

El controvertido procedimiento de determinación de la edad: la necesidad de una reforma legal a partir de los dictámenes del Comité de Derechos del Niño*

The controversial age-assessment procedure: the need for a legal reform based on the Committee on the Rights of the Child's decisions

ÁNGELES SOLANES CORELLA Y NACHO HERNÁNDEZ MORENO

Universidad de Valencia y Universidad de Murcia

angeles.solanesh@uv.es y nacho.hernandezm@um.es



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.80.2022.273/290>

Resumen: El procedimiento de determinación de la edad de menores no acompañados ha generado denuncias de la sociedad civil y de distintas instituciones y organismos, y ha sido evaluado recientemente en numerosas ocasiones por el Comité de los Derechos del Niño. Este órgano ha mostrado expresamente su rechazo a un sistema que vulnera de forma sistemática los derechos humanos de los menores, a quienes se les priva de la protección que les ofrece la Convención sobre los Derechos del Niño. En este trabajo se analiza la problemática actual, la postura de dicho órgano y la reciente aprobación de un anteproyecto de ley para la regulación de un nuevo procedimiento en respuesta a las recomendaciones de dicho comité.

Palabras clave: menores, migración, derechos humanos, determinación de la edad, Comité de los Derechos del Niño.

Abstract: The age-assessment of unaccompanied minors has been contested by civil society and various institutions and organizations, and it has recently been addressed on numerous occasions by the Committee on the Rights of the Child. This body has expressly condemned a system which systematically violates the human rights of minors, who are deprived of the protection offered to them by the Convention on the Rights of the Child. This paper analyzes the current issues, the views of the committee, and the recent approval of a draft law to regulate the procedure in response to the recommendations set forth by the committee.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i PID2019-105018RB-100 “Racismo y Discriminación: los Derechos Humanos bajo amenaza” del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Keywords: minors, immigration, human rights, age-assessment, Committee on the Rights of the Child

INTRODUCCIÓN

El sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas está compuesto por diversos tratados multilaterales cuyo objetivo es positivizar el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, además, enfatizar la debida cobertura de aquellos para determinados grupos, como, entre otros, las mujeres, las personas con discapacidad, las personas migrantes trabajadoras o sus familiares, las minorías racializadas, o los menores. Asimismo, aquellos instrumentos universales han creado comités con las competencias y funciones señaladas en su articulado, entre las que se incluyen la supervisión del cumplimiento del tratado del cual emanan, así como la toma de decisiones respecto a la posible vulneración de su contenido con motivo de denuncias individuales presentadas por particulares¹.

Estos «órganos de los tratados», tal y como son conocidos, ofrecen una interpretación autorizada de aquellos instrumentos a través de sus observaciones generales, en las cuales detallan el contenido y alcance de los derechos allí recogidos para facilitar el debido cumplimiento de todos ellos por parte de los Estados². Pero también hay quien defiende, como Neuman, que los comités llevan a cabo esta labor a su vez mediante los dictámenes a través de los cuales opinan sobre hechos determinados, determinan si la conducta del Estado ha dado pie a alguna vulneración del tratado correspondiente y, en su caso, solicitan una reparación y garantías de no repetición al Estado infractor³. A pesar de que en ninguno de ambos casos se trate de herramientas vinculantes, las decisiones que versan sobre

¹ En algunos casos el tratado exige el reconocimiento expreso de los Estados parte respecto de la competencia del comité para recibir comunicaciones individuales, mientras que en otros esta función es establecida por un protocolo facultativo, en cuyo caso la competencia será reconocida por quien lo ratifique.

² Weissbrodt, David y Schoff, Kell (2003), "Human Rights Approach to Intellectual Property Protection: The Genesis and Application of Sub-Commission Resolution 2000/7", *Minnesota Intellectual Property Review*, 5(1), p. 4.

³ Neuman, Gerarld (2019), "International Organizations and Human Rights – the Need for Substance", *Research Working Paper Series HRP 19-001*, Harvard Law School, p. 2.

casos individuales tienen un indudable valor jurídico⁴ y las observaciones generales pueden incluso contribuir a la formación de la *opinio iuris* necesaria para la creación de costumbre internacional⁵.

A pesar de su importancia, el hecho de no ser jurídicamente vinculantes hace difícil su ejecución por los órganos del Estado español, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como ha manifestado el Tribunal Supremo⁶. Carecemos, por lo tanto, de un mecanismo para hacer efectiva la reparación debida. Se trata de un obstáculo que pone en entredicho el compromiso de España en su protección de menores por cuanto, como Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño en este caso, sí está vinculada por el articulado de dicho instrumento, el cual exige a los Estados parte implementar «todas las medidas administrativas, legislativas o de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención», tal y como dispone su artículo 4. Se da la circunstancia de que precisamente el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, «CDN») ha adoptado en los últimos cuatro años múltiples dictámenes en las que ha concluido que España ha vulnerado los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes no acompañados (en adelante, «NNANA»).

El aumento de entradas no autorizadas al territorio del Estado español en los últimos años ha evidenciado las carencias de la política migratoria con relación a la protección de las personas desplazadas, en especial aquellas que se hallan en situación de vulnerabilidad, como los NNANA, quienes se ven afectados por prácticas poco garantistas en las fronteras⁷.

⁴ Villán Durán, Carlos (2016), *Manual sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Universidad para la Paz, p. 78.

⁵ Mechlem, Kerstin (2009), “Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42, p. 930.

⁶ Así lo manifestó en su sentencia de 12 de febrero de 2020 (STS 401/2020, [ECLI:ES:TS:2020:401], núm. de recurso 11/2019). A lo sumo, y según se desprende del propio posicionamiento del Tribunal Supremo al respecto en una sentencia anterior, pueden admitirse como presupuesto habilitante para solicitar una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como cauce para obtener aquella, tal y como sostiene su sentencia de 17 de julio de 2018 (STS 2747/2018 [ECLI:ES:TS:2018:2747], núm. de recurso 1002/2017).

⁷ Solanes Corella, Ángeles (2021), “La detención de niños, niñas y adolescentes no acompañados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Nicolás Espejo Yaksic (dir.), *Acceso a la justicia y protección integral de los derechos*

Existen muchas lagunas en este ámbito. Al margen de aquellas con mayor eco mediático como los rechazos en frontera, conocidos como «devoluciones en caliente» y que también les concierne, este colectivo se enfrenta a un obstáculo que afecta, en esencia, a su propia identidad como menores de edad: el procedimiento de determinación de la edad.

Las irregularidades de dicho mecanismo han sido señaladas de forma reiterada por el CDN, tanto en sus dos últimas observaciones finales a los informes periódicos presentados ante dicho órgano por España como, tal y como se adelantaba anteriormente, en diversos dictámenes en respuesta a denuncias individuales presentadas por menores que habían sufrido las consecuencias de aquel procedimiento. El CDN ha observado la vulneración de diversos derechos humanos contenidos en el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado español por llevar a cabo una práctica junto con un método que también ha sido criticado por el Defensor del Pueblo, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el propio Parlamento Europeo⁸.

Además de la reparación efectiva de las personas denunciadas, el CDN ha solicitado en sus dictámenes que el Estado español garantice la no repetición de la lesión de los derechos humanos de este colectivo a través de su procedimiento de determinación de edad. Existen diversos medios para asegurar el cumplimiento del contenido de la Convención en futuras ocasiones, entre los cuales se incluye la reforma normativa pertinente que regule un procedimiento que aglutine todas las características descritas por el CDN y otros órganos e instituciones cuyo objetivo es velar por el respeto de los derechos del menor en un proceso crucial para su devenir como es la determinación de su minoría de edad.

de las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 242.

⁸ Mientras que el Defensor del Pueblo ha denunciado directamente las irregularidades del procedimiento en España tanto en su monográfico sobre la cuestión publicado en 2011 (*¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, p. 170) como en sus informes anuales (por ejemplo, en el último referido al año 2021, *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales, Volumen I, Informe*, p. 131), la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Parlamento Europeo han criticado, de forma genérica, los métodos empleados para determinar la edad, entre los que se encuentra el utilizado por el Estado español. Véase European Union Agency for Fundamental Rights (2018), *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures. Minimum age requirements concerning children's rights in the EU*, Luxemburgo; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI)).

1. EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD A EXAMEN: LA POSTURA DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

1. 1. Un procedimiento controvertido

La mayoría de edad marca una línea divisoria entre dos mundos claramente diferenciados, por lo que la asignación de una persona a una u otra realidad tiene consecuencias trascendentales en lo que respecta a su protección. Un NNANA reconocido como tal se halla en situación regular en España y le son de aplicación todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la normativa de nuestro ordenamiento en materia de protección de menores, y el articulado del derecho de extranjería relativo a menores no acompañados. Sin embargo, un menor cuya edad haya sido erróneamente evaluada y, por consiguiente, sea considerado como un adulto, será una persona en situación administrativa irregular sobre quien puede ordenarse una decisión de expulsión o devolución y ser detenido en un Centro de Internamiento de Extranjeros con el fin de ejecutar dicha medida. Además, para las autoridades, carecería de los derechos humanos convencionales de los que como menor es titular, así como de la tutela, protección y asistencia de los poderes públicos. Asimismo, su vía para la regularización se ceñiría a las distintas figuras de «arraigo», sin que pudiera hacer valer las disposiciones 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 (en adelante, «RELOEX») sobre la transición de los NNANA a la vida adulta y que conlleva la consolidación de su situación administrativa regular al alcanzar la mayoría de edad.⁹

La delimitación de esa barrera fronteriza puede tener consecuencias extremadamente perniciosas para quien siendo menor de edad es reconocido oficialmente por las autoridades como una persona adulta. Sería lógico, por tanto, contar con un procedimiento reglado, adecuado y garantista, y con tutela judicial efectiva para los interesados. Sin embargo,

⁹ Esta transición se facilitó en 2021 mediante la reforma operada por el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica 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, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

la realidad actual se aleja de lo razonable y pertinente. El artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, «LOEX») contempla la necesidad de determinar la edad mediante las «pruebas necesarias» cuando esta «no pueda ser establecida con seguridad», es decir, cuando existan dudas sobre la base de la documentación aportada o con motivo «de su apariencia física», tal y como establece el artículo 190 del RELOEX. A pesar de que se estipula expresamente que debe ponerse en marcha en caso de duda sobre la edad de la persona que alega ser menor, el procedimiento para dicha determinación se ha convertido en la regla¹⁰. De hecho, en 2020 fueron incoados 5038 expedientes por este motivo¹¹.

El CDN ha evaluado esta práctica administrativa en más de quince ocasiones desde que se pronunció por primera vez a finales de 2018 en forma de dictámenes, pero también mediante sus dos últimas observaciones finales a los informes periódicos de España ante aquel órgano¹². Ha sido tajante en cada una de ellas: se trata de un procedimiento que no se ajusta a la Convención sobre los Derechos del Niño ya que, de hecho, vulnera varios de sus artículos. Se trata del Estado parte que más decisiones condenatorias acumula por parte de este comité, y la mayor parte de ellas están relacionadas con esta problemática. Conviene señalar que hoy hay nueve denuncias individuales pendientes de examinar por parte del CDN¹³ y que es probable que dictaminen de nuevo la irregularidad del procedimiento y la consecuente violación de derechos humanos de las personas denunciadas. También el Defensor del Pueblo ha manifestado en los últimos años su preocupación por esta práctica

¹⁰ Montesinos Padilla, C. (2021), “La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Político*, 110, p. 244.

¹¹ Defensor del Pueblo (2022), *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales, Volumen I, Informe*, p. 131.

¹² Así lo estableció en sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España en 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6), en sus párrafos 44 y 45; y en las anteriores, referidas a los informes periódicos tercero y cuarto en 2010 (CRC/C/ESP/CO/3-4), en su párrafo 60. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos refrendó esta postura también en sus últimas observaciones finales al sexto informe periódico de España en 2015 (CCPR/C/ESP/CO/6), en su párrafo 23.

¹³ Así lo refleja el comité en su listado de casos pendientes que puede consultarse en la siguiente página: <https://bit.ly/3t4d5Ne>.

haciéndose eco de la labor del CDN al respecto, e incluso ha instado al Gobierno de España mejoras urgentes para abordar sus deficiencias¹⁴.

1. 2. Los dictámenes del Comité de los Derechos del Niño

1. 2. 1. Hechos

Los diferentes dictámenes tienen muchos puntos en común en los antecedentes de hecho, así como en el examen del fondo por parte del CDN y en sus conclusiones respecto a las vulneraciones de los derechos humanos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵. En todos los casos examinados, nos encontramos con personas que entran en España sin autorización y que alegan ser menores de edad, pero que son consideradas y tratadas como mayores de edad por parte del Ministerio Fiscal después de realizar un procedimiento de determinación de edad al entender esta institución que concurrían dudas sobre su condición de menores.

En algunas ocasiones, los menores aportaron documentación acreditativa de su minoría (*A.L. c. España*, com. núm. 16/2017, adoptada el 31 de mayo de 2019, CRC/C/81/D/16/2017); en otras, se hallaban inicialmente sin documentación, pero estaban a la espera de recibirla de sus familiares e incluso se habían puesto en contacto con el consulado o embajada de su país para la tramitación de un pasaporte que daría fe de su palabra (*J.A.B. c. España*, com. núm. 22/2017, adoptada el 31 de mayo de 2019, CRC/C/81/D/22/2017). Dichas dudas no solo se derivaban de la falta de valor probatorio otorgado por las autoridades a la documentación aportada, sino también a su valoración de la apariencia física de los denunciados (*M.T. c. España*, com. núm. 17/2017, adoptada el 18 de septiembre de 2019, CRC/C/82/D/17/2017). En ningún caso se les asignó tutor o representante legal (por todas, *R.K. c. España*, com. núm. 27/2017, adoptada el 18 de septiembre de 2019, CRC/C/82/D/27/2017), e incluso

¹⁴ Defensor del Pueblo (11 de mayo de 2021). *El Defensor reclama al Ministerio de Derechos Sociales actuaciones para mejorar la protección de los menores extranjeros no acompañados*. <https://bit.ly/3wZ0n4F>. La postura de esta institución ha sido reiterada desde su informe de 2008 hasta hoy. Véase, como muestra de ejemplo, el *Informe anual 2008 y debates en las Cortes Generales* (p. 269), y los recientes informes de 2020 (p. 212) y 2021 (p. 131).

¹⁵ Por ese motivo, y para no sobrecargar el texto, se procederá a poner solo una decisión como ejemplo.

en una ocasión se negó al menor acudir en compañía de asistencia letrada para la realización de la prueba (*J.A.B. c. España*).

Cuando los menores que habían aportado documentos de identidad se negaron a realizar las pruebas médicas para la determinación de su edad alegando que no eran necesarias al existir pruebas documentales a tal efecto, el Ministerio Fiscal decretó su mayoría de edad al entender que la «negativa reiterada a someterse a pruebas radiológicas, así como a examen físico por el médico forense, constituyen un indicio revelador de que el explorado teme que a través de las mismas se revele su verdadera edad» (*J.A.B. c. España*, párrafo 2.11, transcribiendo el decreto del Ministerio Fiscal). Sea como fuere, con documentación o sin ella, negándose a someterse a las pruebas o consintiendo a ellas, los denunciados fueron considerados oficialmente como mayores de edad, con su posterior detención en Centros de Internamiento de Extranjeros junto con adultos.

Cabe destacar un caso particular de una menor por concurrir en él las características del procedimiento hasta ahora reseñadas junto con la condición de solicitante de protección internacional debido a la violencia sexual sufrida por parte de su padre en su país de origen. Se trata del caso de *R.Y.S. c. España* (com. núm. 76/2019, adoptada el 4 de febrero de 2021, CRC/C/86/D/76/2019). A su llegada al aeropuerto de Barajas, fue registrada como menor solicitante de asilo, pero no pudo formalizar su solicitud. Posteriormente fue tutelada por la Comunidad de Madrid en un centro de primera acogida, en el cual se elaboró un informe médico que reflejaba sin atisbo de duda su minoría de edad. A pesar de relatar los motivos de persecución, no fue asistida para formalizar la solicitud de asilo y se le pidió una prueba acreditativa de su edad, para lo cual debía ponerse en contacto con su padre. Ante su negativa por temor a entablar relación de nuevo con él debido a la violencia sufrida e ignorando estas razones, se inició un procedimiento de determinación de edad con pruebas invasivas que incluyeron desnudo integral y exploración genital. Los resultados de la pruebas óseas arrojaron un resultado de diecisiete años, y a pesar de ello, un médico que no participó en su examen reflejó en el informe final que la valoración global permitía establecer una edad superior a los dieciocho años.

1. 2. 2. Conclusiones y recomendaciones

En todos los dictámenes concernientes a esta problemática, el CDN advierte de la importancia fundamental que tiene la determinación de la

edad pues la minoría de edad da acceso al derecho a la protección como menor de edad por parte del ordenamiento jurídico interno, pero también al contenido sustantivo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por ese motivo, considera imperativo la existencia de un procedimiento adecuado y garantista, y que siga las recomendaciones específicas del propio CDN en este ámbito. Así, en su Observación general núm. 6, insta a los Estados a tener en cuenta tanto el aspecto físico como la madurez psicológica en un procedimiento cuya evaluación debe «realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género», respetando su integridad física y su dignidad, y presumiendo la minoría de edad en caso de duda¹⁶. La Observación general núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño añade, además, que la evaluación debe llevarse a cabo con celeridad por especialistas, teniendo en cuenta todos los aspectos del desarrollo y entrevistando al menor; asimismo, señala la necesidad de que se trate de un procedimiento que termine con una decisión recurrible y que se presuma auténtica la documentación aportada, salvo prueba contraria; por último, y con respecto al método, va más allá al pedir a las autoridades a no usar procedimientos oseométricos o dentales por ser imprecisos, traumáticos, y con amplios márgenes de error¹⁷.

Entiende el CDN que el procedimiento de determinación de la edad para NNANA en España es inadecuado por no seguir sus recomendaciones ya que, entre otros motivos, emplea pruebas médicas, como los exámenes oseométricos, que son poco fiables debido a su falta de precisión al contar con «un amplio margen de error» (por todas, *M.A.B. c. España*, com. núm. 24/2017, adoptada el 7 de febrero de 2020, CRC/C/83/D/24/2017), no concede el beneficio de la duda al menor durante el procedimiento (por todas, *C.O.C. c. España*, com. núm. 63/2018, adoptada el 29 de enero de 2021, CRC/C/86/D/63/2018), y no da valor a documentación oficial de terceros Estados que no ha sido impugnada (por todas, *M.B. c. España*, com. núm. 28/2017, adoptada el 28 de septiembre de 2020, CRC/C/85/D/28/2017).

¹⁶ Observación general núm. 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 31.

¹⁷ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, párrafo 4.

A tal respecto, es oportuno mencionar la intervención del *ombudsman* francés como tercera parte con respecto a diecisiete denuncias presentadas y que se reproduce, entre otros, en *N.B.F. c. España* (com. núm. 11/2017, adoptada el 27 de septiembre de 2018, CRC/C/79/D/11/2017, párrafos 8.1 a 8.6). Afirmó, como refleja el CDN en sus diversos dictámenes, que el margen de error de las pruebas radiológicas es elevado, sobre todo en la franja de edad comprendida entre los quince y los dieciocho años de edad. Asimismo, indicó que las pruebas realizadas afectan a la dignidad y la integridad física de los menores, y que el método no es adecuado para evaluar la edad de menores no europeos ni presenta ninguna indicación médica, ya que fue creado con un fin meramente valorativo, y no con la intención de determinar la edad cronológica de una persona. En este punto, además, señala que esta edad no tiene porqué coincidir con la edad ósea ya que existen factores genéticos e incluso socioeconómicos que influyen en el crecimiento. El Defensor del Pueblo se ha mostrado de acuerdo con este argumento, y también suscribe las palabras del CDN sobre su escasa fiabilidad. Añade que se trata de pruebas médicas inadecuadas, en las que se priva al menor de su derecho a ser oído y en la que se da una preocupante falta de intervención de especialistas¹⁸.

El CDN, por lo tanto, considera que el procedimiento de determinación de edad en España choca frontalmente con una serie de artículos de la Convención. Por un lado, se vulnera el derecho a que el interés superior del menor sea considerado en toda decisión que le afecte (artículo 3). Por otro, se están violando los derechos a una identidad (artículo 8), por alterar un aspecto esencial de ella como es la edad; el derecho a recibir la protección de las autoridades (artículo 20.1); y el artículo 6 de su Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones, en los casos en los que el Estado no atendió a las medidas provisionales del CDN de liberar de los Centros de Internamiento de Extranjeros a los menores mientras estaba en curso el examen de la denuncia. Por último, en el caso particular de *R.Y.S.* se concluyó que, además, al no recibir el apoyo que le era debido para formalizar su solicitud de asilo y para afrontar su situación como víctima de violencia sexual, así como por las pruebas invasivas sufridas, se vulneraron sus derechos recogidos en los artículos 12, 16, 22, 27 y 39. Por lo que respecta a *J.A.B.*, al tratarse de un menor que se encontraba con enfermedades

¹⁸ Defensor del Pueblo (2011), *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, p. 169.

diagnosticadas como tuberculosis, malaria, esquistosomiasis y estrongiloidiasis, el CDN entendió que su situación de desamparo constituyó una violación del artículo 24.

Por todo lo expuesto, el CDN recomienda la puesta en marcha de un procedimiento que reúna las siguientes características: a) que se lleve a cabo una evaluación global, tanto física como de madurez psicológica, de la persona afectada, con celeridad por parte de especialistas; b) que sea apropiada culturalmente y se tenga en cuenta la perspectiva de género; c) que incluya una entrevista con el menor para que este sea escuchado; d) que todas las actuaciones sean comunicadas al menor en un idioma que pueda entender; e) que se designe, sin demora, un representante legal o tutor del menor para todo el procedimiento y que se garantice su presencia, en su caso, en el procedimiento de protección internacional; f) que la documentación aportada por el menor sea tenida en cuenta; g) que existan mecanismos de revisión efectivos de los decretos del Ministerio Fiscal; h) que los agentes involucrados estén capacitados y formados; e i) que se garantice el apoyo psicosocial para menores solicitantes de asilo que hayan sufrido violencia.

2. LA ESPERADA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

Una forma efectiva de garantizar la no repetición de conductas contrarias a los tratados de derechos humanos es la reforma legislativa pertinente que amolde la práctica administrativa a las exigencias y obligaciones emanadas de dichos instrumentos. En marzo de 2022, el Gobierno de España anunció un anteproyecto de ley para la regulación del procedimiento de evaluación de la edad de NNANA, que fue aprobado por el Consejo de Ministros en el mes de abril después del trámite de consulta pública a la ciudadanía y a la sociedad civil.

2. 1. Antecedentes

Los órganos de los tratados, en especial el CDN, pero también el Comité de Derechos Humanos (en adelante, «CDH»), han mostrado su preocupación por el trato ofrecido a los NNANA por parte de las autoridades en España. Este último, en sus observaciones adoptadas en 2008 alertó de las informaciones acerca de malos tratos a menores no acompañados y recomendó que se tuviera en consideración en todo

momento su interés superior¹⁹. Solo dos años más tarde, el CDN mostró por vez primera su rechazo expreso al procedimiento de determinación de la edad de los NNANA debido al caos jurídico que impera ante la falta de concordancia entre la normativa autonómica y estatal²⁰, y es que, dicho comité destaca que la práctica varía «de una comunidad autónoma a otra» y no tiene «necesariamente en cuenta cuestiones como la costumbres nutricionales que pueden influir en el desarrollo físico y psicológico del niño», motivo por el cual instó al Estado español a establecer un protocolo uniforme para evaluar la edad de estos menores que, además, se llevase a cabo mediante «métodos científicos, respetando la sensibilidad de los niños y las niñas y de manera justa, evitando todo riesgo de violación de la integridad física del niño»²¹.

España adoptó el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados en octubre 2014, en respuesta al mandato del artículo 190.2 RELOEX. En su exposición de motivos se hace alusión a la Observación general núm. 6 del CDN, así como a la núm. 14, referida al interés superior del menor. El CDH, en sus últimas observaciones finales hasta la fecha, realizadas en 2015, a pesar de dar la bienvenida a dicho protocolo tal y como había solicitado años atrás, reiteró su disconformidad con los métodos empleados e hizo la misma recomendación que había propuesto el CDN anteriormente en 2010²².

Por aquel entonces, el Tribunal Supremo, a través de su sentencia de 23 de septiembre de 2014, ya advirtió de las deficiencias del procedimiento de determinación de edad en el ámbito de extranjería. En concreto, la analizó la problemática relacionada con la documentación aportada por los menores y la escasa consideración por ella por parte del Ministerio Fiscal. Fijó como doctrina jurisprudencial que la persona migrante que alegase minoría de edad y estuviese en posesión de un documento identificativo no podía ser considerada indocumentada para iniciar tal procedimiento, y

¹⁹ Observaciones finales al quinto informe periódico de España (CCPR/C/ESP/CO/5), párrafo 21.

²⁰ Ortiz Vidal, María Dolores (2020), “Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41, p. 24.

²¹ Observaciones finales al tercer y cuarto informes periódicos de España (CRC/C/ESP/CO/3-4), párrafos 59 y 60.

²² Observaciones finales al sexto informe periódico de España (CCPR/C/ESP/CO/6), párrafo 23.

que el rechazo de la fiabilidad de dicha documentación solo podía darse después de un juicio proporcional, ponderado y motivado. Asimismo, indicó que en caso de realizarse las pruebas médicas y estas fuesen invasivas, no podrán aplicarse de manera indiscriminada²³.

Esta doctrina motivó la inclusión de un nuevo párrafo, el cuarto, en el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LOPJM») que introdujo por vez primera en nuestro ordenamiento una serie de principios más adecuados a la postura del CDN, como son la presunción de la minoría de edad durante el procedimiento para su determinación, la necesidad de un juicio de proporcionalidad por parte del Ministerio Fiscal que pondere las razones por las que considera que la documentación aportada no es fiable, y la existencia de unas pruebas médicas sometidas al principio de celeridad, mediante consentimiento informado, con respeto a la dignidad de la persona evaluada y sin que puedan ser aplicadas de forma indiscriminada, sobre todo sin son invasivas²⁴.

Sin embargo, ni el protocolo ni la inclusión de este párrafo en el articulado de la LOPJM supuso, en la práctica, un avance significativo. De hecho, el primer dictamen del CDN condenatorio hacia España llegó en noviembre de 2018 y, desde entonces, no han dejado de sucederse. Asimismo, el Tribunal Supremo ha seguido el criterio fijado por su sentencia de septiembre de 2014 en diversos fallos posteriores. Conviene destacar aquí su sentencia de 16 de junio de 2020 porque ahonda en la problemática de la documentación aportada por los menores y no tenida en cuenta por parte del Ministerio Fiscal, a pesar de la doctrina jurisprudencial y la reforma legislativa pertinente. Así, en su fundamento jurídico número 3, reproducido en parte por varios dictámenes (entre otros, *M.B.S. c. España*, com. núm. 26/2017, adoptada el 28 de septiembre de 2020) establece que las dudas sobre la fiabilidad de la edad fijada en documentación oficial no invalidada por las autoridades que la emitieron y que no presenta signos de manipulación «no pueden prevalecer frente a

²³ Sentencia de 23 de septiembre de 2014, STS 3818/2014 [ECLI:ES:TS:2014:3818], núm. recurso 1382/2013.

²⁴ Reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores»²⁵.

2. 2. El anteproyecto de ley para la reforma integral del procedimiento

El texto del artículo 12 de la LOPJM fue nuevamente alterado, esta vez por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, «LOPIIAV»), con el objetivo, según se desprende de su preámbulo, de dar respuesta a las recomendaciones hechas al Estado español por parte del CDN entre 2010 y 2018. De hecho, en sus últimas observaciones finales de ese año al último informe periódico presentado por España al CDN, este advirtió de las deficiencias en la evaluación de la edad de los NNANA, y resaltó que hay muchos menores «excluidos del sistema de protección de la infancia como consecuencia de un procedimiento de determinación de la edad (...) que por ello pueden acabar siendo víctimas de la trata». Solicitó la revisión de la Ley 26/2015 y el establecimiento de un procedimiento uniforme en todo el territorio, de carácter multidisciplinar, que considere las pruebas disponibles, incluidas las documentales, que se emplee únicamente en casos de serias dudas sobre la edad comunicada y que sea siempre respetuoso con los derechos humanos²⁶.

El artículo 12.4, en su redacción dada por dicha reforma, y cuyo contenido es el hoy vigente, incluye una última frase por la que se prohíben expresamente las pruebas médicas «especialmente invasivas» y, en concreto, aquellas que impliquen «desnudos integrales [o] exploraciones genitales». Parece que el legislador, a pesar de no mencionarlo expresamente, tuvo más en cuenta las recomendaciones del CDH que, en sus últimas observaciones finales de 2015, había recomendado el empleo de «métodos seguros y científicos, respetando la sensibilidad de los niños y evitando todo riesgo de violación de la integridad física del niño» para solventar la problemática existente en nuestro país.

En todo caso, la LOPIIAV fue la llave para la posible futura aprobación de un procedimiento de determinación de la edad uniforme y reglado. En su disposición adicional vigesimocuarta estableció un plazo de

²⁵ Sentencia de 16 de junio de 2020, STS 2198/2020 [ECLI:ES:TS:2020:2198], núm. recurso 2629/2019, fundamento de derecho núm. 3.

²⁶ Observaciones finales al quinto y sexto informes periódicos de España (CRC/C/ESP/CO/5-6), párrafos 44 y 45.

doce meses desde su aprobación para desarrollar normativamente el procedimiento con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, de velar por el interés superior del menor, y de respetar sus derechos y su dignidad. En efecto, en el plazo estipulado, el Gobierno de España anunció la puesta en marcha de un anteproyecto de ley por el que se regula el procedimiento de la evaluación de la edad y que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de abril de 2022.

En el documento difundido por el Gobierno, se alude a la disposición adicional vigesimocuarta de la LOPIIAV, así como a las observaciones realizadas por el CDN en los últimos años y, reconociendo las críticas recibidas por diversas instituciones y organismos, se marca como objetivo «regular de forma completa un nuevo procedimiento de evaluación de la edad de naturaleza judicial que determine la mayoría o minoría de edad»²⁷.

En concreto, se detallan una serie de características que dotarían al procedimiento de mayores garantías y de mayor conformidad con las directrices marcadas por el CDN, y también por el CDH, en los últimos años, así como por otros organismos como el Defensor del Pueblo. Se señalan las siguientes:

- a) El principio del interés superior del menor regirá las actuaciones
- b) Presunción de la minoría de edad durante el proceso
- c) Evaluación global física y psicológica mediante un enfoque holístico
- d) Consentimiento del menor
- e) Prohibición de pruebas médicas invasivas y de desnudos integrales
- f) Especialización de los agentes que intervienen en el proceso
- g) Asistencia jurídica gratuita y de intérprete en todo momento
- h) Nombramiento de representante legal y de defensor judicial en caso de conflicto con aquel
- i) Resolución motivada susceptible de recurso de apelación
- j) En caso de que se determine la minoría de edad, se remitirá testimonio al Registro Civil para su inscripción

Este documento, sin embargo, no hace alusión al método o tipo de pruebas médicas que se emplearán para llevar a cabo la evaluación física. Habida cuenta de los problemas en torno a la baja fiabilidad de las pruebas óseas por su amplio margen de error, conviene desestimarlas expresamente en la nueva normativa reguladora del procedimiento. Asimismo, la

²⁷ Ministerio de Justicia (2022), *Consulta pública sobre el anteproyecto de ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad*, p. 3.

ministra de Justicia, Pilar Llop, en su intervención para explicar el anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros, anunció que «en el plazo máximo de 25 días deberá estar resuelto este procedimiento»²⁸, lo cual puede suponer un importante obstáculo para garantizar la fiabilidad del procedimiento, teniendo en cuenta que es habitual que la respuesta de las autoridades diplomáticas a las solicitudes de los menores para tramitar su documentación oficial sobrepase dicho plazo.

CONCLUSIONES

El procedimiento para la determinación de la edad de los NNANA en el Estado español ha sido puesto en entredicho por diversas instancias, entre las que destaca, por su relevancia en la materia, el Comité de los Derechos del Niño. Este ha reiterado en numerosas ocasiones la contrariedad de aquel con las obligaciones que le incumben a España como parte de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La frontera entre ser adulto y menor se dibuja con una línea extremadamente fina, pero con unas consecuencias trascendentales para quien, siendo menor, es considerado mayor de edad erróneamente. Y así sucede en España, con un sistema que según aquel órgano vulnera el derecho esencial de velar por el interés superior del menor, afecta negativamente otros derechos como el de su identidad, su derecho a recibir protección estatal y, en ocasiones, dependiendo del perfil del menor, puede derivar en una infracción del derecho a la no injerencia en su vida privada, a su derecho a ser protegido como solicitante de asilo, su derecho a recibir apoyo psicosocial y una rehabilitación oportuna. En definitiva, un atentado sistemático contra sus derechos humanos.

Los dictámenes del CDN, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la distinta documentación e informes de otras instituciones deben motivar la creación de un nuevo procedimiento que reúna las garantías necesarias que impidan la desprotección de menores en situación de vulnerabilidad como los NNANA. Más allá de la necesidad de dotar de ejecutabilidad a dichas decisiones individuales de los comités de los tratados de derechos humanos para garantizar la reparación de vulneraciones de derechos humanos, se ha de implementar una reforma urgente e integral con las características señaladas por el anteproyecto actual para el establecimiento

²⁸ La Moncloa [web] (12 de abril de 2022), Comparecencia de la ministra de Política Territorial y portavoz del Gobierno, la ministra de Justicia y el ministro del Interior.

de un procedimiento de evaluación de la edad, pero haciendo mención expresa a la no utilización de técnicas o métodos poco fiables, así como sometido a un principio de celeridad que sea compatible con los tiempos necesarios para recabar la documentación oficial solicitada a las autoridades de su país de origen por parte del afectado.

BIBLIOGRAFÍA

Defensor del Pueblo (2009), *Informe anual 2008 y debates en las Cortes Generales, Volumen I, Informe*, Madrid.

Defensor del Pueblo (2011), *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid.

Defensor del Pueblo (2021), *Informe anual 2020 y debates en las Cortes Generales, Volumen I, Informe*, Madrid.

Defensor del Pueblo (2022), *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales, Volumen I, Informe*, Madrid.

European Union Agency for Fundamental Rights (2018), *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures. Minimum age requirements concerning children's rights in the EU*, Luxemburgo.

Mechlem, Kerstin (2009), "Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42, pp. 905-947.

Montesinos Padilla, C. (2021), "La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los menores extranjeros no acompañados", *Revista de Derecho Político*, 110, pp. 259-258.

Neuman, Gerarld (2019), "International Organizations and Human Rights – the Need for Substance", *Research Working Paper Series HRP 19-001*, Harvard Law School.

Ortiz Vidal, María Dolores (2020), "Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema

de protección de la adolescencia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41, pp. 1-27.

Solanes Corella, Ángeles (2021), “La detención de niños, niñas y adolescentes no acompañados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Nicolás Espejo Yaksic (dir.), *Acceso a la justicia y protección integral de los derechos de las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 231-268.

Villán Durán, Carlos (2016), *Manual sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Universidad para la Paz.

Weissbrodt, David y Schoff, Kell (2003), “Human Rights Approach to Intellectual Property Protection: The Genesis and Application of Sub-Commission Resolution 2000/7”, *Minnesota Intellectual Property Review*, 5(1), pp. 1-46.