

A PROPÓSITO DE LOS MÉTODOS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS. PROPUESTAS¹

EM RELAÇÃO AOS MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DA IDADE DOS IMIGRANTES MENORES NÃO ACOMPANHADOS. PROPOSTAS

REGARDING THE METHODS OF DETERMINING THE AGE OF UNACCOMPANIED MIGRANT MINORS. PROPOSALS

Gabriele Vestri²

Resumen: Este trabajo aborda el caso de los menores de edad extranjeros inmigrantes que sin el acompañamiento de sus padres o tutores llegan principalmente a las costas del sur de Europa. En el momento de su llegada es cuando se puede plantear el problema de cómo determinar la edad. El estudio al que se someten se basa en la necesidad de establecer una edad cierta para decidir las normas legales de aplicación. Si bien para determinar la edad del menor se siguen utilizando métodos científicos como la radiografía de muñeca, es cierto que últimamente y debido al margen de error de la prueba radiográfica, parece necesario considerar el conocido método holístico que, por un lado, es complementario a la prueba habitual y, por el otro, se confronta con la técnica anteriormente citada.

Palabras Claves: Menas; Holístico; Determinación de la edad; Ministerio Fiscal.

Resumo: Este trabalho aborda o caso de menores estrangeiros imigrantes que, sem o acompanhamento de seus pais ou responsáveis, chegam principalmente às costas do sul da Europa. É no momento da chegada que o problema de como determinar a idade pode surgir. O estudo a que se submetem baseia-se na necessidade de estabelecer uma certa idade para decidir as normas legais aplicáveis. Embora métodos científicos como a radiografia de punho continuem sendo utilizados para determinar a idade do menor, é verdade que, ultimamente e devido à margem de erro do teste radiográfico, parece necessário considerar o conhecido método holístico que, por um lado, é complementar ao teste usual e, por outro lado, é comparado com a técnica mencionada.

Palavras-chave: Menores; Holística; Determinação da idade; Ministério Público.

Abstract: This work addresses the case of immigrant foreign minors who, without the accompaniment of their parents or guardians, arrive mainly on the coasts of southern Europe. It is at the time of their arrival that the problem to determine their age can arise. The study they undergo is based on the need to establish their age to decide the applicable legal norms. Although scientific methods such as wrist radiography continue to be used to determine the minor's age, lately and due to the margin of error of the radiographic test, it seems necessary

¹ Este trabajo es una revisión y una ampliación de un estudio anterior publicado en el número 21, 2018, de *Heurística-Revista Digital de Historia de la Educación de la Universidad de los Andes, Venezuela*.

² El autor es investigador del Grupo de Investigación Estado, "Administração pública e novas tecnologias". Universidad do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil y del Grupo de Investigación SEJ-582 "Administraciones públicas, libertades públicas y políticas sectoriales" de la Universidad de Cádiz, España. Doctor Internacional en Derecho y Ciencias Políticas, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz, España. E-mail: gabriele.vestri@uca.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7959-0458>.

to consider the holistic method that is complementary to the usual test and it is also competed with the aforementioned technique.

Keywords: Unaccompanied Migrant Minors; Holistic; Age Determination; Public Attorney.

Introducción

Este estudio aborda las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (conocidos como *menas*)³. Más concretamente, se analizan dos sistemas de determinación de la edad —pruebas médicas y método holístico— que pudiendo ser complementarios, en la actualidad, no están debidamente integrados.

Asimismo, cabe señalar que el fenómeno de los *menas* requiere de una especial atención. El número de *menas* que llegan a España es cada vez mayor. Según el Ministerio del Interior, la llegada de *menas* ha aumentado en los últimos años. En 2016 se contabilizaron un total de 3848 menores; en 2017 el número se incrementó hasta en un 60 % llegando a los 6414 menores, mientras que, en el año 2019 el dato se ha duplicado llegando a un total de más de 12 000⁴. Estos datos se deberían poder desglosar por Comunidades Autónomas, sin embargo, sigue habiendo dificultades para contabilizar a todos los menores debido al desplazamiento entre Comunidades Autónomas que finalmente no permite que se inscriban adecuadamente en el Registro de Menores Inmigrantes no Acompañados⁵.

Ahora bien, cabe iniciar este análisis citando la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El artículo 35.3 de la citada norma establece:

En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que

³ Ver definición y estatuto jurídico en el siguiente trabajo monográfico: Vestri, G., (2014) *Inmigración y extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados: logros y desafíos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, pp. 1-293

⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR. Informe Quincenal sobre Inmigración Irregular – Datos acumulados desde el 1 de enero hasta el 15 de diciembre de 2019. [Consulta el 14 de julio de 2022]. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/11261647/informe_quincenal_acumulado_01-01_al_31-12-2019.pdf/97f0020d-9230-48b0-83a6-07b2062b424f.

⁵ Véase: RODRIGO, A. *¿Cuántos menas hay en España?* Agencia EFE, edición España. [Consulta el 14 de julio de 2020]. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/espana/portada/cuantos-menas-hay-en-espana/10010-4038068>.

colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

Así que, en el caso en que los operadores que acogen al menor extranjero tengan dudas sobre la edad del menor o presunto menor, comunicaran al Ministerio Fiscal las dudas y este autorizará las pruebas médico-diagnósticas necesarias.

En este contexto surgen por lo menos tres casuísticas: a) la presencia de un menor de edad documentado, es decir, portador de un pasaporte que demuestra su minoría de edad pero del que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado dudan de la autenticidad; b) la aplicación de un sistema de determinación de la edad que, principalmente, utiliza como referencia un atlas comparativo, cuyo margen de error es de dos años arriba o abajo y c) la obligación de someterse a pruebas médicas, principalmente radiografías o ecografías de muñeca, mano, codo, hombro y, por supuesto, la conexión con la actividad del Ministerio Fiscal.

Reconociendo que la presencia de un menor indocumentado es bastante frecuente, no podemos olvidar los casos de menores no acompañados documentados, es decir, que presentan su propio pasaporte o documento acreditativo de la edad. En este contexto, ya en el año 2006, la Circular número 2 de la Fiscalía General del Estado arrogaba a los operadores un poder arbitrario muy significativo. De hecho, la misma Circular de la Fiscalía General del Estado vinculaba las pruebas de edad a una mera duda.

El término «duda» según el Diccionario de la Real Academia Española, significa «suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, dudar». También expresa: «desconfiar, sospechar de alguien o algo o dar poco crédito a una información que se oye». De hecho, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que duden de que el documento de identificación sea oficial, pueden solicitar la intervención del Fiscal que someterá al presunto menor a pruebas para la determinación de la edad.

En materia de falsedad o defectuosidad de los documentos identificativos, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil del 20 de marzo de 2006, relataba sobre los posibles «indicios de carácter defectuoso, erróneo o fraudulento relacionados con las condiciones en que se elaboró o se redactó el documento»⁶. La Instrucción, con carácter previo, recuerda que, para poder determinar la autenticidad de un documento extranjero en

⁶ Instrucción Dirección General de los Registros y del Notariado sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil del 20 de marzo de 2006.

España, deben de analizarse las concurrencias de un conjunto de requisitos, principalmente, de forma y de fondo. Ambos deben ser objeto de consideración separada en la calificación registral. En este sentido:

a) la existencia de un intervalo muy largo entre la fecha del documento y la fecha del hecho a que se refiere; b) que el documento se haya elaborado transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que aluden y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento; c) la existencia de contradicciones o aspectos inverosímiles entre los diferentes datos consignados en el acta o en el documento; d) que el mismo se haya elaborado exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente; e) que se haya elaborado el documento sin disponerse de un elemento objetivo que garantizara la realidad del hecho referido en el mismo; f) que se trate de un documento expedido por una autoridad que no tenía en su poder o no tenía acceso al acta original.

La misma Instrucción continúa indicando los posibles «indicios de carácter defectuoso, erróneo o fraudulento derivados de elementos externos del documento». Esta señala:

a) que existan contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento presentado y los que figuran en otras actas o documentos comunicados a la autoridad competente o que obren en su poder; b) que los datos que figuran en el documento presentado no parezcan corresponder a la persona a la que se refieren; c) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de fraudes o irregularidades anteriores imputables al interesado; d) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros del Estado de origen del documento presentado⁷.

Admitimos cómo en este caso concreto es muy difícil lograr el equilibrio entre la actividad del Fiscal, que como órgano constitucional tiene la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, y el derecho del supuesto menor de edad a revindicar su condición de menor de edad avalada por un documento oficial.

La verificación de la oficialidad o falsedad de la documentación encuentra además mayores limitaciones en el caso de algunos países con los cuales España no tiene convenios bilaterales. De hecho, precisamente en este sentido, la verificación se hace más ágil con Marruecos, por ejemplo, un país con el que España mantiene una relación más directa⁸.

Por otra parte, señalamos la necesidad de una acción continua y conjunta de todos los actores involucrados en la acogida del presunto menor: cooperación con los países de origen,

⁷ Instrucción Dirección General de los Registros y del Notariado sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil del 20 de marzo de 2006.

⁸ PARÉS A. «Cuando tu vida cambia con una radiografía: las criticadas pruebas para determinar la edad de los menores» en *El Diario*. [Consulta el 2 de marzo de 2020]. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/vida-depende-radiografia_0_965553919.html

personal especializado en detectar la falsedad de documentos y utilización del registro de menores extranjeros no acompañados, es decir, un conjunto de medidas que realmente puedan favorecer la labor del Ministerio Fiscal que, de hecho, es quien toma la última decisión.

Habida cuenta de esto, parece entonces importante abordar las pruebas de determinación de la edad de los menas.

1. Determinación de a Edad *Por Comparación*

Hasta la fecha, uno de los métodos más utilizados para determinar la edad de los menas consiste en el estudio de un atlas comparativo de radiografías, principalmente, y también ecografías. Este método se basa en la comparación de una radiografía con una serie de radiografías estándar tomadas de una muestra de población general a las que se le asigna la edad ósea que corresponda a la radiografía estándar más parecida o una edad intermedia entre dos radiografías estándar consecutivas. Más concretamente, señala Tristán Fernández, se trata de «un atlas con una serie de radiografías típicas de niños que recogen treinta estados evolutivos en la escala de madurez»⁹.

Aunque existen atlas para la rodilla, el codo y el pie, el más conocido y utilizado es el de Greulich y Pyle para la mano y la muñeca, principalmente, la izquierda¹⁰.

Vale la pena recordar que dichos atlas fueron realizados por dos investigadores en los años cuarenta en EE. UU. y que, como los mismos autores señalaban, tenían como base una investigación anterior y el atlas comparativo de Wingate Todd, de 1929¹¹.

Ahora bien, como defiende José Prieto del Instituto Anatómico Forense de Madrid, el principal inconveniente «es la subjetividad de la lectura radiológica. Normalmente tras una curva de aprendizaje suficiente las variabilidades son tolerables, no encontrándose diferencias significativas con otros métodos más precisos»¹².

Obviamente hay que tener en cuenta que la maduración ósea está influenciada por diferentes factores: genéticos, ambientales, socioeconómicos etc., con lo cual, si se toman en

⁹ TRISTÁN FERNÁNDEZ J.M., (2005) *Influencias de diversos factores de salud y sociodemográficos en el desarrollo esquelético y antropométrico*, Universidad de Granada, p. 60.

¹⁰ Véase KEATS E. T., SISTROM C., (2002), *Atlas de medidas radiológicas*. Ediciones Harcourt, p. 309.

¹¹ Véase GREULICH W.W., PYLE S.I., (1950). *Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist*, Stanford University Press, California.

¹² PRIETO J.L., *Determinación de la edad en jóvenes indocumentados. Protocolo de actuación médico-forense*. [Consulta el 30 de junio de 2020]. Disponible en: www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP..

consideración radiografías o ecografías de una parte de la población con determinadas características, por ejemplo, personas de origen latino, la prueba comparativa dará resultados diferentes de los que se pudieran alcanzar si se considerara otra parte geográfica-territorial de comparación. Y, aun así, aunque se hiciera una comparación «equilibrada», el margen de error resultaría siempre muy elevado (dos años arriba o abajo) con lo cual si estamos investigando la edad de una persona que se encuentra supuestamente entre la mayoría y la minoría de edad, dicho procedimiento con altos márgenes de error podría cambiar el tratamiento y la protección que se le otorga¹³.

La jurisprudencia también ha manifestado su perplejidad sobre las pruebas de edad según el denominado sistema Greulich & Pyle¹⁴. Valga como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso 3186/2013 (Roj: STS 3186/2013 - ECLI: ES:TS:2013:3186), en materia de determinación de la edad de un presunto menor de nacionalidad camerunesa, en cuyo Fundamento de Derecho quinto establece:

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

¹³ En estos casos se suele aplicar el principio del *favor minoris*. La propia Fiscalía en su Instrucción 2/2001 señala que debe tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas. Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado: «Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior a dicha horquilla». La misma línea de actuación se recomienda en la *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las Responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los Menores no Acompañados*, aprobada en octubre de 2006, principio de actuación núm. 4

¹⁴ Sobre determinación de la edad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es posible consultar: DE PALAMA DEL TESO A., GONZÁLEZ GARCÍA A., (2015) «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo» en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, pp. 612-637.

los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses¹⁵.

En este mismo sentido, como muestra de la complejidad de determinar la edad de una persona cuando se encuentra en el límite entre la mayoría y la minoría de edad, se incluyen dos radiografías extraídas de un video del portal Terapia Física. En concreto, se muestra la radiografía de una mano-muñeca izquierda a los 17 y a los 18 años. Las diferencias que se pueden apreciar son mínimas lo que puede resultar en un error grave desde el punto de vista del tratamiento jurídico brindado a la persona.



Fig. 1. Comparación de mano-muñeca izquierda: 17 y 18 años. Fuente: Terapia Física

Hoy en día, aunque en menor medida, la medicina utiliza también el sistema de radiografía panorámica u ortopantomografía dental que evalúa el estado madurativo del diente en desarrollo¹⁶. Claramente, al trabajo de las «máquinas» tiene que sumarse el trabajo de los profesionales que serán llamados a interpretar los datos obtenidos teniendo en cuenta, por supuesto, una serie de actividades previas como identificar al menor y entrevistarse con él¹⁷.

¹⁵ Sentencia disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

¹⁶ Este sistema es el que propone Demirjian Goldstein y Tanner (1973).

¹⁷ En este sentido, «identificar al menor» significa conocer exámenes médicos anteriores en caso de estar disponibles que permitan tener un cuadro más completo sobre la persona investigada. «Entrevistar» significa elaborar la anamnesis completa como para cualquier otro paciente.

Precisamente en materia de estudio comparado de sistemas de determinación de la edad, existen estudios que han tratado de analizar distintos sistemas. Por ejemplo, Buken et al. han «comparado la aplicabilidad de tres métodos de determinación de la edad a través de los huesos en el caso de los adolescentes turcos: el GOK, el Greulich-Pyle (GP) y el Tanner-Whitehouse (TW3). El estudio revela que, para las chicas, el método más preciso fue el TW3, que subestimó la edad de los huesos con diferencias que iban de 0,1 a 0,57 años para todas las edades. Para los chicos, el más exacto fue el GP, que subestimó la edad de los huesos con diferencias medias de 0,01 - 0,65 años para la franja de edad de 11-14 años, y sobrevaluó la edad de los huesos con diferencias medias de 0,85 - 0,80 años en el caso de los chicos de 15 a 16 años»¹⁸.

Entendemos entonces que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia dentro de la cual se puede determinar la edad verdadera del sujeto con un margen de error; por ello, a falta de otros datos y a efectos de determinar si esta es mayor o menor, habrá que suponer que su edad es la que se determina en el límite inferior de dicha horquilla. La determinación de la edad contará además de la correspondiente entrevista con la exploración del presunto menor a través del examen físico.

Naturalmente, esta complejidad incide en la posibilidad del presunto menor de tener acceso a la protección internacional como, por ejemplo, a los servicios y apoyos existentes¹⁹.

2. Cuestionamientos Sobre La Actividad Del Ministerio Fiscal

Parece interesante analizar, aunque sea brevemente, la actividad del Ministerio Fiscal a la hora de iniciar los trámites para determinar la edad de los menas. La primera cuestión es la relativa a la legitimación del Ministerio Fiscal para disponer las pruebas médico-diagnósticas. Más precisamente, nos cuestionamos la obligación que el presunto menor tiene de someterse a las pruebas que el Ministerio Fiscal le solicita.

¹⁸ Véase BUKEN, B. ERZENGIN, O. BUKEN, E. ALPER SAFAK, A. YAZICI B. & ERKOL Z., (2009) «Comparison of the three age estimation methods: Which is more reliable for Turkish children?» en *Forensic Science International* 183, 103.e1 – 103.e7. Citado en: SMITH T., BROWNLESS L., (2011) *Las prácticas de evaluación de la edad: Una revisión de la literatura y bibliografía comentada*. UNICEF, p. 22.

¹⁹ En este sentido véase CRAWLEY, H., (2007) *When is a child not a child? Asylum, age disputes, and the process of age assessment*. Immigration Law Practitioners' Association (ILPA), Londres.

Hoy en día sabemos que la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX), en su artículo 35, atribuye la competencia sobre las pruebas de edad al Ministerio Fiscal y que el Juez de Menores, antiguamente competente ya no tiene autoridad.

Por otra parte, se plantean problemas en materia de resolución decisoria mediante la cual el Ministerio Fiscal determina la edad del menor. Esta circunstancia es fundamental desde el punto de vista jurídico. En este sentido, de la determinación de la edad depende una aplicación normativa diferente. Es de rigor señalar que la determinación de la minoría o la mayoría de edad conlleva la aplicación de la legislación en materia de protección de la infancia o directamente de la Ley de Extranjería que implica una alta probabilidad de repatriación forzosa de la persona declarada mayor de edad.

Ahora bien, si en lugar del Ministerio Fiscal fuera un juez quien finalmente estableciera la edad de la persona, sería de aplicación directa el principio de contradicción. En este sentido, «el principio de contradicción determina la necesidad de que puedan acceder al procedimiento todos los intereses afectados por el mismo, dándose posibilidad a sus titulares de defenderlos en condiciones de igualdad», así que también el presunto menor podría acceder a la defensa de sus derechos»²⁰.

Por el contrario, el Fiscal emite una resolución motivada en forma de decreto que no admite recurso. El Fiscal General del Estado en la Consulta 1/2009 y recogiendo la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 explicaba el alcance de dicha decisión:

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 destaca el carácter provisional del decreto del Ministerio Fiscal que concluye las diligencias incoadas para la determinación de la edad del menor, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. En la referida Circular se afirma que habrá de dictarse por el Fiscal la correspondiente resolución en forma de decreto motivado en la que se determine si la persona afectada debe considerarse menor de edad, y en caso positivo, se acuerde la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No puede olvidarse que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad y disponiendo de más tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v.gr. ortopantomografía) o llevarse a cabo otro tipo de investigación (v.gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor etc.).

²⁰ RODRIGUEZ X., MUÑOZ A., (2008) *Derecho administrativo español*. Tomo II, Netbiblo, p. 153.

Precisamente en este escenario, los elementos que hay que destacar son: 1) el carácter provisional del decreto, 2) los efectos cautelarísimos y, finalmente, 3) la posibilidad de pruebas complementarias. Los tres fundamentos parecen ofrecer amplios márgenes de actuación para quien representa el menor de edad, ya que la Fiscalía General del Estado admite que una vez fijada la edad de un menor pueden aparecer nuevos elementos de juicio que generen dudas razonables sobre esa primera valoración.

En consecuencia, nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor; en el supuesto que persistan las dudas sobre la edad del supuesto menor; en caso de que pase el tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos relativos a la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo o porque aparecen nuevos procedimientos en los que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulte necesaria la revisión del decreto de determinación de edad²¹.

Entendemos entonces que las nuevas y eventuales pruebas se tendrán que presentar ante la misma Fiscalía que decretó la edad la primera vez o ante la Fiscalía del lugar donde se encuentra el menor de edad o ante un organismo diferente a la Fiscalía.

Sin embargo, la realidad es distinta y en la gran mayoría de los casos se aplica el contenido del decreto del Ministerio Fiscal.

De hecho, esto genera una serie de problemas: 1) la persona, declarada mayor de edad por decreto del Fiscal, no se puede declarar en desamparo, con lo cual no se le puede aplicar el salvaguardia previsto en el artículo 172 del Código Civil Español con la consecuente falta de intervención de los servicios autonómicos de protección del menor; 2) la falta inicial del principio de contradicción se intenta resolver con la posibilidad de aportaciones futuras; 3) aunque el representante del presunto menor de edad (o presunto mayor de edad) aportara pruebas, pasaría un tiempo difícil de establecer sin que se determinara cuál sería el amparo de la persona y 4) existe un riesgo fundado que entre las nuevas aportaciones y la siguiente declaración del Fiscal o del organismo llamado a pronunciarse pase un tiempo tal que la persona, en un principio menor de edad, cumpla los dieciocho años.

Así mismo, en este escenario, parece fundamental señalar la relación entre el sometimiento a las pruebas y el marco constitucional español y más precisamente la relación con el derecho a la integridad física previsto en el artículo 15 de la Constitución Española.

²¹ Consulta 1/2009 Fiscalía General del Estado

Aquí, cabe mencionar la importante STC 35/1996 del 11 de marzo del Tribunal Constitucional, entre otras, que declara «la constitucionalidad de las medidas que no vulneran la integridad física, siempre que se realicen de forma aislada, por personal médico especializado, previos informes de éstos, se utilicen aparatos homologados y el nivel de radiación resulte ser de menor intensidad que los máximos permitidos por la Organización Mundial de la Salud». En definitiva, el Tribunal Constitucional asumió una posición concreta sobre la cantidad de pruebas (entre ellas, varias radiografías con el consiguiente nivel de radiación si bien este resultó ser de menor intensidad), aunque, en este caso, parece más destacable el sometimiento de la persona a pruebas médicas sin su propio consentimiento que, de hecho, representa el alcance del artículo 15 de la Constitución Española.

Esta situación introduce cuestiones sobre las que hay que hacer ciertas reflexiones. Aunque el Fiscal no pueda obligar al menor a someterse a las pruebas, parece que en el caso de un presunto menor inmigrante no acompañado indocumentado que rechaza las pruebas sin aclarar los motivos, tras ser oído y después de que el Fiscal con la ayuda de los sanitarios explique en qué consisten las pruebas y por qué son necesarias, el Fiscal puede considerar que concurren los elementos para que el presunto menor de edad deba someterse a las pruebas de determinación de la edad²².

Así que, en caso de negativa reiterada a someterse a la práctica de las pruebas, el Fiscal puede considerar tal rechazo como un indicio de mayoría de edad. Esta advertencia es la única herramienta a disposición del Fiscal frente a una situación que tendría el riesgo de paralizar el procedimiento de determinación de la edad.

De esta manera, se produce cierta incertidumbre con el principio de presunción de inocencia constitucionalmente garantizado (artículo 24 de la Constitución Española) y establecido también por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el artículo 6.2.

En este limbo resulta muy importante la intervención de un representante legal que no solamente actúe como tal, sino que también pueda ser su consejero. En definitiva, una figura como la que se establece en el sistema italiano en la Ley 47 de 2017 sobre disposiciones en materia de medidas de protección de menores extranjeros no acompañados y que se

²² Sobre este punto véase, por ejemplo, la cuarta Conclusión de la Consulta 1/2009 de la Fiscalía General: «En caso de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Fiscal deberá informarle personalmente acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, de la misma, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarían, dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba. El Fiscal debe, en el mismo acto, oír al menor acerca de las razones de su negativa y sobre su posible disposición a someterse a otro tipo de pruebas alternativas».

denomina «tutor voluntario» (específicamente se recoge en el artículo 11). En otras palabras, la ley italiana identifica una institución protectora de los menas²³.

3. El Sistema Holístico en el Caso De Estudio

El holismo (del griego ὅλος [hólos]: «todo», «por entero», «totalidad») es una posición metodológica y epistemológica que postula cómo los sistemas (ya sean físicos, biológicos, sociales, económicos, mentales, lingüísticos, etc.) y sus propiedades, deben ser analizados en su conjunto y no solo a través de las partes que los componen. Pero aún consideradas estas separadamente, analiza y observa el sistema como un todo integrado y global que en definitiva determina cómo se comportan las partes, mientras que un mero análisis de estas no puede explicar por completo el funcionamiento del todo. El holismo considera que el *todo* es un sistema más complejo que una simple suma de sus elementos constituyentes o, en otras palabras, que su naturaleza como ente no es derivable de sus elementos constituyentes. El holismo defiende el sinergismo entre las partes y no la individualidad de cada una.

En este sentido, señala, Fernández Rodríguez:

El fundamento científico sobre las estimaciones de la edad presupone que los cambios morfológicos producidos en los seres humanos siguen una secuencia cronológica establecida y común a todos ellos. Estas variaciones están influidas por diversos factores, tanto genéticos como ambientales, lo que determina que, aunque exista una secuencia común, la cronología exacta de estos cambios en cada sujeto es individual. Se establecen márgenes de variabilidad hasta cierto punto predecibles. Estos cambios morfológicos afectan a la bioquímica corporal, a su aspecto morfológico externo, y a la mineralización y osificación del esqueleto. Por este motivo, se propone el Holismo como método para la determinación de la edad en menores²⁴.

Para entender detalladamente en qué consiste el examen holístico parece conveniente utilizar un caso real que tuvo mucha repercusión en Italia en el año 2016. Se trata de un joven inmigrante que fue considerado menor de edad gracias a la tipología de las pruebas, inclusive el método holístico²⁵. A continuación, se indica una tabla con la traducción del informe médico.

²³ Véase TASSINARI F, (2019) «La identificación de los Menas y el tutor voluntario en Italia: ¿un modelo a asumir por la UE?» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, Vol. 11 núm. 1, p. 564. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4632>

²⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ M., (2020) *La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. El método holístico como posible respuesta jurídico-administrativa*. Trabajo Fin de Grado, Universidad de Cádiz, p. 27.

²⁵ Se trata de la resolución de la Juez de Paz, Dra. Carla Conforto del 15 de junio de 2016.

Anamnesi familiare

Non riferisce precedenti patologici degni di nota nei familiari che lavorano in agricoltura.

Anamnesi fisiologica

Ha frequentato la scuola per 3 anni e ha poi lavorato nei terreni della famiglia.

Riferisce un'alimentazione completa, con consumo frequente di latte, carne di pollo e di frutta e verdura.

Anamnesi patologica

Non precedenti patologici degni di nota; in particolare non ha avuto malattie che interferiscono con lo sviluppo, quali malaria, tubercolosi, parassitosi.

Traducción.

HISTORIAL FAMILIAR: No presenta antecedentes patológicos dignos de mención en los familiares que trabajan en agricultura.

HISTORIAL FISIOLÓGICO: Ha ido a la escuela durante tres años y después ha trabajado en los terrenos familiares. Declara tener una alimentación completa con consumo frecuente de leche, carne de pollo y fruta y verdura.

HISTORIAL PATOLÓGICO: Sin antecedentes dignos de mención; en particular no ha tenido enfermedades que interfieran con el desarrollo como malaria, tuberculosis y parasitosis.

Esame obiettivo

Condizioni generali buone

Nulla da segnalare a carico dei diversi organi ed apparati.

In particolare non segni riferibili a peggioramento rachitismo o a patologie tiroidee.

Dentizione: Presenza di due dei quattro terzi molari.

Sviluppo pilifero: scarso sul volto, presente alle ascelle, e sul petto.

I peli pubici, sono radi, arricciati e contenuti nella regione pubica.

Il volume dei testicoli valutato con gonadometro, è di ml 12.

Traducción.

EXAMEN OBJETIVO: Condiciones generales buenas. Nada que señalar con respecto a los diferentes órganos y aparatos. En particular, sin signos reconocibles de raquitismo o patologías tiroideas previas. Dentición: presencia de dos de los cuatro tercios molares.

Desarrollo pilífero: escaso en el rostro, presente en las axilas y en el pecho. El vello púbico es escaso y se circunscribe a la región púbica. El volumen de los testículos examinado con orquidómetro es de 12 ml²⁶.

La metodologia di valutazione adottata

Viene eseguita una visita clinica completa, secondo gli standard abituali, con particolare attenzione ai fattori che possono influenzare lo sviluppo.

L'anamnesi pertanto rileva in particolare:

la storia familiare con indicazione, ove possibile di dati sull'accrescimento dei fratelli, della presenza di patologie importanti.

Traducción.

METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN ADOPTADA:

Se realiza una consulta clínica completa según los estándares habituales con particular atención a los factores que pueden influenciar el desarrollo.

El historial por lo tanto revela en particular:

-la historia familiar con indicación, cuando sea posible de los datos de crecimiento de los hermanos, de la presencia de patologías importantes.

Tras estas pruebas, el joven fue declarado menor de edad así que fue incluido en el sistema de protección previsto en Italia.

En definitiva y como señala Barrera Morales:

Los procesos naturales, el crecimiento, las relaciones, las actividades intelectuales, todo, estaría influenciado o realizado dentro de consideraciones holísticas; esto significa, como parte de un proceso en el cual la determinación o la precisión de las cosas se logra por múltiples relaciones, eventos dinámicos, sinergias y expresiones de contexto²⁷.

4. A Modo de Conclusión

Parece claro, en nuestra opinión, que la determinación de la edad de los menas no es solamente un trámite jurídico-administrativo. Precisamente en la determinación de la edad reside el tratamiento jurídico que se le otorga a la persona sometida a las pruebas.

²⁶ Se trata de un instrumento usado para medir el volumen de los testículos. Consiste en una cadena con 12 cuentas numeradas de tamaño cada vez mayor de 1 a 25 ml. Las cuentas se comparan con los testículos del paciente y el volumen se calcula según la cuenta más parecida en tamaño. Los tamaños prepubertal (amarillo) son de 1 a 3 ml, los tamaños puberales son de 4 a 12 ml (naranja) y los tamaños adultos son de 15 a 25 ml (rojo).

²⁷ BARRERA MORALES M.F., (2002) *Holística*. [Consulta el 6 de julio de 2020]. Disponible en: <http://www.telurium.net/PDF/holistica.pdf>

Por eso, es necesario contar con un sistema de determinación de la edad fiable y que permita otorgar a los afectados la mayor seguridad jurídica posible.

Hasta el momento, esta seguridad jurídica no parece estar garantizada por los sistemas clásicos de determinación de la edad. De hecho, distintas sentencias recogen la poca fiabilidad que ofrecen estas pruebas.

Los límites de las pruebas médicas no deben desincentivar y atomizar el debate acerca de este tema. Ahora bien, parece necesario buscar respuestas en materias que, sin desestimar las aportaciones de las ciencias médicas, se aproximan a una evaluación de las personas en su conjunto. Por eso, el método holístico parece representar un válido aliado que junto con las pruebas de diagnóstico pueda determinar con mayor claridad la edad de los presuntos menores/mayores de edad.

En la actualidad, el sistema holístico no goza de una aplicación demasiado extendida. Todo lo contrario, son muy escasas las ocasiones en las que prevalece una investigación holística sobre la médica. El factor determinante del rechazo a las pruebas holísticas se encuentra principalmente en la consideración pseudocientífica que la doctrina mayoritaria reconoce al holismo en la materia que nos ocupa. En definitiva, tras la realización de las pruebas clásicas, el informe médico parece seguir otorgando al Ministerio Fiscal mayores garantías jurídicas. De hecho, aunque los límites de las pruebas sean evidentes, el Ministerio Fiscal sigue solicitando pruebas poco fiables. Debemos señalar que, en la actualidad, el Ministerio Fiscal no dispone de medios reconocidos distintos de las pruebas clásicas.

Por lo tanto, para invertir este paradigma y hacer que se utilice también el sistema holístico además del sistema clásico, los poderes públicos deben crear un protocolo unificado que, de forma específica y técnica, establezca el uso del método holístico para determinar la edad de los menas. Sistema que, en nuestra opinión, no es incompatible con las pruebas médicas que pueden seguir haciéndose.

En definitiva, se trata de incorporar a un sistema ya existente, un método que contribuya a garantizar la seguridad médica y jurídica de los menas.

Bibliografía

BARRERA MORALES M.F. Holística, 2002. <http://www.telurium.net/PDF/holistica.pdf> .[6 de julio de 2020].

BUKEN, B. ERZENGIN, O. BUKEN, E. ALPER SAFAK, A. YAZICI B. & ERKOL Z. "Comparison of the three age estimation methods: Which is more reliable for Turkish

children?”. *Forensic Science International* 183 (2009) 103.e1 – 103.e7. Citado en: SMITH T.,

BROWNLESS L., *Las prácticas de evaluación de la edad: Una revisión de la literatura y bibliografía comentada*. Unicef, 2011.

CRAWLEY, H. “When is a child not a child? Asylum, age disputes, and the process of age assessment”, *Immigration Law Practitioners*. Association (ILPA), Londres, 2007.

DEL TESO A., GONZÁLEZ GARCÍA A. “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2015.

FERNÁNDEZ J.M. “Influencias de diversos factores de salud y sociodemográficos en el desarrollo esquelético y antropométrico”, Universidad de Granada, 2005.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ M. “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. El método holístico como posible respuesta jurídico-administrativa”. Trabajo Fin de Grado, Universidad de Cádiz, 2020.

KEATS E. T., SISTROM C. “*Atlas de medidas radiológicas*”, Ediciones Harcourt, 2002.

GREULICH W.W., PYLE S.I. “*Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist*”, Standford University Press, California, 1950.

MINISTERIO DEL INTERIOR. Informe Quincenal sobre Inmigración Irregular – Datos acumulados desde el 1 de enero hasta el 15 de diciembre de 2019. http://www.interior.gob.es/documents/10180/11261647/informe_quincenal_acumulado_01-01_al_31-12-2019.pdf/97f0020d-9230-48b0-83a6-07b2062b424f [14 de julio de 2020].

PARÉS A. “Cuando tu vida cambia con una radiografía: las criticadas pruebas para determinar la edad de los menores. El Diario, Desalambre. https://www.eldiario.es/desalambre/vida-depende-radiografia_0_965553919.html. [4 de julio de 2020].

PRIETO J.L., “*Determinación de la edad en jóvenes indocumentados. Protocolo de actuación médico-forense*”, www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP

RODRIGO, A.. ¿Cuántos menas hay en España? Agencia EFE, edición España. <https://www.efe.com/efe/espana/portada/cuantos-menas-hay-en-espana/10010-4038068> [14 de julio de 2020]

RODRIGUEZ X., MUÑOZ A. “*Derecho administrativo español*”, Tomo II, Netbiblo, 2008.

TASSINARI F. “La identificación de los Menas y el tutor voluntario en Italia: ¿un modelo a asumir por la UE?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, Vol. 11 núm. 1, 2019. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4632>.

TRISTÁN FERNÁNDEZ J.M., “Influencias de diversos factores de salud y sociodemográficos en el desarrollo esquelético y antropométrico”, Universidad de Granada, 2005.

VESTRI, G. *Inmigración y extranjería. Amparo jurídico-legal de los Menores de edad inmigrantes no acompañados: logros y desafíos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2014.