

Defensa jurídica de las niñas y niños que llegan solos a España

20 de noviembre de 2019
JORNADA CONMEMORATIVA DÍA INTERNACIONAL DE LA INFANCIA 2019
Síndic de Greuges
Comunitat Valenciana



FUNDACIÓN RAÍCES

- **Creada en 1996 → Misión:** atención integral e individualizada a menores, jóvenes y familias en situación de exclusión social para conseguir su integración plena en la sociedad.
- **En la década de los 2000 →**
 - Creación del proyecto de asistencia y acompañamiento social y jurídica.
 - Especialización en infancia migrante no acompañada.
 - Erradicación de las deportaciones ilegales de menores por el Estado.
 - Reformas legales reconociendo el derecho de los menores a ser oídos y contar con asistencia jurídica.
- **Actualmente→**
 - **Proyecto Cocina Conciencia:** Surge en 2010 y es un programa que promueve la inserción laboral y social de jóvenes sin referentes adultos y en situación de vulnerabilidad, en el sector de la restauración (tanto en cocina como en sala) y en la industria alimentaria (panaderías, pastelerías y fábricas).
 - **Programa de apoyo y acompañamiento social:** dirigido a fomentar el desarrollo de las capacidades de las personas atendidas para su efectiva inclusión social, enfocado prioritariamente a aspectos que mejoran su autonomía, empleabilidad, prestándoles un apoyo personalizado, individualizando sus necesidades y las respuestas a las mismas.
 - **Proyecto de Asistencia Jurídica especializada en Menores y Jóvenes cuyos derechos son vulnerados por las Administraciones públicas:**
 - Especialización en niños y niñas extranjeros que llegan solos.
 - Asistencia jurídica y representación letrada.
 - Facilitar el acceso a la asistencia jurídica gratuita (necesidad de turnos de oficio especializado).
 - Incidencia política (litigio estratégico, sensibilización, formación, análisis de políticas públicas y relaciones institucionales).
- [MEMORIA 2018](#)
- [INFORMES AL EXAMEN PERIODICO UNIVERSAL \(EPU\)](#)

PROYECTO DE ASISTENCIA JURÍDICA: La realidad de los niños y niñas a los que atendemos

- 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: en su mayoría niños y niñas que han visto sus derechos vulnerados en país de origen, huyendo de situaciones de violencia o persecución (merecedores de silo), pobreza, pérdida de familiares...
- Países: Marruecos, República de Guinea, Camerún, Costa de Marfil, Mali, Gambia...
- Niños y niñas en situación de riesgo grave: no solo los propios de la exclusión y la frustración del proyecto de vida; también desapariciones, explotación sexual, tráfico de personas, trata, etc.
- Las niñas: muy vulnerables.
- Creciente criminalización actual: etiqueta “MENA”.

PROYECTO DE ASISTENCIA JURÍDICA: La realidad de los niños y niñas a los que atendemos (ii)

- Llegan normalmente sin documentación y muchas veces sin vínculos en país de origen para poder obtenerla (o sin poder contactar: situaciones de asilo).
- Dos políticas enfrentadas: protección a la infancia (CDN, 172 CC, 12 LOPJM) vs. protección de fronteras (Art. 35 LO y RLOEx).
- Denegación de su condición de infancia:
 - Registrados como mayores sin procedimiento de determinación de edad (procedimiento de expulsión).
 - Decretados mayores tras un procedimiento en Fiscalía (aplicación del Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados).
 - Localizados por organizaciones humanitarias de atención a migrantes en los CIE o en situación de calle.
- Vulneraciones de derechos dentro del sistema de protección: muchas veces se escapan porque prefieren una situación de calle.
- Condenados a la marginalidad al alcanzar la mayoría de edad.

Vulneraciones de derechos dentro el sistema de protección

- **Estancias muy largas en primera acogida (6-9 meses)** sin derivar a pisos o residencias.
- **Centros sobreocupados:** en CPAM Hortaleza, 130 niños para 35 plazas.
- **No asunción inmediata de la tutela:** a veces, sin ninguna medida de protección.
- **No tramitación de documentación:** pendientes de la determinación de la edad por la Fiscalía, cumplimiento mayoría de edad sin documentación & autorización de residencia → desamparo y situación irregular a la mayoría de edad (expulsables)
- **No se diseña proyecto educativo individualizado:** no se les inscribe a cursos de castellano o de formación, no hacen nada durante el día.
- **Situación de indigencia:** hacinamiento (niños durmiendo en colchones por el suelo), insalubridad, atención insuficiente a necesidades básicas (ropa, calzado, aseo, asistencia sanitaria)
- **No se fomenta el contacto con la familia en origen.**
- **Maltrato psicológico y físico:** frecuentes insultos racistas, intervención de los vigilantes de seguridad (medidas de contención, esposas, agresiones,...).
- **No acceso a programas de autonomía 16-18 años y 18-21 años** → desamparo a la mayoría de edad.
- **No tienen derecho a Permiso de Residencia y Trabajo a los 16 años.** RLOEX les discrimina frente a menores reagrupados y españoles.
- **Precariedad laboral de los trabajadores del sistema:** imposibilidad de vincularse.

Vulneración de derechos en el reconocimiento de su condición de infancia: procedimiento de determinación de la edad

- **Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado / Entidad de protección**
- Comparecencia en **Fiscalía** previa a cualquier intento de documentación
- **Consentimiento para realización de pruebas médicas:** radio muñeca, radio de la boca (ortopantomografía), exploración física de los genitales, radio de la clavícula -> **Informe Médico-Forense**
- **Juicio de proporcionalidad y ponderación del Fiscal:**
 - Valoración de la apariencia física y de la madurez
 - Coherencia del relato
 - Documentación
 - Previa identificación en frontera
- **Decreto de Edad:**
 - Minoría -> Centro protección de menores con la edad que fije el Fiscal
 - Mayoría -> Calle/CIE

Procedimiento sin garantías: indefensión

- **Falta de asistencia letrada universal y gratuita y falta de control jurisdiccional.**
- **Jurisprudencia del TS vs. Práctica de Fiscalía: Prioridad de resultados pruebas médicas sobre documentación, incluso con pasaporte tramitado por Embajadas y Consulados en España.**
 - Procedimientos de edad sistemáticos.
 - Discriminación respecto a menores reagrupados y adultos nacionales de ese país.
 - No se invalida ni se persigue penalmente el pasaporte o la documentación aportada.
 - Dudas sobre documentación y proposición sistemática de pruebas médicas
- **Pruebas médicas invasivas muy criticadas por su falta de exactitud:** estudios científicos años 60's, muestra de población caucásica, amplios márgenes de error (+/- 2 años). Se realizan sistemáticamente.
 - **Conclusiones Jornada de Trabajo Médicos Forenses (2011)**
 - **Recomendación de la Sociedad Europea de Radiología Pediátrica (2019)**
- **No se aplica la presunción de minoría de edad ni el beneficio de la duda,** ni siquiera en casos de poca diferencia entre resultado de pruebas y documentación
- **Revisiones de Decreto muy limitadas por la práctica de la Fiscalía.**
 - Imposibilidad de obtener nueva documentación.
 - Irrelevancia de la nueva documentación obtenida.

Decreto del Fiscal: consecuencias

- **Decreto de minoría:**
 - otorga protección pero con la edad y por el tiempo que fije el Fiscal
 - contradicción con la documentación identificativa de su país de origen, no invalidada
 - dificultad para obtener pasaporte y permiso de residencia (tramitación de cédula con la fecha indicada por el Fiscal).
- **Decreto de mayoría: sin protección y en un limbo jurídico:**
 - **Sin derechos como menores:**
 - Expulsión / no acceso al sistema de protección → calle, personas sin hogar.
 - Se les exige tutor legal para:
 - formación reglada, tarjeta sanitaria, empadronamiento, ocio,
 - Solicitud de asilo
 - Trámite de pasaporte (en algunos casos).
 - Trámite AR menor tutelado o extutelado.
 - **Sin derechos como mayores:**
 - El decreto no fija fecha de nacimiento concreta, no tiene foto ni huella, no identifica
 - Difícil acceso a recursos de mayores (documentos de identidad de menores)
 - Extranjero adulto en situación admittiva irregular -> expulsables & CIE.
 - Trámite AR extutelado
- **Vulneración, entre otras, del derecho a la propia identidad, a la integridad física y moral y a la protección de la salud**

Vías judiciales para la defensa de los derechos de estos niños y niñas

- En cuanto a las vulneraciones dentro del sistema de protección: según los casos, procedimientos administrativos, procedimiento por ejercicio inadecuado de la tutela, medidas del 158 CC, procedimientos penales por agresiones, maltratos o vejaciones, etc.
- En relación con el procedimiento de determinación de la edad:
 - **Irrecorribilidad** directa del decreto.
 - Auto TS 131/2018: los actos de plasmación del Protocolo son impugnables.
 - Auto TC 172/2013: solo recursos indirectos
 - En revisión actual: posición del CDN, posición de FGE y actualmente en estudio por el Tribunal Supremo.
 - Revisión indirecta a través del procedimiento de **oposición al cese de tutela**.
 - Revisión indirecta a través del procedimiento **contencioso-administrativo** relativo a la expulsión o a cuestiones de autorizaciones de residencia y trabajo.
 - Revisión indirecta a través de **procedimientos penales**.
 - **Declarativo en el orden civil para el reconocimiento de la edad real y por vulneración de derechos fundamentales.**

Litigio estratégico: Comité de Derechos del Niño

- Ineficacia de los recursos internos.
- Importancia de la justicia cautelar. Problemática de la mayoría de edad sobrevenida. Problemática de medidas cautelares ante el TEDH.
- Comité Derechos del Niño (CDN). Convención, Observaciones generales 6 y 23. Observaciones finales del CDN a España de 2018.
- III Protocolo que permite presentar comunicaciones individuales:
 - Fundación Raíces ha presentado 11 comunicaciones ante el CDN. 1 por devolución en caliente de un niño y el resto por determinación de edad.
 - 9 comunicaciones registradas por Fundación Raíces con medidas provisionales solicitadas al Estado Español (todas ellas incumplidas, excepto en parte una de ellas).
 - Primer dictamen sobre determinación de edad en una comunicación de la Asociación Noves Vies (Comunicación 11/2017).
 - Un dictamen condena a España por la devolución en caliente de un menor de edad (Comunicación 4/2016)
 - 3 dictámenes condenan a España por el procedimiento de determinación de edad (comunicaciones 11/2017, 16/2017 y 22/2017)
 - 2 dictámenes condenan a España por la determinación de la edad, en relación con no haber permitido tramitar la petición de Asilo como menores (Comunicaciones 17/2017 y 27/2017)
 - En este momento hay 33 comunicaciones contra España pendientes de resolver por el CDN relativas al procedimiento de determinación de edad de los niños y niñas solos.

Dictámenes del Comité de Derechos del Niño

- Dictamen relativo a la comunicación 4/2016, sobre devolución de un presunto menor en frontera sin las comprobaciones previas oportunas.
 - Obligación del Estado parte de no trasladar a un niño “a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor.” España **no identificó al niño, no escuchó sus circunstancias personales y no condujo una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo** de persecución y/o daño irreparable en el país al que iba a ser devuelto, teniendo en cuenta la situación de violencia contra migrantes en la zona de frontera con Marruecos y el maltrato al cual fue sometido el niño, la falta de evaluación y atención al interés superior **viola los artículos 3 y 37 de la Convención.**
 - **No haber sometido al autor**, en su condición de niño no acompañado, a un **proceso de identificación y evaluación de su situación previo a su deportación**, y **no haberle dado oportunidad de presentar objeciones** a su eventual deportación, **viola** sus derechos contemplados en **los artículos 3 y 20 de la Convención.**
 - **La forma en que se llevó a cabo la deportación del autor**, en su condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un contexto de migración internacional, habiendo sido **detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades**, constituye **tratos prohibidos por el artículo 37 de la Convención.**
 - Determina que **España debe proporcionar al autor una reparación adecuada, incluida una indemnización financiera y rehabilitación por el daño sufrido.**
 - Determina también que España tiene la **obligación de evitar que se cometan violaciones** similares en el futuro, en particular mediante la **revisión de la Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana**, adoptada el 1 de abril de 2015. Y en concreto la disposición adicional décima de dicha ley en relación con el **“Régimen Especial de Ceuta y Melilla,”** la cual autorizaría la práctica indiscriminada del Estado parte de deportaciones automáticas en su frontera.

Dictámenes del Comité de Derechos del Niño (ii)

- Dictámenes relativos a las comunicaciones 11/2017, 16/2017 y 22/2017 sobre procedimiento de determinación de la edad.
 - Inexistencia de recursos internos efectivos: inexigibilidad de agotar la vía interna.
 - **La determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental**, porque determina si tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección y de ello depende que disfrute de los derechos de la Convención. Por ello, es **imperativa la existencia de un proceso debido** para determinar la edad, así como de la **oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación**. Mientras dichos procesos siguen abiertos, **deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña**.
 - En **ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados para efectuar una estimación bien fundada de la edad**, los Estados deben proceder a **una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño**, llevada a cabo por **pediatras y especialistas u otros profesionales** que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las **cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y en un idioma que el niño pueda entender**.
 - **Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en cuenta las declaraciones de los niños**. Asimismo, es de vital importancia conceder el **beneficio de la duda** a la persona que se está evaluando.
 - Los Estados **deben abstenerse de utilizar métodos médicos basados en el análisis de los huesos y el examen de los dientes**, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios.
 - Los Estados parte **deben designar a un tutor o representante legal cualificado** y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. Facilitar esta equivale a darles el beneficio de la duda y constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchadas. No hacerlo conlleva **una violación de los artículos 3 y 12** de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la Convención. La falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial.
 - Declara que **se ha violado el artículo 6 del Protocolo Facultativo**, por no haber dado cumplimiento a las **medidas provisionales**.
 - Establece que España tiene la **obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro**, asegurando que todo proceso de determinación de la edad sea acorde a la Convención y , en particular, que durante los procedimientos se designe rápidamente a las personas sometidas a los mismos una representación calificada y gratuita.

Dictámenes del Comité de Derechos del Niño (iii)

- Declaraciones específicas de los Dictámenes relativos a las comunicaciones 16/2017 y 22/2017 sobre procedimiento de determinación de la edad.
 - Se alegó que el Estado parte violó los derechos del niño por haber alterado elementos de su identidad al atribuirle una edad y una fecha de nacimiento que no se correspondían con la información recogida en su acta de nacimiento, incluso luego de que el autor presentara copia del acta ante las autoridades españolas. El Comité considera que **la edad y fecha de nacimiento de un niño forman parte de su identidad y que los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos**. En este caso, el Comité observa que el Estado parte, aún cuando el autor presentó ante autoridades españolas copia de **su acta de nacimiento**, que incluía datos identitarios del niño, éste no respetó la identidad del autor al negarle cualquier tipo de valor probatorio a la copia de su acta de nacimiento, sin un examen previo formal de los datos incluidos en el acta, realizado por autoridad competente y sin haber alternativamente cotejado los datos del acta con las autoridades del país de origen del autor. En consecuencia, el Comité concluye que el Estado parte **violó del artículo 8 de la Convención**.
 - En el presente caso, el España argumentó que el traslado a un centro de protección de menores podría suponer un grave riesgo para los niños que se encuentran en estos centros. Sin embargo, el Comité observa que este argumento descansa sobre la premisa que el autor es una persona mayor de edad. El Comité considera que **el riesgo mayor es de enviar un potencial niño a un centro que alberga solamente a adultos reconocidos**.
 - En el caso de la comunicación 22/2017, el Comité destaca la ausencia de protección del Estado frente a su situación de desamparo con **grado de vulnerabilidad muy elevado**, al ser menor, migrante, no acompañado y **enfermo**, así como la **contradicción al reconocer al autor mayor de edad, pero al mismo tiempo exigirle un tutor para dispensarle tratamientos y vacunas**. El Comité observa que esta falta de protección se produjo incluso después de que el autor presentara a las autoridades españolas documentos de identidad que confirmaban que era un niño (incluso pasaporte biométrico). El Comité considera que lo anterior constituye una **violación de los artículos 20.1 y 24 de la Convención**.
 - Se incluye la consideración de que, además de evitar futuras violaciones semejantes, en estos casos España ha de proporcionar a los autores de las comunicaciones **una reparación adecuada**, concretando en el caso de la comunicación 22/2017 que se debe incluso proporcionar la oportunidad de **regularizar la situación administrativa**.

Dictámenes del Comité de Derechos del Niño (iv)

- Dictámenes relativos a las comunicaciones 17/2017 y 27/2017 sobre procedimiento de determinación de la edad de **niños solicitantes de asilo**.
 - Ante las dudas manifestadas por España respecto de la partida de nacimiento y la atestación de identidad, por no tener datos biométricos, el Comité observa que el autor presentó en diversas ocasiones el resguardo de la solicitud de su pasaporte ante la Embajada de Costa de Marfil en Madrid, el certificado de la Embajada según el cual su pasaporte estaba siendo tramitado, y su pasaporte una vez que obtuvo el mismo. El Comité recuerda que **la carga de la prueba no recae exclusivamente en el autor de la comunicación**, tanto más porque el autor y el Estado parte no siempre gozan del mismo acceso a los elementos probatorios y que **muchas veces el Estado parte es el único que dispone de la información pertinente**. En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del autor de que, **si el Estado parte tenía dudas sobre la validez de los documentos presentados, debería haberse dirigido a las autoridades consulares de Costa de Marfil para comprobar la identidad del autor y no lo hizo**.
 - El hecho de que al autor **no le fuera asignado un tutor para que pudiera solicitar asilo en tanto que menor de edad**, a pesar de contar con documentación oficial que acreditaba su minoría de edad, le **privó de la especial protección** que deben tener los menores no acompañados solicitantes de asilo y **le expuso a un riesgo de daño irreparable** en caso de devolución a su país de origen en **violación de los artículos 20.1 y 22 de la Convención**.
 - Considera necesaria una **reparación efectiva, incluyendo regularización administrativa teniendo en cuenta su condición de niños al solicitar asilo**. En cuanto a la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, desarrolla mucho las recomendaciones:
 - (a) Garantizar que todo **proceso de determinación de la edad** sea acorde con la Convención y, en particular, que en el curso de dichos procesos; i) **los documentos presentados por dichos jóvenes sean tomados en consideración**, y en el caso de que los documentos hayan sido emitidos o confirmados por los Estados que emitieron los documentos o por las embajadas, sean **aceptados como auténticos**; y ii) a estos jóvenes se les asigne sin demora un **representante legal cualificado** u otros representantes de forma gratuita, que los **abogados privados** designados para representarlos sean reconocidos y que todos los representantes legales u otros representantes tengan permiso para ayudar a estas personas durante dichos procesos.
 - (b) Garantizar **que a los jóvenes no acompañados solicitantes de asilo que afirman ser menores de 18 años se les asigne un/a tutor/a competente lo antes posible** para que puedan solicitar asilo como menores, **incluso cuando el proceso de determinación de su edad esté aún pendiente**.
 - (c) Desarrollar un **mecanismo de reparación efectivo y accesible para que puedan solicitar una revisión de los decretos de mayoría de edad** por parte de las autoridades en aquellas situaciones donde la determinación de su edad se realizó sin las garantías necesarias para proteger el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado;
 - (d) **Capacitar a los funcionarios de inmigración, policías, funcionarios del Ministerio Público, jueces y otros profesionales** competentes sobre los **derechos de los menores solicitantes de asilo y de otros menores migrantes**, y en particular sobre los Observaciones Generales No. 6, 22 y 23 del Comité.

Cumplimiento y consecuencias de los Dictámenes del Comité de Derechos del Niño

- El Estado no dio cumplimiento a las medidas provisionales, en especial en cuanto a proteger a los niños en un centro de protección durante la tramitación del procedimiento. Excepto, con salvedades, en un caso (en el que además la presión sobre España puede haber agilizado que se le concediera el estatuto de refugiada).
- Sí se ha evitado las expulsiones de los niños del territorio y han salido del CIE los que estaban allí.
- Hasta la fecha no se han notado avances en cuanto a la reparación particular a los niños, estando en fase de iniciar reclamaciones internas a este respecto.
- Pero sí hay visos de cambios en cuanto a las actuaciones generales:
 - En cuanto a la irrecurribilidad del Decreto: consideraciones en memoria de Fiscalía, recurso pendiente ante el TS.
 - En cuanto a los trámites en la Fiscalía: admisión de la presencia letrada (aunque sigue siendo una asistencia muy limitada).
 - Existen proyectos de cambio y desarrollo en la regulación del procedimiento de determinación de edad.
 - Creencia de que en el futuro se dará mejor cumplimiento a las medidas provisionales.
- En cualquier caso, se ha conseguido:
 - Dar visibilidad y crear debate en torno a la problemática.
 - Contar con los Dictámenes a modo de criterio interpretativo tanto para Juzgados y Tribunales Internos como para un eventual procedimiento futuro ante el TEDH.
 - Dar visibilidad al Comité y a la posibilidad de realizar comunicaciones denunciando la vulneración de la Convención.

¡MUCHAS GRACIAS!

Quedamos a vuestra disposición en:

juridico@fundacionraices.eu