests they have to undergo.

This article describes the current process followed to determine the age of unaccompanied foreign minors and proposes an alternative that guarantees that minors in an irregular situation are protected under national child protection systems and the International Convention on the Rights of the Child.

During the process of publishing this article, the Spanish Council of Ministers approved a Draft Law that regulates the age of unaccompanied foreign minors procedure. In this sense, a brief addendum is included herein in which the main modifications introduced by the aforementioned Preliminary Draft are listed in which, although there are issues that must be reviewed and/or require further reflection, an attempt is made to address the main controversial issues raised in this article.

KEY WORDS:

UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS, DETERMINING AGE, HOLISTIC MULTIDISCIPLINARY PROCEDURE, LEGAL ASSISTANCE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-5-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 3-6-2022

Folguera Crespo, Jaime; Puerta Ruiz de Azúa, Cristina; Moya García, Salvador (2022). El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 58, pp.221-236 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La realidad creciente de la inmigración "irregular" de menores no acompañados en Europa es objeto de preocupación en el ámbito internacional, dado que, precisamente por su minoría de edad, presentan una vulnerabilidad más acentuada en el contexto de la migración, y, por lo tanto, están expuestos a un mayor riesgo de violación de derechos fundamentales.

En este contexto, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (DO L 337 de 20.12.2011, p. 9), se entiende como "menor no acompañado", con carácter general, al menor que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión.

La determinación de la mayoría o minoría de edad es extraordinariamente importante, pues define el ámbito de los derechos del extranjero. Si una persona extranjera es considerada menor de edad, tendrá un régimen de protección del que carecería siendo adulto. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esta determinación presenta complejidades que consisten en compatibilizar el cumplimiento del derecho de extranjería y los procedimientos regulados en cada jurisdicción, junto con el respeto de los derechos fundamentales y garantías asociados a la minoría de edad, consagrados por el principio general del *"interés superior del menor"*.

El presente artículo pretende realizar una breve descripción sobre la complejidad jurídica asociada al proceso de determinación de la edad de los posibles menores, así como reflexionar sobre posibles alternativas, con el fin de intentar garantizar que los menores en situación irregular gocen de suficiente consideración y protección conforme a los sistemas nacionales de protección de la infancia y a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (*"Convención de Derechos del Niño"*).

Para ello, en primer lugar, se realizará una descripción general del proceso que se ha venido siguiendo para determinar la edad del posible menor, incidiendo en los derechos que le asisten. A continuación, se analizarán las principales cuestiones controvertidas que se derivan del procedimiento, así como una posible alternativa que se está empezando a aplicar en la práctica desde un nuevo enfoque, que no solo incrementaría las garantías del procedimiento, sino que resultaría más respetuoso con los derechos y la dignidad del posible menor.

2. El procedimiento para la determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados contemplado en la regulación actual

2.1. Normativa aplicable

En primer lugar, cabe destacar que la regulación del procedimiento de determinación de la edad se encuentra, principalmente, en tres fuentes normativas:

- i. El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertados de los extranjeros en España y su integración social (*"LOEX"*).
- ii. El artículo 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertados de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2009 (*"REX"*).
- iii. El capítulo V de la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (el *"Protocolo"*).

En el contexto de este marco normativo, se realizará una breve descripción del funcionamiento del procedimiento para determinar la edad de los menores no acompañados.

2.2. Derechos de los posibles menores en el procedimiento de determinación de la edad

Durante el procedimiento de determinación de la edad, existen una serie de derechos y garantías que tienen que ser respetados por las autoridades. Dichos derechos, además de los derivados de la LOEX, el REX y el Protocolo, se regulan en la Convención de Derechos del Niño, así como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (la "LOPJM").

El principio sobre el que gira cualquier actuación en la que pueda estar implicado el menor es el conocido como "*interés superior del menor*", consagrado en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño y en el artículo 2 de la LOPJM. Este es un principio profundamente arraigado en la legislación europea sobre derechos humanos y en el marco jurídico internacional. Por lo tanto, dicho principio debe regir en todas las actuaciones que le conciernen tanto en el ámbito público como privado. El *favor minoris* también se resalta en la Carta Europea de Derechos del Niño al determinar que "*toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*".

Asimismo, cabe destacar el principio de presunción de la minoría. Como establece el artículo 12.4 de la LOPJM, "*cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad*". A través de este principio se pretende evitar que el posible menor sea considerado un adulto, lo que provocaría una clara situación de desamparo.

Con carácter general, a los posibles menores no acompañados les serán de aplicación todos aquellos derechos que se describan a lo largo de la LOPJM y la Convención de Derechos del Niño. Entre ellos se puede destacar el derecho a la información o el derecho a ser oído y escuchado. Este último se configura como un derecho de clave a lo largo de todo el procedimiento de determinación de la edad, dado que será el sujeto sometido a este procedimiento quien dará su consentimiento para que se efectúen las pruebas que se consideren necesarias para concretar su edad. Se ha de recordar que sin el consentimiento previo del posible menor no acompañado no será posible practicarle ningún tipo de pruebas médicas.

Igualmente, en relación con el derecho a la información y a ser oído y escuchado, los posibles menores no acompañados tendrán derecho a contar con la asistencia de un intérprete en aquellos casos que lo necesiten por no comprender la lengua oficial.

Todos estos principios inspiran y se recogen expresamente en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (el "CESE") sobre "*la protección de los menores migrantes no acompañados en Europa*" publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 11 de diciembre de 2020, en el que se insta a la Unión Europea a desarrollar un enfoque coherente y armonizado para la protección de los menores no acompañados en Europa, ya que la situación actual se caracteriza por enormes

disparidades en las legislaciones que definen la forma en que deben ser tratados y los procedimientos a los que están sujetos, por lo que se solicita a la Comisión Europea que elabore una Directiva relativa a la protección de los menores no acompañados cuyo fin sea el interés superior del menor.

En este contexto, uno de los derechos más relevantes, pero potencialmente controvertido, es el derecho a la asistencia jurídica. De acuerdo con la LOEX, los extranjeros que se hallen en España tendrán derecho a la tutela judicial efectiva y a recurrir los actos administrativos en los procesos en los que sean parte en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. De hecho, el artículo 35.6 de la LOEX manifiesta específicamente que a los posibles menores no acompañados se les permite intervenir en el procedimiento de determinación de la edad tanto personalmente (siempre que se trate de mayores de dieciséis años) como a través del representante que designen.

Si bien el derecho a la asistencia jurídica constituye un derecho que debería asistir al menor, su efectiva aplicación podría resultar más problemática al confluir con la figura del *tutor*. Con carácter general, los menores no acompañados han de ser atendidos, hasta su mayoría de edad, por un tutor (con carácter general, la Comunidad Autónoma en la que se halle), a quien se deberá informar de todas las decisiones adoptadas que les afecten y que, con carácter general, debería tener la facultad de representar al menor en los procesos de toma de decisiones. Como consecuencia, y aun cuando el tutor legal tuviese que estar en disposición de intervenir en el interés del menor sin que medie ningún conflicto de intereses con los servicios nacionales de protección de la infancia, se debe reflexionar sobre los mecanismos y los cauces legales más apropiados para el efectivo cumplimiento de este derecho. A este respecto, hay que precisar que los posibles menores no acompañados se encuentran *ex lege* en situación de desamparo.

Otra cuestión potencialmente controvertida se refiere al derecho de la asistencia jurídica gratuita de los menores no acompañados. Con carácter general, la LOPJM establece que los menores de edad tendrán el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos. En este sentido y de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (la "LAJG"), tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita, entre otros:

- i. los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y *los extranjeros que se encuentren en España*, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar; y
- ii. en el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, *los ciudadanos extranjeros* que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita *en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español*, y en todos los procedimientos en materia de asilo.

A la vista de lo anterior, consideramos que existen argumentos para entender que este derecho debería estar reconocido a menores no acompañados, ya que, por su especial vulnerabilidad, se encuentran en una situación de desamparo. Así, no sería razonable garantizar este derecho a ciudadanos extranjeros adultos en relación con procedimientos relativos a la autorización o denegación de su entrada en España (que, con carácter general, no disponen de medios suficientes para

litigar) y denegar este derecho específicamente a los menores no acompañados. Como hemos comentado previamente, el derecho de los menores a la asistencia jurídica podría resultar especialmente problemático al confluir con la figura del tutor, por lo que, en nuestro entendimiento, la asistencia letrada con carácter gratuito, así como el establecimiento de mecanismos para garantizarla, deberían incardinarse dentro del conjunto de estos derechos para la efectiva protección de sus derechos e intereses.

Por último, el artículo 21bis de la LOPJM, si bien no específicamente para menores no acompañados, establece que el *"menor acogido"* tendrá derecho a ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo. En consecuencia, parece desprenderse de la normativa española el reconocimiento de este derecho *"reforzado"* para aquellos menores que, por encontrarse en situaciones de especial vulnerabilidad y desamparo (como lo suelen ser, con carácter general, los menores no acompañados), requieren una protección acentuada para la protección de sus derechos.

2.3. El procedimiento de determinación de la edad

El procedimiento se inicia cuando cualquier autoridad, institución o entidad local o autonómica localiza, acoge o recibe a un posible menor no acompañados. Tras localizarlo, la autoridad pública deberá comunicarlo a la mayor brevedad a la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía, así como a la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno y al Ministerio Fiscal.

Una vez localizado el posible menor no acompañado, pueden darse dos situaciones: (i) bien que no exista ninguna duda de que las autoridades se encuentra ante un menor de edad, o (ii) bien que no esté del todo claro, y, por lo tanto, exista una duda razonable acerca de su edad.

En el primer supuesto, cuando la minoría de edad sea manifiesta por razón de su documentación o de su apariencia física, el menor no acompañado será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (el *"Registro"*) cuando el menor no acompañado no esté inscrito previamente. Para el caso en que el menor esté ya inscrito en el Registro, se cotejará la reseña policial, que incluirá obligatoriamente la huella dactilar del menor no acompañado y una fotografía suya.

En el segundo escenario, es decir, cuando no sea del todo patente la minoría de edad, no siendo posible establecerla con total seguridad al no haber documentación acreditativa o por haber dudas sobre la veracidad de estos documentos, se considerará que el posible menor no acompañado está indocumentado y, por lo tanto, se iniciará el procedimiento de determinación de la edad.

Cabe señalar que el procedimiento de determinación de la edad se iniciaría siempre y cuando el posible menor no acompañado esté indocumentado o cuando, aun teniendo en su posesión documentación oficial expedida por su país de origen, esta incorpora datos contradictorios, tal y como se establece en el apartado sexto del capítulo II del Protocolo y en el artículo 35.3 de la LOEX.

En este contexto, un documento de especial relevancia es el citado Dictamen de iniciativa elaborado por el CESE, en tanto que una de sus observaciones consiste en que, con carácter general, debe aplicarse la presunción de validez de los documentos de registros civiles extranjeros presentados por el joven que avalen su minoría de edad y que estos deben ser los primeros elementos que se tengan en cuenta para determinar la minoría de edad. Solamente una impugnación formal de la autenticidad del documento de registro civil presentado debería poder invertir la presunción de validez que se desprende de él. Así, el procedimiento de verificación de la edad del migrante solo debería llevarse a cabo, en principio, cuando no posea documentos administrativos oficiales que demuestren su edad y en los casos en que existan dudas fundadas.

En este supuesto, es decir, cuando no sea posible establecer con total seguridad la minoría de edad, el Ministerio Fiscal será la autoridad responsable para tramitación y la determinación de la edad del posible menor no acompañado, para lo que adoptará las pruebas que considere oportunas y de necesidad. El Ministerio Fiscal dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de la edad del posible menor no acompañado, y para ello deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas médicas necesarias, como dispone el artículo 35.3 de la LOEX.

El Ministerio Fiscal tiene la responsabilidad de ordenar la práctica de pruebas necesarias para la determinación de la edad, adoptándolas mediante acuerdo. Ahora bien, ¿cuáles son esas "pruebas necesarias" a las que se hace referencia en la normativa?

Las pruebas médicas concretas de determinación de la edad las realizará el personal médico, que determinará las pruebas adecuadas a practicar según las leyes de su ciencia. Adicionalmente, de acuerdo con el Protocolo, el personal médico deberá seguir los criterios fijados en las "*Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENA. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. En: Revista Española de Medicina Legal. 2011, Vol. 37, número 1, enero-marzo*".

Son diferentes las posibles pruebas médicas a realizar, que pueden llegar a ser acumulativas en caso de dudas excesivas. Por ejemplo, la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado (2018:11-13), en su Nota Interna núm. 2/2018 "*sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad*", numera las siguientes pruebas:

- i. exploración física, entrevista y examen morfológico;
- ii. examen radiológico del carpo de la mano izquierda;
- iii. ortopantomografía dental; y
- iv. examen radiológico o TAC de la epífisis proximal de la clavícula.

Cabe destacar que estas pruebas no se tratan de un *numerus clausus*. La más comúnmente utilizada para determinar la edad es la del examen radiológico del carpo de la mano izquierda, aunque también se practica en menor medida una ortopantomografía dental.

Una vez obtenida esta radiografía del carpo de la mano izquierda, se utiliza el conocido como método de Greulich y Pyle para determinar la edad de la persona. Este método consiste en comparar la imagen de la radiografía obtenida del posible menor no acompañado con unas imágenes estándar incluidas en el Atlas Greulich y Pyle. Dichas imágenes estándar representan las radiografías del carpo de la media de la población a una determinada edad y con un determinado sexo, con lo que se podrá observar la maduración ósea media para diferentes edades y sexos.

Una vez obtenidos los resultados derivados de todas las pruebas médicas realizadas, se eleva un informe pericial al Ministerio Fiscal para que pueda concluir con la mayor exactitud y precisión posible la edad del posible menor no acompañado.

Con la información recibida, el Ministerio Fiscal determinará la edad mediante la emisión de un decreto que tendrá carácter cautelar y provisional, ya que podrá rectificar en caso de que existan nuevas pruebas que determinen la mayoría o la minoría de edad.

El decreto dictado por el Ministerio Fiscal no será directamente susceptible de recurso contencioso-administrativo. Por el contrario, sí será impugnabile cualquier decisión dictada por las autoridades que se fundamente en la decisión del Ministerio Fiscal de considerar al posible menor no acompañado como un adulto.

En consecuencia, una vez dictado el decreto por el Ministerio Fiscal se considerará al posible menor no acompañado como mayor o menor de edad, con todas las implicaciones que de ello se derivan. En particular, si se declarase la mayoría de edad, será considerado un adulto en situación irregular, con el riesgo de que se dicte una orden de expulsión (con su posterior ejecución) y su posible internamiento en un Centro de Internamiento de Extranjeros (como medida para asegurar la ejecución de la expulsión). Por el contrario, la determinación de la minoría de edad supondría su consideración como menor extranjero en situación de desamparo, con lo que la Administración competente seguiría asumiendo su tutela hasta que cumplierse la mayoría de edad, con lo que se evitaría la expulsión del territorio nacional.

2.4. Cuestiones controvertidas en el curso del procedimiento de determinación de la edad de menores extranjeros

En líneas generales, una de las principales cuestiones controvertidas del proceso actual de determinación de la edad gira en torno a la metodología aplicable al centrarse básicamente en métodos médicos "*intrusivos*" que no alcanzan a concretar de forma precisa la edad de la persona sometida a este procedimiento.

En este sentido, el CESE recuerda a los Estados miembros que el peritaje mediante examen óseo presenta una fiabilidad científica muy cuestionada por parte de instituciones y expertos internacionales e igualmente criticada por no respetar la intimidad del menor, por los peligros potenciales para su salud o bien por los posibles errores.

De conformidad con el citado Dictamen de iniciativa del CESE, la fiabilidad científica es cuestionada por diversas publicaciones, en particular, por el Parlamento Europeo (Resolución de 12 de

septiembre) o en las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de 12 de junio de 2009. Asimismo, la Ordre national des médecins de Bélgica (Dictamen de 20 de febrero de 2010), la Académie Nationale de Médecine de Francia y el defensor de los derechos humanos de Francia (26 de febrero de 2016) condenan la fiabilidad de estas pruebas. Por último, es relevante también el informe de la Plataforma «Mineur en exil» (Bélgica) *“L’estimation de l’âge des MENA en question: problématique, analyse et recommandations”*, septiembre de 2017.

En una observación específica, y dada la ausencia de fiabilidad real de estas pruebas, el CESE pide a los Estados miembros que se ponga fin a este tipo de pruebas, ya que considera que la falta de un medio de verificación fiable no justifica que se deban emplear medios que ofrecen una imprecisión contrastada.

Como se ha comentado anteriormente, la prueba más utilizada para determinar la edad es el examen radiológico del carpo de la mano izquierda mediante el método de Greulich y Pyle. La principal crítica a este método (y, en general, a todas las pruebas médicas) consiste en que, como determina la Sentencia del Tribunal Supremo 3186/2013, de 17 de junio, *“no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones”*.

Asimismo, tal y como hace referencia el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia, el Atlas Greulich y Pyle contiene modelos estándares elaborados a partir de las radiografías realizadas a niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, y no se habrían tomado en consideración las características étnicas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que podrían tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Estas características, teniendo en cuenta el origen de la inmigración, podrían ser de vital importancia para determinar el desarrollo o la edad de la persona a la que se le someten las pruebas.

Otra de las críticas que recibe la radiografía carpal es que se trata de un método muy invasivo. El uso de la radiación puede conllevar un riesgo de efectos dañinos sobre la salud del posible menor no acompañado. Nótese adicionalmente que un método puede ser intrusivo no solo físicamente, sino también en función de su efecto psicológico, al invadir la intimidad del posible menor no acompañado a través del sometimiento de pruebas médicas en un entorno desconocido, sin que, en muchos supuestos, tenga conocimiento y/o esté informado de lo que está sucediendo o la finalidad de dichas pruebas. Consecuentemente, se deberá optar por aquellos métodos menos intrusivos ponderándolos con el grado de precisión.

Finalmente, una crítica añadida a la actual regulación del procedimiento de determinación de la edad consiste en que ni la LOEX ni el REX ni el Protocolo regulan específicamente la asistencia letrada (y mucho menos la asistencia jurídica gratuita) para estos procesos. Si bien es cierto que durante el procedimiento los posibles menores no acompañados deberían tener derecho a su propio abogado y a solicitar la asistencia jurídica gratuita, convendría valorar que, por ejemplo, el Protocolo regulase y garantizase la asistencia letrada al posible menor no acompañado desde su identificación, que debería evaluarse conjuntamente con la figura del tutor, ejercida por las correspondientes Administraciones competentes.

3. Enfoques alternativos y principales medidas propuestas para la mejora del procedimiento

La determinación exacta de la edad del posible menor no acompañado es una cuestión compleja, por no decir casi imposible. De hecho, la normativa no establece una serie de pruebas tasadas que se deban realizar para determinar la edad. Al contrario, la normativa deja margen y no especifica pruebas concretas, con lo que el Ministerio Fiscal puede ordenar un conjunto de pruebas que den lugar a un resultado más preciso, mejorando así la fiabilidad de la evaluación.

El propio CESE en su Dictamen de iniciativa invita a los Estados miembros a que evalúen la minoría de edad atendiendo a una serie de indicios, entre los que figuran, en primer lugar, las declaraciones del interesado, los documentos de registro civil presentados, las entrevistas realizadas al interesado y, cuando corresponda, la verificación de la autenticidad de los documentos del registro civil, subrayando que las pruebas médicas para la determinación de la edad solo pueden realizarse en caso de duda persistente y como último recurso.

Por ello, de conformidad con lo establecido por los expertos en la materia, se deberían realizar un número de pruebas o llevar a cabo una serie de procedimientos suficientes para poder determinar la edad con razonable certeza. Así, lo conveniente y deseable consistiría en combinar diferentes especialidades y métodos que conduzcan a un resultado lo más preciso posible, dentro de la complejidad y de las circunstancias fácticas que rodean cada supuesto.

En este contexto, la principal alternativa al actual método de determinación de la edad podría ser el conocido como enfoque multidisciplinar y holístico¹, el cual combinaría diferentes pruebas para obtener una respuesta más fiable sobre la edad de la persona objeto del proceso teniendo en cuenta las necesidades de los presuntos menores en el ámbito de la migración. Se trataría de un procedimiento que no sería físicamente invasivo y que, sobre todo y más importante, tomaría en consideración las experiencias personales y las circunstancias concretas del posible menor no acompañado, con lo que, a su vez, sería garantista con los derechos de los presuntos menores. De igual manera, consistiría en un procedimiento que respetaría el derecho a ser oído al fomentar la participación del posible menor no acompañado para poder recopilar el mayor número de información posible.

Este enfoque alternativo tomaría en consideración las situaciones diversas y complicadas a las que se enfrentan los menores no acompañados, por lo que se requieren enfoques multidisciplinarios (jurídicos, psicomédicos y sociales), exhaustivos y holísticos.

En este mismo sentido se pronuncia el CESE al proponer que, a falta de pruebas documentales y en caso de que existan serias dudas sobre la edad del menor, se lleve a cabo una evaluación de la edad mediante un enfoque multidisciplinario a cargo de profesionales independientes que posean las competencias adecuadas y conocimientos sobre el origen cultural y étnico del individuo.

El enfoque multidisciplinar se compondría de varios niveles para tener más factores en cuenta y poder ofrecer un procedimiento lo más individualizado posible para cada persona, dando prefe-

rencia aquellos procesos que sean menos intrusivos y más precisos. Los partidarios del enfoque multidisciplinar y holístico proponen una aplicación gradual, comenzando por aquellos métodos menos intrusivos en los casos en los que las pruebas practicadas lleven a una conclusión fundada sobre la edad de la persona.

El método multidisciplinar y holístico pretende que, a través de una serie de entrevistas realizadas por diferentes profesionales, se pueda formar una visión conjunta y global del individuo que permita determinar, con razonable exactitud y sin ser físicamente invasivo, la edad del sujeto objeto del procedimiento. Este procedimiento se compondría de un equipo multidisciplinar que contaría con una formación específica y estaría constituido *ad hoc*.

El equipo multidisciplinar *ad hoc* podría estar formado por varios profesionales, entre los que se podrían destacar los siguientes: trabajadores sociales, pediatras, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, intérpretes o mediadores culturales e incluso médicos forenses o abogados. Estos profesionales realizarían una serie de entrevistas a los posibles menores no acompañados para obtener una visión global de su situación. La figura del intérprete/mediador cultural cobraría una importancia vital, dado que acompañaría al sujeto durante el procedimiento intermediando con los profesionales que realicen las entrevistas para que el entrevistado pueda entender bien qué es aquello que se le pregunta y las implicaciones del procedimiento.

Conviene precisar que la finalidad del equipo multidisciplinar no sería la de concluir que la persona es menor de edad, sino la de intentar proporcionar información relevante que permita determinar la edad de manera imparcial y objetiva. Por ello, bajo este enfoque igualmente se requiere la asistencia jurídica y letrada del menor no acompañado, en tanto no es la finalidad del equipo multidisciplinar velar por los intereses del presunto menor, sino obtener la información relevante que deberá compartir necesariamente con el Ministerio Fiscal.

Los equipos que formen parte del proceso multidisciplinar deberían prestar especial atención a factores que puedan influir en la comunicación de la persona o en su relato, como por ejemplo su nivel educativo, madurez, cansancio, posible trauma, cultura y tradiciones.

Al igual que para la realización de pruebas médicas, el posible menor debería prestar su consentimiento y, en caso de no hacerlo, no podría tenerse en cuenta la negativa para el resultado final, sino que tendrán que intentar realizarse otras pruebas.

Una vez finalizadas las entrevistas, el grupo de expertos emitiría unas conclusiones que se comunicarían al Ministerio Fiscal. El informe con el que se comunique el resultado debería contener una clara motivación, los criterios usados, los elementos juzgados y las garantías procesales. En el supuesto en que el Ministerio Fiscal considerara que el informe emitido por los expertos es suficiente para determinar la edad, dictaría el correspondiente decreto. En caso contrario, es decir, cuando aún existiesen dudas acerca de la edad del posible menor no acompañado, podría acordar que se practicasen pruebas adicionales tendentes a concretar de forma precisa la edad.

Por último, y en relación con este nuevo enfoque, el CESE invita a los Estados miembros a que instauren una comisión de supervisión a escala europea para proponer una evaluación holística de la edad común a los Estados miembros y supervisar los protocolos y prácticas relacionados con

la estimación de la edad. Para ello, se insta a los Estados miembros a que asignen los recursos necesarios a los servicios públicos y ofrezcan unos servicios adecuados, en particular por medio de la formación especializada y el refuerzo de las competencias de los profesionales que trabajan para la protección de la infancia, que será esencial para que este tipo de iniciativas progresen y sean efectivas.

4. Conclusiones

En la actualidad, el procedimiento de determinación de la edad basado únicamente en pruebas médicas está seriamente cuestionado al considerarse poco fiable y no respetar la intimidad del menor. La falta de precisión del procedimiento, junto con su carácter invasivo, parece indicar que no resulta el más adecuado para establecer un aspecto tan complejo cuyas consecuencias son tan relevantes en el devenir del individuo sometido al procedimiento de la determinación de la edad.

En este contexto, de conformidad con los expertos y, en particular, con el CESE, el método multidisciplinar y holístico se configura como una alternativa más idónea no solo porque evaluaría una multitud de factores atendiendo a las circunstancias personales y particulares de cada individuo, sino porque permitiría graduar el nivel de intrusión, relegando los procesos más invasivos a los casos en que no sean concluyentes otras pruebas, respetando así los derechos y la dignidad del posible menor no acompañado.

El CESE insta a los Estados miembros a que se refuerce el marco jurídico aplicable a los menores no acompañados y, bajo el principio del interés superior del menor, se deje de lado la aplicación de pruebas médicas invasivas y poco precisas, y que se instauren protocolos y prácticas relacionados con la estimación de la edad basados en un enfoque multidisciplinar para una evaluación holística de la edad común a los Estados miembros.

Bibliografía

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2020). Dictamen sobre «La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa» (Dictamen de iniciativa). *Diario Oficial de la Unión Europea* de 11 de diciembre de 2020.

MOLINA DOMÍNGUEZ, Montserrat (2013). El derecho a la asistencia letrada en menores extranjeros no acompañados. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 5, pp. 60-67.

OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO (2019). *Guía práctica de la EASO sobre evaluación de la edad* (2.ª ed.).

UNIDAD DE EXTRANJERÍA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2018). Nota interna número 2/2018 «Sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad», pp. 11-13. Recuperada de <https://www.fiscal.es/documents/20142/160400/NOTA+INTERNA+NUM+2+SEGUIMIENTO+MENAS.pdf/4c63d456-82f5-00ea-bcd1-67ab932269d8?t=1532605956474>.

ADENDA AL ARTÍCULO SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Después de la entrega de este artículo a los editores de la revista se ha producido una novedad muy relevante para el tema tratado. Concretamente, el 12 de abril de 2022 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley por la que se regula el procedimiento de evaluación de la edad (el "Anteproyecto").

El contenido del Anteproyecto es esencialmente el de regular el procedimiento de determinación de la edad con arreglo a principios y criterios que coinciden en lo sustancial con los propuestos en el artículo. En definitiva, el procedimiento multidisciplinar y holístico se consagrará como la regla básica para la determinación de la edad en el futuro, una vez que se adopte y entre en vigor la Ley a la que se refiere el Anteproyecto.

La principal modificación propuesta por el Anteproyecto se centra en su artículo primero que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil (la "LEC") y en su artículo segundo que modifica la LAJG. A efectos de esta adenda, no se profundizará en el análisis del resto de los artículos del Anteproyecto.

Concretamente, en el artículo primero del Anteproyecto se modifican los artículos 748, 749, 750 y 753 de la LEC y se introduce un nuevo capítulo V bis titulado "*Del procedimiento de evaluación de la edad*" dentro del título I del libro IV.

Las modificaciones de los artículos 748, 749, 750 y 753 de la LEC regulan el procedimiento de evaluación de la edad en el ámbito de los procesos especiales (artículo 748), determinan la intervención del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos (artículo 749), la preceptiva asistencia letrada y de quien asuma la representación legal de la persona cuya edad es objeto de evaluación, funciones de defensa y representación, que no podrán recaer en una misma persona para evitar conflictos de intereses (artículo 750), y se establece el carácter preferente del procedimiento (artículo 753).

El nuevo capítulo V bis se divide en ocho artículos, desde el artículo 781 *ter* hasta el 781 *decies*. El artículo 781 *ter* se refiere al objeto y ámbito del procedimiento, prohibiendo su incoación cuando existan documentos que acrediten la edad o sea evidente la minoría de edad por la apariencia física.

El artículo 781 *quater* consagra los principios rectores del procedimiento de determinación de la edad, entre los que se distinguen el interés superior del menor, la presunción de la minoría de edad hasta que no recaiga una resolución firme que ponga fin al procedimiento, el carácter preferente y urgente del mismo, el derecho de la persona cuya edad es objeto de determinación a ser escuchada, a que se le proporcione información y a que sea asistida por un intérprete cuando lo necesite, la necesidad de su consentimiento expreso para la realización de pruebas y la asistencia jurídica gratuita. El derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de recursos para litigar, también se determina en el artículo segundo del Anteproyecto al modificar el artículo 2 de la LAJG.

El artículo 781 *quinquies* recoge la competencia para conocer del procedimiento, que recaerá, con carácter general, en el Juzgado de Familia del lugar donde se halle la persona cuya edad es objeto de determinación o, en defecto del Juzgado de Familia, en el Juzgado de Primera Instancia.

El artículo 781 *sexies* aborda la legitimación para promover el procedimiento, distinguiendo entre el Ministerio Fiscal, la persona cuya edad se determine (que deberá estar asistida por su representante legal o el defensor judicial designado en caso de conflicto de interés con el representante legal) o la entidad pública de protección a la infancia y adolescencia del lugar donde se encuentre la persona cuya edad sea objeto de determinación.

El artículo 781 *septies* regula la incoación del procedimiento, que se llevará a cabo mediante una solicitud motivada. Uno de los principales problemas que plantea este precepto consiste en la exigencia de justificar las comprobaciones realizadas con el país de origen de la persona cuya edad es objeto de determinación. Al no establecer de forma exhaustiva qué comprobaciones se tienen que llevar a cabo, se podría plantear el problema de que se pudieran rechazar solicitudes de incoación del procedimiento por no haber realizado las comprobaciones suficientes con el país de origen.

El artículo 781 *octies* determina la comparecencia de medidas provisionales con el objetivo de oír las alegaciones de las partes, teniendo siempre audiencia a la persona cuya edad sea objeto de determinación, y basándose en el carácter urgente y preferente del procedimiento.

El artículo 791 *nonies* es de vital importancia al incluir dentro de la prueba pericial la posibilidad de un enfoque multidisciplinar por el que tanto abogaban instituciones europeas tales como el CESE. Además, se prohíbe de forma expresa la realización de desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas que supongan riesgos de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud de la persona cuya edad se determina.

Finalmente, el artículo 791 *decies* regula la vista principal y la sentencia. Esta última, una vez que sea firme, se remitirá mediante testimonio al Registro Civil para su inscripción, fijando la fecha en la que el menor cumplirá la mayoría de edad.

Por lo tanto, si finalmente se aprueba la ley desarrollada en el Anteproyecto, la determinación de la edad dejará de constituir una decisión que deba adoptar el Ministerio Fiscal, pasando a ser un juez quien resuelva mediante un procedimiento judicial civil. Se puede apreciar cómo, pese a que se pretenden regular de forma expresa diversas cuestiones controvertidas que se planteaban en el artículo, esta nueva regulación podría implicar una pérdida de flexibilidad en el procedimiento al no recaer su configuración y la decisión de la determinación de la edad en el Ministerio Fiscal.

Por otra parte, se consagran los principios rectores del procedimiento y se determina de forma expresa el derecho de asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de determinación de la edad. Este último punto era una de las cuestiones controvertidas planteadas en el artículo. Asimismo, se prohíbe la práctica de medidas intrusivas, dejando la puerta abierta a la realización de informes periciales multidisciplinarios.

En conclusión, pese a que el Anteproyecto puede plantear algunos inconvenientes cuya configuración legal merece un análisis en mayor profundidad, consideramos que, con carácter general, aborda e intenta regular diversas cuestiones que hasta ahora no estaban resueltas y se orienta principalmente a establecer un procedimiento más garantista para la persona cuya edad se pretende determinar.

Nota

- 1 Como, por ejemplo, lo propone la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (2019) en su Guía práctica de la EASO sobre evaluación de la edad (2.ª ed.).