

# Niños y niñas que llegan a España no acompañados

FUNDACIÓN RAÍCES

MAYO 2019



# FUNDACIÓN RAÍCES

- ▶ Misión: Atención integral y personal a menores y jóvenes que padecen exclusión social para conseguir su integración plena en la sociedad y su promoción como personas.
- ▶ Proyecto jurídico:
  - ▶ Objetivo: apoyar social y jurídicamente a los niños y niñas cuyos derechos son vulnerados por las Administraciones
  - ▶ Especialización en niños y niñas extranjeros que llegan solos (determinación de la edad y violaciones de derechos dentro del sist. Protección)
- ▶ ¿Qué hacemos?:
  - ▶ Apoyo y acompañamiento social
  - ▶ Asistencia y representación jurídica
  - ▶ Facilitar el acceso a asistencia jurídica gratuita (necesario turno de oficio especializado)
  - ▶ Incidencia política (litigio estratégico, sensibilización/medios, análisis de políticas públicas y relaciones institucionales)

# SU REALIDAD

- ▶ Son niños y niñas (entre 14 y 17 años) que emprenden solos un viaje peligroso (muchas violaciones de derechos) y que no tienen a nadie en España.
- ▶ Llegada: Costas (Almería, Málaga), Ceuta y Melilla y Barajas
- ▶ Perfiles muy diferentes: huyendo de situaciones de violencia o persecución (Asilo), pobreza, pérdida de familiares...
- ▶ Países: Marruecos, República de Guinea, Camerún, Costa de Marfil, Mali, Gambia...
- ▶ Las niñas: muy vulnerables.

# SU REALIDAD

- ▶ Llegan sin documentación normalmente
- ▶ No suelen ser identificados como menores de edad:
  - ▶ Registrados como mayores sin iniciar procedimiento de determinación de la edad
  - ▶ Decreto de mayoría de edad tras pruebas de edad
- ▶ Itinerarios por los que llegan a Madrid:
  - ▶ Considerado mayor:
    - ▶ llega a Madrid con organizaciones que tienen encomendada la atención humanitaria de inmigrantes
    - ▶ Estancia en el CIE
  - ▶ Considerado menor: se escapan de los centros de Andalucía y llegan a Madrid



# SU REALIDAD

- ▶ Nuestra intervención en esta primera fase:
  - ▶ Escucharles
  - ▶ Identificar perfiles vulnerables
  - ▶ Apoyarles en la tramitación de su documentación en las Embajadas.
  - ▶ Puesta a disposición de los servicios protección
  - ▶ Apoyo social en caso de que ya tenga Decreto de mayoría de edad: apoyo búsqueda alojamiento, transporte...(hasta obtención de su documentación oficial)
- ▶ Conflicto de intereses

# MARCO JURÍDICO

- ▶ Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas
  - ▶ **Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños:** tienen por objeto promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental
- ▶ Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
- ▶ Ley y Reglamento de Extranjería
- ▶ Jurisprudencia del TS
- ▶ Protocolo Marco sobre determinadas acotaciones en relación a los Menores Extranjeros No acompañados (recurrido ante el TC por F. Raíces)
- ▶ Nota Interna 2/2018 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado.





# Derecho a la tutela judicial efectiva

- Derecho a que las resoluciones que le afecten tengan en cuenta la garantía de su interés superior
- Derecho a ser oído
- Representación y defensa de los intereses del menor
- Derecho al intérprete
- La tutela cautelar
  
- Arts. 24.1 + 39.4

# Derecho a la tutela judicial efectiva

- **Interés superior del menor**

- STC de 20 de mayo de 2019- cuestión de inconstitucionalidad núm. 3442-2018
- El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (CDN). Como detalla la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al “interés superior del niño”, y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor.

# Derecho a la tutela judicial efectiva

- **Derecho a ser oído**

- STC de 20 de mayo de 2019- cuestión de inconstitucionalidad núm. 3442-2018

- Este derecho, introducido por primera vez en el **art. 12.2 CDN**, figura asimismo en el **art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños**, ratificado por España mediante Instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el **apartado 15 de la Carta Europea de derechos del niño**, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992; y, con una fórmula más genérica, en el **art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**. Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los **arts. 10.2 y 39.4 CE**. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 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, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que indica en su exposición de motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos en la **Observación n.º 12**, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Entre otros aspectos, la citada reforma legal de 2015 refuerza la efectividad del derecho al disponer que, **en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a éste y su valoración** (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996)

# Derecho a la tutela judicial efectiva

- **Derecho al intérprete**

- **STC 181/1994**

- En tal aspecto es razonable que el derecho a "ser asistido gratuitamente por un intérprete" haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho fundamental, aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre. Al efecto cobran su auténtica dimensión no sólo esclarecedora sino integradora los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia, a cuya luz han de interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades (art. 10 C.E.). Pues bien, aquel derecho está reconocido tal cual por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos [Roma, 1950, art. 6.3 e)] y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Nueva York, 1966, art. 14.3 f)], ambos ratificados por el Reino de España en 1977 y 1979, en orden inverso. El enunciado abstracto con el cual comienzan ambos preceptos coincidentes a la letra es completado, sin embargo, por un condicionamiento que enlaza directa e inmediatamente con la dimensión "material" de la indefensión, más arriba perfilada. Efectivamente, la exigencia de intérprete se da cuando el acusado "no comprenda o no hable el idioma empleado en el Tribunal" o "en la audiencia". No hay alusión alguna a la nacionalidad, como dato jurídico, o al origen, como dato geográfico, sino a una circunstancia real, la posibilidad de comprender cuanto se dice en el juicio y aun la simétrica de expresar cuanto ha de ser dicho por el reo para defenderse de las acusaciones contra él vertidas. Tan es así que lo dijimos por primera vez con ocasión del supuesto inverso, los españoles que desconocieran el castellano, cuyo derecho a ser provistos de intérprete les fue reconocido (STC [74/1987](#)).

# Derecho a la tutela judicial efectiva

- **Derecho a la tutela cautelar**
- Cuando se puede producir un perjuicio irreparable
  - Aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío y convierta al amparo en meramente ilusorio y nominal.
  - Como regla general el contenido patrimonial no impide el restablecimiento del derecho.
  - Pero si supone un perjuicio la afectación a bienes o derechos del recurrente de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior
  - **Y LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA, COLOCAR A UN MENOR EN SITUACIÓN DE RIESGO ES LA AFECTACIÓN DE DERECHOS DE IMPOSIBLE RESTITUCIÓN.**

# Derecho a la educación

- Arts. 27 + 39.4 CE
- SSTC 236/2007

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquéllos que hayan obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso "residentes" del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

# Derecho a la integridad física y moral y a la protección de la salud

- Arts. 15 + 39.4 + 47 CE

# Derecho a la libertad religiosa

## - Arts. 16 + 39.4 CE- STC 154-2002

Los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto.

Esta conclusión se ve confirmada, dados los términos del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 31 de diciembre de 1990), en cuya virtud quedan los Estados parte obligados al respeto del “derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (art. 14.1), sin perjuicio de “los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (art. 14.2). Asimismo, prescribe el art. 14.3 de dicha Convención que “la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

En el plano interno, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en esta misma línea, sanciona toda posible discriminación de los menores (de dieciocho años) por razón de religión (art. 3) y les reconoce explícitamente “derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión” (art. 6.1), cuyo ejercicio “tiene únicamente las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás” (art. 6.2). En relación con este derecho dispone igualmente el art. 6.3 que “los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”.



# Derecho a la libertad religiosa

## - Arts. 16 + 39.4 CE- STC 154-2002

En relación con todo ello, hemos dicho en la STC [141/2000](#), FJ 5, que “desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC. o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)”. Y concluíamos en dicha Sentencia, respecto de esta cuestión, que, en consecuencia, “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el ‘superior’ del niño (SSTC [215/1994](#), de 14 de julio; [260/1994](#), de 3 de octubre; [60/1995](#), de 17 de marzo; [134/1999](#), de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)”.

# PROCEDIMIENTOS

# Procedimiento determinación edad

- ▶ El ordenamiento jurídico español no lo ha desarrollado normativamente, ni los derechos que les asisten en el mismo, lo que en sí mismo provoca una clara **indefensión**
- ▶ El único desarrollo es el llamado *Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación a los menores extranjeros no acompañados (recurrido ante el TC por Fundación Raíces)*

# Regulación y jurisprudencia

## ▶ Regulación:

- ▶ Art.35 LOEX: *“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 colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.”*

# Regulación y jurisprudencia

## ▶ Jurisprudencia TS

- ▶ Desautoriza expresamente la realización de pruebas médicas en el marco concreto de la determinación de edad de los menores no acompañados documentados.

(STS 453/2013, de 23 de diciembre (RC núm. 1382/2013), STS 452/2014, de 24 de diciembre (RC núm. 280/2013), STS 11/2015 de 16 de enero y STS 320/2015, de 22 de mayo):

- ▶ ***“el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de uno de esos documentos legalmente expedidos por el país de origen cuya validez no haya sido cuestionada ni hayan sido invalidados por ningún organismo competente”*** (STS 320/2015, de 22 de mayo).

# Regulación y jurisprudencia

- ▶ **Protocolo MENAS:** considera indocumentados a menores de edad que aporten documentación si con anterioridad tiene pruebas de edad que motivaron su consideración de mayor de edad.
- ▶ **Art. 12.4 LOPJM (tras reforma de 2015):** Permite al Fiscal “hacer una ponderación” y realizar pruebas de edad, a pesar de tener documentación que acredite su identidad

# Procedimiento determinación edad

- ▶ Inicio procedimiento determinación de la edad/revisión del Decreto
- ▶ No está prevista la asistencia letrada
- ▶ Fases:
  - ▶ CAM solicita la determinación de la edad a Fiscalía (sistemático)
  - ▶ Comparecencia ante el Fiscal
  - ▶ Exploración caracteres secundarios médico forense
  - ▶ Realización de pruebas: radiografía muñeca (Gy P) y ortopantomografía en el Hospital
  - ▶ Informe forense
  - ▶ Notificación de Decreto

# Procedimiento determinación edad

- ▶ Elementos que se valoran:
  - ▶ Valoración subjetiva de la apariencia física y de la madurez
  - ▶ Supuesta Declaración previa de mayoría de edad (registro ADEXTRA)
  - ▶ “Alegación de minoría de edad”
  - ▶ Documentación: no se da validez a documentos válidamente emitidos en Embajadas (pasaportes) porque se han tramitado con Actas de Nacimiento que no tienen datos biométricos
  - ▶ Pruebas médicas (Informe del Defensor del Pueblo)
  - ▶ Negativa a someterse a las pruebas



# Pruebas de edad

- ▶ En ningún caso se puede considerar que son pruebas objetivas que permitan determinar con exactitud la edad
- ▶ La evaluación de la radiografía de la muñeca de la mano izquierda según el método de GREULICH y PYLE:
  - ▶ presentan tales margen de error que no permiten la obtención de conclusiones infalibles.
  - ▶ se refieren a población de raza caucásica, no así a la de otros continentes como la africana que tiene un periodo de maduración ósea diferente a la raza blanca.

“Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España” publicado en 2011 en la revista española de medicina legal

# Procedimiento determinación edad

- ▶ Irrecurribilidad del Decreto
- ▶ Salida del sistema de protección:
  - ▶ Sin notificación del cese de tutela
  - ▶ Sin alojamiento: a la calle
  - ▶ Sin información ni asesoramiento sobre asistencia letrada
  - ▶ Con documentación identificativa no invalidada de menor de edad: limbo en el que no pueden ejercer ningún derecho

# Procedimiento determinación edad

Contario a:

- ▶ Jurisprudencia del TS
- ▶ Recomendaciones del Defensor del Pueblo
- ▶ Observaciones finales del UNCRC a España de 2018
- ▶ Dictamen de 27 de septiembre del UNCRC (comunicación 11/2017)
- ▶ Recomendaciones de la EASO

# Derechos vulnerados

- ▶ Interés superior del menor: presunción de la minoría de edad
- ▶ A ser escuchado a recibir asistencia jurídica
- ▶ Acceso a la justicia y a un procedimiento con las debidas garantías (ser parte, traslado de notificaciones...)
- ▶ A ser protegido (tutelado)
- ▶ Cualquier derecho reconocido a los menores de edad

# Recursos indirectos

- ▶ Auto TC 172/13
- ▶ “nada impide a un juez de lo civil, o de lo contencioso-administrativo, al hilo de un procedimiento incoado para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad, pronunciarse sobre dicho decreto, al estar éste en el origen del acto que pueda ser objeto del procedimiento.”

# Demanda de oposición en materia protección

- ▶ Art. 780 LEC
- ▶ Posición del Ministerio Fiscal
- ▶ Escasa aplicación principio interés superior del menor
- ▶ Al ser recurso indirecto, está dándose por válida la edad Decretada, y no respetándose principio in dubio pro minoris.
- ▶ Medidas cautelares.
- ▶ Caso

# Otros procedimientos.

## Juicio Declarativo

- ▶ JUICIO CIVIL DECLARATIVO VULNERACIÓN DERECHOS FUNDAMENTALES 249 LEC
- ▶ JUZGADOS PRIMERA INSTANCIA. POSICIÓN M.F.
- ▶ MAYOR ACEPTACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VALIDEZ DE DOCUMENTACIÓN.
- ▶ SENTENCIAS A.P.M Sec 11ª 9/06/2016 y Sec 12ª 6/11/2014
- ▶ ACEPTACIÓN MEDIDAS CAUTELARES
- ▶ IN DUBIO PRO MINORÍA, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
- ▶ Limitaciones de este procedimiento.

# Otras cuestiones

- ▶ OTROS PROCEDIMIENTOS: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
- ▶ JUICIOS PENALES IMPUTADOS. Si se determina minoría, solicitar Revisión Decreto.
- ▶ SOLICITUD NOMBRAMIENTO DEFENSOR JUDICIAL. 299 Código Civil. 27 Ley 15/2015 ( diferentes respuestas órganos judiciales)



# COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- ▶ Observaciones finales del UNCRC a España de 2018
- ▶ III Protocolo que permite presentar comunicaciones individuales:
  - ▶ 9 comunicaciones registradas por Fundación Raíces con medidas provisionales solicitadas al Estado Español (todas ellas incumplidas)
  - ▶ 1 Dictamen favorable que condena a España por la devolución en caliente de un menor de edad
  - ▶ Dictamen de 27 de septiembre del UNCRC (comunicación 11/2017) que considera que el procedimiento de determinación de la edad vulneró los derechos de la Convención de los Derechos del Niño.
- ▶ Materiales sobre “Acceso a la Justicia de niños y niñas migrantes” de la Comisión Internacional de Juristas
  - ▶ [http://www.fundacionraices.org/?page\\_id=2368](http://www.fundacionraices.org/?page_id=2368)



GRACIAS

[proyectojuridico@fundacionraices.org](mailto:proyectojuridico@fundacionraices.org)