1. INTRODUCCIÓN

1.1 DEFINICIÓN DE MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

Antes de avanzar en nuestro informe es necesario, en aras de delimitar nuestro estudio y por razones meramente metodológicas, definir qué entendemos por menor migrante no acompañado o menor extranjero no acompañado *(MENA)*. No va a ser nuestra intención extendernos en el análisis de este concepto. No lo creemos necesario para la elaboración de nuestro informe, dada además la amplia literatura que sobre este concepto se ha escrito en numerosos estudios realizados sobre el tema, a cuya lectura nos remitimos. Nos vamos a limitar a definir los MENA tal y como lo hace el Art 189 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 libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Esta norma al establecer el ámbito de aplicación dentro de la misma lo define como:

> *"Extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación".*

A partir de esta definición se deberán sentar las bases de la regulación de la protección de dichos menores, teniendo en cuenta además que la condición de menor es preferente sobre la de su origen o procedencia, y que la protección de los menores deberá ser interpretada sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, siendo la consideración primordial a que se atenderá la del "interés superior" del menor, según establece el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño. Este principio rector ha sido respaldado además por la Carta Europea de los Derechos del Niño A3-0172/1992 de 8 de junio y recogida en nuestra propia legislación nacional en la LO 1/1996 de 15 de enero sobre Protección jurídica del Menor, así como recogida también por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a través de su jurisprudencia, han coincidido en declarar este principio superior de obligada observancia en el ordenamiento jurídico tanto español como comunitario.

1.2 EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

El nombre y edad del extranjero pueden acreditarse a través de un documento identificativo, como puede ser su pasaporte, o la partida de nacimiento, el documento nacional de identidad del país de origen, el libro de familia u otro documento válido al que la legislación nacional del extranjero otorgue eficacia y que permita conocer el nombre y la edad del menor de forma clara y fehaciente.

La mayoría de los menores que llegan a España no portan ningún tipo de documentación legal que les permita ser identificados por la administración. El nombre, la edad y lugar del nacimiento quedan entonces sin poder ser determinadas por documentos oficiales del país de origen. En estos casos la primera cuestión a determinar, además del nombre, es la comprobación efectiva de su minoría de edad, minoría que supondrá en su caso la declaración de desamparo, por no encontrarse en compañía de un adulto responsable. En caso de comprobarse la minoría de edad, se realizará la declaración de desamparo y la consecuente asunción de la tutela del menor por parte de la Administración Pública y las instituciones destinadas al efecto.

Así pues, al ser localizado un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad (no desde luego en aquellos casos en los que el aspecto infantil ya este claramente informando sobre la minoría de edad), la primera cuestión que se lleva a cabo es la determinación de la misma. Pero no tanto para una exacta determinación de edad, que como ya veremos no es cuestión fácil, sino para que jurídicamente la administración tenga una resolución, que aunque sea provisional, sea habilitante para posibilitar su acogida dentro del sistema de protección o tomar otro tipo de decisión. Es decir, a falta de una documentación identificativa se necesita una resolución que establezca esta minoría de edad. Se debe dictar para preservar la defensa de sus derechos mientras se resuelve y se determina su posible edad ya cronológica ya biológica (esta última si es que la primera finalmente no es posible de acreditar).

Sin embargo la realidad nos deja la sensación de que no se van a dictar estas resoluciones provisionales de minoría de edad para preservar esos derechos y la protección de los posibles menores, sino que en muchas ocasiones van a servir precisamente para evitar su entrada en el sistema de protección.

Los procedimientos de determinación de la edad han levantado toda una serie de polémicas por parte de los diferentes autores en la materia, polémica tanto médica como jurídica, y ha sido de objeto de estudio recientemente en el amplio e interesante informe por parte del Defensor del Pueblo ***"¿MENORES O ADULTOS? Procedimientos para la determinación de la edad"***, en donde se han tratado los procedimientos a utilizar por parte de las diferentes administraciones públicas para llevar a cabo tal determinación de la edad y a cuyas conclusiones más adelante nos referiremos.

Para empezar decir que en España se emplean mayoritariamente dos tipos de pruebas óseas: el Atlas de Greulich Pyle y el método Tunner Whintehouse 41. En ambas se utiliza la radiografía de la mano izquierda de los menores- La maduración ósea es el reflejo más fiel de la edad biológica del niño. En ella se valora la transformación progresiva de los huesos de la mano y muñeca, si bien, es necesario puntualizar que la aplicación de esta prueba sola no permite arrojar resultados fiables del todo. En el caso de Greulich, compara la evolución de sus hueso con unos patrones que Grenlich - Pyle van a estudiar en 1959 para una población caucásica y anglosajona. En cuanto al método Tunner, se analiza cómo de desarrollados están veinte puntos concretos de los huesos de la mano y muñeca. La queja mayoritaria de los

médicos forenses, organizaciones y asociaciones para la defensa de los menores extranjeros y para la propia Fundación Raíces, en cuanto a la aplicación de ambos métodos, es que ambos métodos son demasiado subjetivos, y dejan fuera otras pruebas, como un examen dental de Dermijian43, prueba que observa el desarrollo del tercer molar (muela del juicio) para calcular la edad. Además de una exploración física (estudio antropométrico: peso, talla, constitución, madurez sexual, identificación de patologías que alteren el desarrollo), la osificación del cartílago costal de la clavícula en relación con la edad igual o superior a 21 años, proponiéndose lo mismo para la 1ª costilla, a fin de comprobar los signos de pubertad, además de efectuar una entrevista personal, entre otros.

A pesar de la poca fiabilidad de este método y de la denuncia de la utilización del mismo, las Administraciones Públicas siguen haciendo caso omiso a quienes plantean que tal prueba no es ajustada, sobre todo porque están en juegos cuestiones muy importantes y de gran transcendencia tales como la naturaleza y habilitación del individuo por parte del médico o la institución sanitaria que realiza dicha prueba, ya que de la determinación de la minoría de edad o no depende el estatus que recibirá a partir de dicha prueba el joven, y por tanto también su acogida o no por los servicios públicos de protección de menores. Es decir, la edad va a ser determinante en el futuro tratamiento jurídico de la persona.

De la denuncia y de los errores demostrables en los que se incurre en la utilización de ambos métodos para determinar la edad de una persona, se ha podido deducir que no existe un método científico que puede determinar con exactitud la edad de una persona, ya que muchas veces en la aplicación de estos métodos ha quedado contrastado que se arrojan diferencias con la edad real, que los científicos cifran en un margen de diferencia dos años arriba o abajo cuando hablamos por ejemplo de los métodos de el Atlas de Greulich Pyle y el método Tunner Whintehouse 41.

A este respecto nos referiremos al **caso 68,** en el que el Auto dictado por la sección 22 de Audiencia Provincial de Madrid (autos de apelación *0032/2012)* de fecha 2 de febrero de 2012 falló no ser conforme a derecho la sentencia del Juzgado de primera Instancia nº 24 que, sin entrar en el fondo del asunto, acordó la carencia sobrevenida de objeto en el procedimiento judicial, al haber cumplido el menor 18 años conforme a su pasaporte.

La Audiencia Provincial, ya desde el inicio de su resolución, deja constancia en primer lugar de la prioridad que en esta materia posee el pasaporte. Señala textualmente que "*hay que significar en primer lugar que, dada la edad actual del ahora recurrente, éste ya ha alcanzado la mayoría al haber cumplido los 18 años de edad según el propio documento presentado por el mismo y consistente en el pasaporte.*

> *Por tanto, se puede concluir que nuestro ordenamiento, en los supuestos en los que no consta la edad cronológica de un individuo, establece que la autoridad competente para la determinación de la edad, habrá de solicitar el auxilio de la ciencia médica para que, a través de la realización de las pruebas necesarias, "estime" la edad biológica de éste.*

Cuando el jurista no dispone de un documento ***que por otra parte no sería el caso que nos ocupa, dado que el menor sí dispone de pasaporte*** *que le permita acreditar esta edad cronológica, para poder valorar la edad legal de un supuesto menor, solicita en nuestro medio una prueba médica para poder tener una estimación de la misma (Bravo-Rodríguez, 2010).*

De otra parte, y nunca se repetirá lo suficiente esta afirmación, la estimación forense de la edad es una valoración médico legal que nunca, ni siquiera en aquellos casos en los que la bibliografía médica parece apoyar conclusiones absolutamente certeras, constituye un diagnóstico de certeza.

Hay que significar que en el presente procedimiento consta el documento médico obrante al folio 36 de los autos y consistente en la radiología ósea para la determinación de la edad, da una impresión diagnóstica que concluye que atendiendo a los distintos métodos radiológicos practicados –con los consiguientes márgenes de error– la edad –más probable– se sitúa por encima de los 18 años de edad.

Se "comenta" que la edad ósea aproximada es superior a los 18 años. El grado de maduración es completo Y la edad ósea aproximada es superior al máximo de las tablas, 16 años.

La falta de certeza, exactitud, solidez en la conclusión de aquel dictamen médico –aludiendo en la información a márgenes de error, probabilidades de edad, cuando no señalando directamente en el resultado de las pruebas la edad de 16 años, en definitiva, escenario para la incertidumbre y la duda y no la certidumbre y convicción total y absoluta– para determinar la edad biológica y en consecuencia, la cronológica y legal del ahora recurrente, junto con la copia del documento que en este caso incorporado a los autos y en el que consta que Ildefonso nació el 1 de julio de 1992, y sobre el que el Juzgado de Instrucción número 1 de los de Madrid en las diligencias penales incoadas por delito de falsedad resolvió el sobreseimiento provisional de las actuaciones penales, determina que la Sala considere que la resolución del Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid -en beneficio de dicho menor, dada la duda existente sobre su edad en atención al equívoco resultado de la prueba señalada- debió consistir en disponer y adoptar las medidas necesarias de protección y amparo del menor, sin dar de baja definitiva a Ildefonso en la Residencia de Manzanares, procediendo por lo tanto, exclusivamente, en este sentido estimar sustancialmente el recurso planteado y en consecuencia estimar en sustancia también la demanda formulada sobre impugnación a las resoluciones administrativas de 12 de noviembre de 2009, sin que proceda realizar en este procedimiento otros pronunciamientos ajenos a lo que aquí y ahora se declara expresamente, todo ello en atención a la ya alcanzada mayoría de edad del menor, según es de ver en el documento señalado en las actuaciones."

La sentencia además es de gran interés en la medida que examina cómo deben ser los criterios y protocolos a seguir en el caso de duda de la edad de los menores

"Sin embargo, la cuestión, lejos de resultar pacífica, es muy controvertida desde el punto de vista científico y también jurídico. Precisamente, el estado científico de la cuestión y las graves consecuencias legales que puede ocasionar la atribución incorrecta de la edad es lo que ha llevado a los distintos países a optar, por una u otra metodología para llegar a determinar la edad de una persona.

La edad legal, que es la que las autoridades judiciales y fiscales necesitan conocer para poder aplicar de forma adecuada las normas legales, es un término que se corresponde con el concepto cronológico de la edad recogido por el Diccionario de la RAE, es decir, es el tiempo que ha vivido una persona. Es, por tanto, un concepto estrictamente cronológico que tiene unos límites precisos desde el momento del nacimiento hasta una fecha dada. Además, las implicaciones legales de considerar que una persona tiene una edad determinada, cumplida a una fecha determinada son sumamente trascendentes en la práctica jurídica. Los límites cronológicos y la consideración de la edad legal afectan a gran cantidad de situaciones de importancia en el orden civil y en el orden penal.

Cuando el jurista no dispone de un documento- que por otra parte no sería el caso que nos ocupa, dado que Ildefonso si dispone de pasaporte - que le permita acreditar esta edad cronológica, para poder valorar la edad legal de un supuesto menor, solicita en nuestro medio una prueba médica para poder tener una estimación de la misma (Bravo-Rodríguez, 2010).

Pero el médico que realiza dicha prueba, en realidad, no puede dar al jurista una estimación de dicha edad legal sino simplemente su edad biológica. La edad biológica, pese a ser edad, no define un concepto cronológico, sino que se define por la identificación por parte de un explorador de una serie de hitos dentro del proceso de maduración y desarrollo de un ser humano que se alcanzan habitualmente a una determinada edad cronológica en un grupo de población determinado.

Por tanto, la edad biológica no es exactamente edad cronológica, aun cuando los hitos madurativos que identifica suelen correr paralelos a la edad cronológica.

La edad biológica corre paralela con la edad cronológica en todos los sujetos, que siguen una secuencia en estos hitos madurativos que es prácticamente uniforme en todos los seres humanos, pero no es exactamente coincidente con ella en todos los sujetos. Algunos seres humanos adelantan sus ritmos madurativos por delante de esta edad cronológica más habitual y otros la retrasan por muy diversas razones.

Se han identificado algunos factores que se asocian con adelantos o retrasos en los ritmos madurativos. Entre ellos se cuentan ciertos factores genéticos, familiares que determinan que en algunos grupos familiares y sin factores patológicos asociados halla retrasos o adelantos madurativos. Un ejemplo conocido es el caso de los retrasos madurativos de la edad ósea y dental en niños de talla alta de familias de talla alta y los adelantos en niños de talla baja.

También se ha identificado la interferencia con los ritmos madurativos por parte del estatus socioeconómico del niño, de modo que niños de estatus socioeconómicos altos y bajos tienen ritmos madurativos distintos como reflejo de factores nutricionales e higiénico-sanitarios distintos.

Actividades como las prácticas deportivas de alto rendimiento especialmente en niñas también se ha identificado como factores de interferencia con el ritmo de la edad biológica.

Los factores patológicos implicados también son múltiples y existen múltiples enfermedades, algunas fácilmente identificables en un examen médico rutinario y otras de diagnóstico más complejo, que afectan de forma definida a los ritmos de maduración ósea y dental, adelantándolos y retrasándolos.

Finalmente, también se ha debatido y se sigue debatiendo en foros científicos la posible interferencia de factores raciales o poblacionales. Tradicionalmente se ha planteado que los distintos grupos poblacionales o raciales principales, negroides, caucasoides y asiáticos o mongoloides, presentan ritmos madurativos distintos y por ello los resultados de edad biológica generales de un grupo poblacional no serían extrapolables a otros grupos. Otros autores entienden que, por el contrario, serían realmente los factores socioeconómicos los que determinarían estas diferencias de ritmos madurativos, y que las diferencias entre grupos raciales en realidad no harían sino reflejar estas diferencias a nivel socioeconómico entre los distintos grupos poblacionales.

En realidad, éste es un debate científico que no puede considerarse plenamente cerrado y, por tanto, cuando la estimación de la edad biológica haya de tener implicaciones legales, puede ser una práctica recomendable la de comparar los ritmos de maduración de un sujeto con los ritmos de su mismo grupo poblacional. El país de origen de un sujeto puede ser un buen parámetro de comparación, al agrupar los posibles factores raciales y las condiciones nutricionales generales e higiénico- sanitarias de una misma población y, por ello, puede ser el patrón de comparación ideal para las estimaciones forenses de la edad.

Con independencia de la necesidad de utilizar patrones de comparación adecuados a las características del sujeto, la estimación médica de la edad parte de la cuantificación de la edad biológica que como se ha indicado, en realidad, refleja el comportamiento habitual de la población de origen del sujeto en relación con un determinado hito madurativo.

Y ésta es una de las cuestiones clave en la interpretación médico legal de la estimación de la edad:

Los resultados de estimación de la edad cronológica obtenidos por análisis de parámetros de edad biológica nunca ofrecen resultados exactos sino meras estimaciones probabilísticas de edad cronológica.

En el mejor de los casos, esta aproximación probabilística puede ser medida y cuando se dispone de estudios de población de referencia aceptables puede llegar a medirse la

probabilidad de acierto o de error de la estimación, pero nunca se puede dar una estimación de la edad como un resultado con certeza absoluta.

Y para desarrollar los estudios de edad biológica destinados a la estimación forense de la edad, la antropología forense pone en manos de los investigadores múltiples métodos de diagnóstico útiles para estos fines. Sin embargo, dentro de este amplio arsenal de medios diagnósticos algunos de ellos pueden ser más adecuados que otros por diversas razones cuando se busca una estimación de la edad en torno a los 18 años en sujetos vivos. Se han definido varios criterios que deben valorarse a la hora de decidir qué medios diagnósticos aplicar en el campo de la antropología forense para el diagnóstico de la edad (Ritz- Timme et al. 2000).

El método a aplicar debe tener un adecuado ajuste a las normas de ética médica. Este criterio es especialmente sensible cuando se aplican métodos de estudio en sujetos vivos. En este caso, el método debe tener un adecuado balance de riesgo/ beneficio para el sujeto. Por ello, pese a su gran precisión, en sujetos vivos queda descartado el uso de métodos de diagnóstico de edad como los basados en la racemización del ácido aspártico. Éste es un método químico muy útil que se aplica sobre diversos tejidos, en particular sobre piezas dentales, pero que exige su extracción y destrucción. En el mismo sentido, las pruebas radiográficas basadas en radiografías de la región pélvica, como la evaluación del signo de Risser, deben ser descartadas si disponemos de otros métodos de la misma precisión que supongan exposición radiográfica de regiones menos radiosensibles.

Estas guías generales recomiendan la práctica de las siguientes pruebas médicas para el diagnóstico de la edad: examen físico y entrevista personal; examen radiográfico del carpo de la mano izquierda; examen radiográfico de la dentadura; examen radiográfico o tomografía computerizada de la extremidad proximal de clavícula.

De otra parte, y nunca se repetirá lo suficiente esta afirmación, la estimación forense de la edad es una valoración médico legal que nunca, ni siquiera en aquellos casos en los que la bibliografía médica parece apoyar conclusiones absolutamente certeras, constituye un diagnóstico de certeza.

Dicha probabilidad en ocasiones puede ser estimada merced a estudios de referencia y, en esos casos, es obligación del médico forense dejar constancia de dicha probabilidad tanto de acierto como de error para que su valoración pueda resultar de auténtica utilidad a la autoridad que solicita su valoración.

La valoración integrada de todos los datos obtenidos de las exploraciones descritas debe partir siempre de dos principios rectores de la actividad del médico encargado de la valoración médico legal.

De una parte, no debe perderse de vista nunca la dimensión ética que este tipo de estudios tiene al tratar con una cuestión tan sensible como es la de la estimación de la

posible mayoría o minoría de edad de un supuesto menor (Nambiar et al., 1998). Las valoraciones médico legales de estos pacientes deben ser lo más rigurosas posibles, practicando sólo aquellas pruebas que sean estrictamente necesarias y que cumplan los criterios de validez médico legal actualmente aceptados (Ritz-Timme et al., 2000; European Comisión, 2002; Ramsthaler et al., 2009; Schmeling et al., 2008), y los informes médico forenses elaborados a partir de las mismas deben dejar constancia de las limitaciones inherentes a este tipo de estudio, no dando nunca por certeras meras impresiones personales y evitando conclusiones no basadas en evidencias científicas contrastadas.

Seidel y Kanics definieron 11 principios clave para valorar la edad (2010):

La estimación de la edad sólo debería llevarse a cabo si hay serias dudas sobre la edad del individuo y por tanto sólo debería iniciarse como último recurso.

En caso de duda, el individuo debería ser tratado siempre como un menor; esto incluye facilitarle un tutor, alojamiento adecuado y la prohibición de detenerlo.

El individuo debería dar consentimiento informado para los procesos de estimación de la edad. Por tanto, el individuo debería recibir información del procedimiento y sus riesgos médicos, así como de sus potenciales consecuencias.

La información debe ser proporcionada de manera apropiada a la edad y el sexo de la persona y en un lenguaje que pueda ser entendido por él o ella.

Los métodos deberían ser interdisciplinarios (es decir, no sólo médicos) y respetar la dignidad del individuo.

Todos aquellos que lleven a cabo la actuación deben ser sensibles a la edad, sexo y cultura de la persona.

El margen total de error de los métodos empleados debe reconocerse, documentarse y aplicarse a favor del individuo.

La estimación deben hacerla profesionales adecuadamente cualificados e independientes, y no las fuerzas del orden o funcionarios judiciales.

El individuo debe estar a salvo de la deportación hasta que la estimación de la edad y cualquier apelación se hayan completado. Deben disponer de información y asesoramiento legal apropiado.

La estimación de la edad debe ser un proceso multidisciplinario que siga el modelo de protección infantil.

Tales parámetros doctrinales vienen sin duda a refrendar el criterio esencial en la materia que nos ocupa y es que en el caso de duda - y dadas las consideraciones médico científicas anteriormente expuestas los márgenes de error o por mejor decir de incertidumbre están siempre patentes cualquier decisión fundamental que adopten las autori-

dades administrativas o judiciales competentes en la materia del menor que nos ocupa, han de tener como criterio rector esencial el beneficio del menor, todo ello conforme a la exigencias legales de la normativa del CC., de la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, protección y, en virtud del cual se acuerda no declarar el desamparo y asumir la tutela por ministerio de la ley"

Por tanto, retomando el contenido del informe del Defensor del Pueblo "¿MENORES O ADULTOS?", recordaremos que se deben obligatoriamente considerar por parte de todos los operadores jurídicos, funcionarios y profesionales implicados en los casos de estos menores las siguientes conclusiones:

Conclusiones

- ***Obligatoriedad del consentimiento informado.*** *Hay una perversión en el uso que estamos haciendo de la mayoría de estas técnicas. Estas técnicas están desarrolladas para el diagnóstico clínico, para el diagnóstico de patologías, de trastornos del crecimiento... y nosotros invertimos su aplicación para poderlas utilizar en el diagnóstico forense de la edad, de los casos de menores no acompañados. Estamos sometiendo a estas personas a un examen que afecta a su privacidad, les estamos exponiendo a una radiación independientemente de la cuestión científica o el debate científico que pueda haber sobre la dosis de radiación, pero evidentemente no es inocua. Por lo tanto, en principio uno de los criterios que hoy en día están más en boga, es que este tipo de técnicas estarían justificadas en casos penales pero no en casos en los que no haya una intervención penal.*
- ***Prescripción médica de la prueba.*** *Otra cuestión importante es la indicación o la solicitud de la prueba, es decir, ahora mismo, en la práctica, quien está haciendo la indicación de una prueba médica, es un jurídico, es un fiscal, y esto parece que no es lo más adecuado. Es decir, si vamos a someter a una persona a una serie de pruebas médicas que no son inocuas, la indicación debe ser una indicación médica, una prescripción médica.*
- ***Control de calidad.*** *Hay que definir cómo se desarrolla el control de calidad. Debemos estandarizar la técnica, calibrarla, evaluar los procedimientos que estamos utilizando. Todos los intentos que ha habido hasta ahora para llevar a cabo este tipo de medidas han sido infructuosos. Es necesario establecer directrices homogéneas, entre la comunidad forense y el resto de profesionales, radiólogos, odontólogos, etc., que vayan a intervenir en este tipo de pruebas y también con el resto de los actores, es decir, con jueces, con fiscales, etc. Todas estas pruebas deben estar basadas en*

evidencias científicas y en criterios homogéneos. La American Board the Forency Ondontology y la IOFOS, que es la Organización Internacional de Odontoestomatología Forense tienen colgadas en sus web recomendaciones para la estimación forense de la edad.

- ***Tiempo para el diagnóstico.*** *Siguiendo las recomendaciones del programa de niños no acompañados en Europa de ACNUR -Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados- tiene que haber un tiempo para el diagnóstico. Es decir, hay que acabar con la práctica que vemos todos los días de que aquí llego con el niño, lo llevo al hospital, me dan un papel y ya está diagnosticado, pues evidentemente eso es absolutamente reprobable.*
- ***Métodos seguros: evitar radiación innecesaria.*** *Para evitar radiación innecesaria hay que promover elnuso de métodos seguros. Sería muy útil que existieran bases de datos en las que los médicos forenses pudieran ver en el momento en el que están reconociendo a una persona si esa misma persona ha sido reconocida en otro instituto de medicina legal o en otra institución, e incluso pudieran tener acceso a las pruebas que se le hicieron en ese momento, porque muchas veces, con una sola prueba radiológica, un solo examen o una sola exploración, tenemos muchas dudas para ajustar ese margen de variabilidad. Sin embargo, si en el tiempo se le han realizado a esta persona más pruebas y sabemos el tiempo, en términos cronológicos, que ha transcurrido desde una prueba hasta la siguiente, tenemos muchos más elementos para poder ajustar mejor nuestro diagnóstico. Por lo tanto, creo que es necesaria la intervención, la participación también de los institutos de medicina legal en el sentido de que exista una base de datos donde consten ya previamente todos estos elemento que son imprescindibles para la valoración.*
- ***Importancia de elementos culturales, religiosos, etc.*** *Hay que actuar de una manera que no sea inapropiada culturalmente para esa persona. Hay que hacer uso de un intérprete en los casos en los que sea necesario y, desde mi punto de vista, sería necesario que dentro de los Institutos de Medicina Legal hubiera grupos especializados, servicios, unidades o simplemente médicos forenses que estuvieran especializados en este tipo de estimaciones.*
- ***Importancia del informe integrado.*** *Alguien tiene que integrar toda la información que proporcionan los especialistas (el radiólogo, eventualmente el odontólogo, el médico que realiza la exploración física del individuo...). Desde mi punto de vista, el profesional más adecuado para integrar todos esos datos en un informe final es el médico forense o esa unidad, servicio o grupo de médicos forenses especializados en esta materia.*

- ***Combinación de todos los elementos para el diagnóstico final.*** *Dentro del informe pericial, siguiendo también las recomendaciones internacionales, habrá que hacer referencia a las técnicas que se han utilizado, a la edad más probable para cada uno de los parámetros evaluados. Es decir, dentro del rango de variabilidad, hay que especificar los estudios de referencia en los que se han basado esos diagnósticos recogiendo los márgenes de error, discutir el posible efecto de todos esos elementos que pueden afectar a la variabilidad e integrar todos esos datos en un diagnóstico final que generalmente va a estar relacionado con el límite mínimo que nos aporten las distintas técnicas y que, en definitiva, el diagnóstico final resulta de la combinación de todos estos elementos y no de cada uno de esos elementos individualmente.*

Consideraciones finales

En primer lugar la estimación de la edad en casos de menores no acompañados es un desafío de primer orden que requiere tomar plena conciencia de la complejidad que comporta.

La maduración del tercer molar es una de las escasas herramientas disponibles que podemos utilizar cuando el desarrollo está finalizando en los últimos estadios de maduración y debe ser utilizada en combinación con otras técnicas; parece que hay un consenso hoy en día en considerar el método de Demirjian como el más apropiado para la evaluación de la maduración dentaria del tercer molar, he de insistir en que han de respetarse los márgenes estadísticos de error, no podemos forzar las interpretaciones para llegar a una respuesta categórica.

Es necesario establecer directrices consensuadas que permitan unificar y homogeneizar los criterios diagnósticos y periciales y establecer programas de control de calidad.

La indicación y la evaluación de las pruebas diagnósticas deben recaer en personal médico con el necesario grado de especialización. En este sentido, es necesario potenciar el papel de los médicos forenses como profesionales que integren toda esa información y finalmente emitan ese dictamen pericial y hacer hincapié en el carácter parcial y complementario de las propias pruebas biológicas.

Las pruebas biológicas no son la solución al problema que se le plantea al juez o al fiscal. Lógicamente no me voy a meter aquí a discutir lo que tienen que considerar el juez y el fiscal, pero evidentemente las pruebas biológicas no son el único elemento que deben tener en cuenta y será el conjunto de todas las evidencias que tengan en sus manos, las que finalmente puedan permitirles tomar una decisión sobre la edad legal de esa persona.

1.3 ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS: EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SER OÍDO Y EL DERECHO DEL MENOR A SERVIRSE DE UNA ASISTENCIA LETRADA

Al igual que ya se hiciera con los temas de repatriación, por parte de la Fundación Raíces se viene reivindicado el cumplimiento dentro de los procedimientos de determinación de la edad de menores de dos principios fundamentales y que hasta ahora se vienen incumpliendo de forma sistemática con la consecuente indefensión de los menores y los graves perjuicios que se les está causando por ello. Perjuicios que tienen, por qué no decirlo, de irreparables efectos sobre los niños y las niñas. Estos derechos fundamentales son los siguientes.

A) EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SER OÍDO (Art. 12.1 de la Convención del los Derechos del Niño de 20-11- 1989 y art. 9 y concordantes de la LO 1/96, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, en relación con el art. 24 CE).

Establece el **art. 12** de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20-11-1989, ratificada en 1990 por España, que:

1. Los Estados partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Por su parte, el **art. 9** de la Ley Orgánica del Menor 1/1996, de 15 de enero, que tiene carácter orgánico, establece que:

"1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos."

Por su parte, dispone el **artículo 52.c) de la Ley 6/1995**, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, en materia de procedimiento de tutela que, con carácter taxativo, "***deberá ser oído el menor que haya cumplido 12 años***". En este mismo sentido se pronuncia el artículo 7.1 del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor.

Además, debemos recordar, en íntima conexión con este derecho fundamental del menor, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 y 11.1 de la LO 1/96, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, las administraciones públicas tienen la obligación de facilitar que el menor pueda ejercer sus derechos, máxime, añadimos nosotros, cuando el derecho del menor a ser oído es un elemento fundamental para integrar el interés superior del menor en las resoluciones administrativas que le afectan de un modo directo con carácter personalísimo, como lo es en estos casos.

Pues bien, se produce una clara vulneración del derecho fundamental de los menores si estos no son escuchados, y se les coloca por tanto en una clara situación de absoluta indefensión (formal y material). A la vista de los expedientes estudiados y analizados esto es lo que sucede y viene sucediendo si vemos la conducta seguida por la administración y, en especial, por los servicios de protección de menores, quienes en todo momento mantienen oculto a los menores los expedientes administrativos: no les notifican, trasladan o comunican la existencia del expediente, los trámites que se realizan y, por supuesto, no se les notifica ninguna resolución administrativa.

Los menores de edad que desconocen a su llegada a España el idioma español son sometidos desde su llegada a una serie de protocolos administrativos que no conocen. Los menores son sometidos a pruebas de determinación de la edad sin ser instruidos del contenido de las mismas, de su porqué y su transcendencia futura y además no se les informa ni notifica del resultado de las mismas, realizándose además, siempre, sin asistencia letrada.

Así, se produce una vulneración a sus derechos fundamentales cuando los menores no son escuchados ni oídos en torno a la documentación que estos aportan sobre la identidad que ellos manifiestan.

También se detecta que los menores no son escuchados debidamente con respecto de la realización de las pruebas para la determinación de la edad y su consentimiento médico no es debidamente informado, de acuerdo con la Ley del Paciente... Tampoco los menores fueron escuchados con carácter previo antes de ser denunciados por falsedad documental por la que fuera Directora-Gerente del Instituto Madrileño del Menor (luego más adelante se hablará de ello). Y, finalmente, no son oídos respecto de las resoluciones de cese de tutela que sobre ellos se dictan, sin que ni siquiera les sean notificadas en forma estas decisiones, siendo expulsados sin más del sistema de protección y condenados en la práctica a vivir en la calle sin documentación alguna sobre su historia administrativa previa en España. Incluso tampoco han sido escuchados en ocasiones, como también veremos, por la propia Fiscalía de menores cuando por algunos de

estos menores se solicitó amparo de esta institución para el ingreso en los servicios de protección, aportándoles documentos oficiales acreditativos de su minoría de edad.

En definitiva, los servicios de protección de menores en su sentido más amplio (policía, Fiscalía, Organismos autónomos etc…) y en especial los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid desatienden a estos **menores extranjeros en el reconocimiento y defensa de sus derechos más f**undamentales. Estos derechos no solo se encuentran reconocidos en nuestra legislación española, sino en la propia Convención de los Derechos del niño de las Naciones Unidas. Así por ejemplo se les priva sistemáticamente del trámite de audiencia (que tiene carácter de trámite cualificado), se les limita el acceso a las resoluciones que sobre ellos se dictan no notificándoles resoluciones de vital importancia para su estado civil como lo son los Decretos fiscales de determinación de la edad. Tampoco se les da traslado de las resoluciones sobre sus tutelas, cuyos ceses son ejecutados sin serles notificadas previamente. Se desatiende también la obligación de nombrar un Defensor Judicial o un letrado independiente que les defienda pese a que en ocasiones se constata el grave y clarísimo conflicto de intereses existente entre el menor y la administración tutelar. Se impide con ello el acceso a la vía judicial, a fin de revisar, mediante el Defensor Judicial o letrado correspondiente las decisiones de dichos servicios públicos y que tan directamente afectan a sus intereses personalismos.

B) EL DERECHO DEL MENOR A SERVIRSE DE UNA ASISTENCIA LETRADA

El derecho del menor a una asistencia letrada deriva del conflicto de intereses existente antes expuesto, cuando están en juego derechos fundamentales, en especial la integridad física (art. 15CE).

Dicho derecho fundamental de defensa encuentra su apoyatura legal en el citado art. 12.2 de la Convención de los derechos del niño en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/96 de protección jurídica del menor y en el art. 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos de los extranjeros en España y su integración social (en este sentido, nos remitimos al Informe público de 2005 del Defensor del Pueblo – pág. 316-340- sobre Asistencia Jurídica a Extranjeros en España, en el que, a colación del art. 35 de la LO 4/2000, enmarca la necesidad de que el menor se sirva de una asistencia letrada independiente como requisito ineludible para hacer efectivo su derecho a ser oído), preceptos todos que han de ser puestos en conexión, en estos casos de indefensión, con el art. 24 CE.

Como ya veremos a lo largo del informe, la indefensión formal y materialmente padecida por los menores ante la administración y especialmente ante los servicios de protección de menores, es palmaria y evidente habiendo sido desatendida la necesidad de que estos menores se hubieran servido, desde que fueran detectados en España, de una asistencia letrada. Ello socavó cualquier garantía de indemnidad frente a actuaciones en contra de sus intereses o de posibilidad de hacer efectivo el derecho fundamental del menor a ser oído, así como el respeto a su derecho fundamental a la integridad física y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los tribunales (art. 24.1 CE). Al contrario, la defensa de los derechos e

intereses del menor en los expedientes administrativos, en los que se ventilaban sus intereses personalísimos, quedaron al libre arbitrio de la Administración (con la que en ocasiones existe un conflicto de intereses), convirtiendo el derecho del menor a la tutela judicial efectiva en una entelequia redimible por la azarosa intervención de un letrado.

Nos remitimos en este sentido a la **sentencia 183/2008**, de 22 de diciembre de 2008, ya mencionada, cuando hablamos de la repatriación de menores:

"Se ha reiterado que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1; por todas, STC ***22/2008,*** *de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que "[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez"*

[...]

"forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal".

Por último, queremos hacer mención a la reciente sentencia del Tribunal Supremo 17/06/2013, recurso de casación 4353-2012. Y queremos hacer mención a esta sentencia para terminar con el tema del derecho a ser oído en los expedientes y el derecho a una asistencia letrada de los menores no acompañados, pero también para introducir con ella el tema de las pruebas de determinación de la edad de los menores pues este es el tema principal del presente trabajo.

El Tribunal Supremo en esta reciente sentencia abordó la temática de la valoración de las pruebas de la determinación de la edad en un asunto seguido con un menor que, portando documentos oficiales, no obstante fue sometido a pruebas de determinación de la edad, que además, fueron según este alto tribunal valoradas erróneamente por el ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo aborda también aquí la indefensión creada al menor al no haber sido objeto de asistencia letrada y haber sido considerado como un mayor de edad mientras se le realizaban dichas pruebas

médicas de la determinación de la edad, sin darle ni siquiera información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un abogado, *(" y sin un representante que le asistiera en el examen de la solicitud de protección internacional e incluso dando por buena la renuncia de un menor a la asistencia letrada"),*

Consideramos que esta sentencia, si bien aborda un caso de asilo conforme al artículo 46 y siguientes de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, es totalmente aplicable a todos y cada uno de los casos en los que haya un procedimiento de determinación de la edad de un menor y máxime cuando se está poniendo en duda la validez de las pruebas documentales que un menor aporta.

Así la sentencia establece:

"*En el artículo 2.e) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, se señala que "En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acredite 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".*

En diversas ocasiones hemos sostenido que una deficiente información de derechos hecha al interesado y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar asistencia letrada de un abogado de oficio puede derivar en una situación real y efectiva de indefensión, que se agrava en los casos de extranjeros desconocedores del idioma y del Derecho español, indefensión que puede gozar de trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas. Por citar algunos ejemplos, a los que se refiere la parte recurrente en su recurso de casación, sentencias de 31 y 6 de octubre de 2006 (recursos de casación número 4979/2003 y 6881/2003) (...)

Pues bien, aplicadas las anteriores consideraciones al presente caso, hemos de adelantar que nos encontramos ante una situación real y efectiva de indefensión para el solicitante de asilo.

En el momento en que se formula la solicitud de protección internacional por parte del hoy recurrente el mismo era menor de edad. Esta circunstancia fue puesta de manifiesta por el mismo y posteriormente acreditada documentalmente en vía judicial a través de los documentos a los que antes se ha hecho referencia (certificado de nacimiento del actor, certificado de nacionalidad camerunesa y certificado de antecedentes penales) cuya autenticidad no ha sido discutida por la Administración recurrida ni objeto de valoración por la sentencia impugnada.

No cabe duda que lo anterior hace singular el caso que nos ocupa y obliga a extremar las garantías y cautelas procedimentales que deben adoptarse. Ténganse en cuenta a estos efectos, y sin perjuicio de otros instrumentos normativos, los artículos 46 y siguientes de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Es cierto que conforme establece el artículo 48 de la Ley reguladora del derecho de asilo, el Ministerio Fiscal requirió que el menor fuera sometido a las pruebas médicas necesarias para determinar su edad y consideró que era mayor de edad. Ahora bien, el Sr. Fiscal no interpretó bien el dictamen médico (folio 4.5 del expediente) porque ese dictamen hablaba de 19 años como edad "tipo", pero en el caso examinado hablaba de edad "superior a 17 años". Lo que seguía dejando la cuestión en la duda, pero con la clara posibilidad de que el interesado fuera menor de edad, lo que han venido a corroborar después indubitadamente los documentos acompañados a la demanda, que demuestran que el interesado nació el día 6 de Febrero de 1992, y que, por lo tanto, cuando solicitó asilo el 20 de Enero de 2010 no contaba con 18 años de edad.

La imprecisión de la prueba no es extraña si tenemos en cuenta que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (la llevada a cabo al solicitante) no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones. Ha de señalarse y así ha sido puesto de manifiesto por diversas organizaciones no gubernamentales y por resoluciones judiciales (téngase en cuenta a estos efectos las fundadas consideraciones contenidas en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de enero de 2012 -recurso contencioso-administrativo número 125/2009) que el método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características éticas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses.

La errónea determinación de la mayoría de edad del solicitante de asilo en el momento en que formula su solicitud impidió que al mismo se le aplicaran las cautelas y garantías que diversos instrumentos normativos establecen en relación con los menores y singularmente, en relación con el asilo, los artículos 46 y siguientes de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, donde se prevé que en el caso de menores no acompañados solicitantes de protección internacional serán remitidas a los servicios competentes de protección de menores, lo que se pondrá en conocimiento del Mº Fiscal. Pero es que, además, hasta que se llevó a cabo la errónea determinación de la mayoría de edad por el Sr. Fiscal sobre el informe del facultativo del Hospital "La Paz", las actuaciones seguidas y singularmente la entrevista que tuvo lugar el día 20 de enero se verificaron como si el solicitante de asilo fuera mayor de edad (sin un representante que le asistiera en el examen de la solicitud

de protección internacional e incluso dando por buena la renuncia de un menor a la asistencia letrada), lo cual pugna con las consideraciones contenidas en la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre la aplicación en la Unión Europea de la Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo y los refugiados, la cual pone de manifiesto que, en tanto se suscite duda sobre la edad de la persona, y en virtud del principio de precaución, la misma debe ser considerada menor de edad y, por lo tanto, ha de ser tratada como tal. El propio informe del ACNUR que obra en las actuaciones señala que "A juicio de esta Delegación, la prueba de edad practicada al solicitante no permite acreditar debidamente la mayoría de edad del solicitante de conformidad con las instrucciones establecidas por la Fiscalía General del Estado.

Precisamente, tras la emisión de este informe de ACNUR, el solicitante de asilo es convocado a una nueva entrevista con el Instructor el día 19 de octubre de 2010 (momento en el que ya ha alcanzado la mayoría de edad). En el oficio de convocatoria que se entrega a D (...) en ningún momento se le pone de manifiesto la posibilidad de contar con un abogado de oficio, sino simplemente se le señala (en castellano y no en la lengua francesa utilizada en la primera entrevista) la posibilidad de "estar acompañado de su abogado".

Por otro lado, como ya señalamos anteriormente, en la diligencia informativa relativa a la entrevista de instrucción, que tuvo lugar el día 19 de octubre de 2010, no se le indica la posibilidad de contar con asistencia letrada. En definitiva, teniendo en cuenta que el oficio por el que se le convocaba a una entrevista sólo indicaba la posibilidad de contar con un abogado sin mencionarse que podría tratarse de un abogado de oficio sin coste alguno para el interesado, teniendo en cuenta asimismo que se le remite en una lengua que señaló desconocía y que incluso en la diligencia informativa relativa a la entrevista de instrucción (con asistencia esta vez de intérprete) tampoco se le informa de la oportunidad de contar con un abogado de oficio; hemos de resolver el concreto motivo casacional tal y como ha sido planteado por la parte recurrente relativo a la ausencia de asistencia letrada. Y hemos de concluir que la falta de información al interesado sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un abogado de oficio derivó en una situación real y efectiva de indefensión con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada, (visto que debe tenerse como inválida la originaria renuncia a la asistencia letrada por ser el interesado a la sazón menor de edad).

1.4 OBLIGADA MENCIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS DE REPATRIACIÓN

Si bien el presente trabajo versa sobre la materia de la determinación de la edad, no se puede comenzar el mismo sin al menos hacer una breve alusión a lo que fue una de las grandes victorias jurídicas de la Fundación Raíces en materia de la defensa de los derechos del los menores no acompañados.