



JORNADAS



ILUSTRE COLEGIO
DE ABOGADOS
DE CÁDIZ



XXVIII JORNADAS DE EXTRANJERÍA Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La defensa de los DDHH de las personas migrantes
70 ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

#JornadasExtranjería

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPañADOS (MEINA)

Albert Parés Casanova

Abogado social de Associació Noves Vies

Normativa

- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
 - Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones: BOE nº 27 de 31 enero 2014.
 - OBSERVACIÓN GENERAL Nº 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado.
 - Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España. Aprobado por el Comité en su 77º período de sesiones (14 de enero a 2 de febrero de 2018)

Sujetos

- Ministerio Fiscal: Art. 174 CC, *“Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección.”*
- Administración pública que asume la tutela del menor.
 - Relación de jerarquía?

Definición MEINA

- Prevalece la condición de menor.
- Situación de desamparo + situación de riesgo.
- De nacionalidad extracomunitaria.
- Menor de 18 años;
- Sin adulto responsable del menor:
 - Responsabilidad legal,
- Indocumentado: ?
 - L.O.Ex.: art. 35
 - R.Ex.: 190

Artículo 35. Menores no acompañados.

3. 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.

Artículo 189. Definición.

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

El contenido de este capítulo deberá interpretarse sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos establecidos en los artículos 59 y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o en la normativa española en materia de protección internacional.

Observación núm. 25 de Observación General Núm. 6 (2005) sobre el Tracte dels menors no acompanyats i separats de la seva família fora del seu país d'origen, en la Regla 7:

"niños no acompañados" (llamados también "menores no acompañados") de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad".

Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, art. 1.1:

“a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, así como a aquellos menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.

Artículo 172.1 del Código Civil:

“se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.”

Principios básicos en la actuación con menores

Interés superior del menor:

Actuación de las administraciones

Cualquier decisión que afecte al menor

En la aplicación de la norma

No-discriminación

Desarrollos de las potencialidades personales

DERECHO A SER ESCUCHADO

EJERCICIO DE LOS DERECHOS PROPIOS

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA SOBRE CAPACIDAD DEL MENOR.

Principi del *favor minoris*

Punto 8.14 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992 de 8 de julio):

“toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses”.

Políticas hacia los MEINA

Artículo 35. Menores no acompañados.

- 1. El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos.*
 - 2. Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos.*
- Finalidad: repatriación de menores. Ilegalidad por ir contra interés superior del menor.**

Actuación ante el MEINA

- ARTÍCULO 35 LOEX:
- Localización.
- Disposición a los servicios de protección.
- Poner en conocimiento a la Fiscalía.
- Si es una persona indocumentada: pruebas determinación edad.

Artículo 190. Determinación de la edad.

1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

2. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

5. Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.

- Puesto a disposición de la Fiscalía y no de la Administración competente.
- Realización de pruebas médicas:
 - Margen de error
 - Elaboración de 2on informe por médicos forenses
 - Pruebas de *Greulich y Pyle // Hernández + Demirjian*

Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España

Interés superior del niño

16. Si bien celebra la inclusión del interés superior del niño en la Ley Orgánica 8/2015 y Ley 26/2015, el Comité expresa su preocupación sobre la desigual aplicación de este derecho en las Comunidades Autónomas. Respecto a su comentario general No. 14 (2013), el Comité recomienda que el Estado parte:

...

(c) **Formar a profesionales** que trabajen con y para niños sobre cómo evaluar el interés superior del niño.

Respeto de las opiniones del niño

- (a) Armonice las leyes pertinentes, en particular el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la Convención, para asegurar, en la práctica, el respeto a ser escuchado de un niño menor de 12 años de edad;
- (b) Desarrolle habilidades y lleve a cabo programas de formación entre profesionales de diferentes áreas que trabajen para y con niños, incluyendo jueces de familia y fiscales, sobre los derechos de los niños y la aplicación del derecho del niño a ser escuchado, como un derecho, no como un deber del niño;
- (c) Se asegure de la aplicación efectiva y sistemática del derecho del niño a expresar sus opiniones en procedimientos judiciales o administrativos pertinentes;

I. Medidas de protección especial (arts. 22, 30, 32-33, 35-36, 37 (b)-(d), 38, 39 y 40)

Niños refugiados y solicitantes de asilo

42. Al Comité le preocupa la información insuficiente en relación con la implementación de las recomendaciones previas del Comité para brindar la protección adecuada a todos los niños, independientemente de su nacionalidad (CRC/C/ESP/CO/3-4, párrafo 58). Al Comité también le preocupa seriamente:

(a) La ausencia de un decreto de implementación actualizado para el **Derecho de Asilo y que no se reconozca a los niños como solicitantes de protección internacional por derecho propio;**

(c) La ausencia de mecanismos de reclamaciones accesibles para niños en casos de denuncias de violaciones de sus derechos en centros de protección;

...

(b) Formar a todos los profesionales que participan en la protección y migración internacionales en el Convenio, los derechos del niño y la obligación de proteger a los niños que buscan protección internacional;

(c) Crear instalaciones de acogida adecuadas para los niños, principalmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y para aquellos niños que llegan por mar a la costa andaluza, con asistencia legal especializada, intérpretes debidamente formados y servicios adecuados a los niños, y agilizar el proceso y transferencia de niños solicitantes de asilo y sus familias;

Niños no acompañados

44. Al Comité le preocupa seriamente que según la legislación española el Fiscal está autorizado para llevar a cabo procedimientos de determinación de edad de niños extranjeros no acompañados. Sin ignorar la información suministrada al Comité por la delegación del Estado parte, al Comité, sin embargo, le preocupa el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica. Al Comité también le preocupa:

- (a) Niños no acompañados que estén excluidos del sistema de protección infantil como consecuencia de la evaluación de edad, y que, consecuentemente, pueden ser víctimas de trata de personas;
- (b) Los niveles inadecuados y desiguales de protección de niños no acompañados en las comunidades autónomas, incluyendo casos de carencia o retraso de asistencia jurídica, o insuficiencia de información suministrada a los niños;

... el Comité insta al Estado Parte a que **revise la Ley 26/2015 y el Protocolo marco para menores extranjeros no acompañados** para garantizar que se ajustan a las disposiciones del Convención. También insta al Estado parte a que:

(a) Garantice una **protección jurídica efectiva** para los niños no acompañados en todo su territorio y garantizar que se aplique el principio de no devolución y el interés superior del niño se tenga en cuenta como una consideración principal, y proporcionan capacitación adicional y orientación a los profesionales pertinentes sobre la evaluación del interés superior de los niños;

(b) **Desarrollar un protocolo uniforme sobre métodos de determinación de la edad para todos territorio del Estado parte, que sea multidisciplinario y respetuoso con los derechos humanos** y utilizado solo en casos de serias dudas sobre la edad reclamada y teniendo en consideración de la documentación u otras formas de evidencia disponibles;

(párrafo 46):

(b) Adopte medidas efectivas para salvaguardar los derechos del niño en su territorio, especialmente aquellos de niños no acompañados, para asegurarse de que no sean presa de tráfico y agilizar los procedimientos de determinación de la condición de víctima para los niños que pueden ser víctimas de la trata con fines de explotación;

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

3. La definición de niño según la Convención sobre los Derechos del Niño prevé derechos y protección hasta los 18 años de edad. Los Comités están preocupados porque los niños de entre 15 y 18 años suelen recibir niveles mucho menores de protección y a veces son considerados como adultos o mantienen un estatuto migratorio ambiguo hasta que cumplen los 18 años de edad. **Se insta a los Estados a que se aseguren de que se proporcionan niveles iguales de protección a cada niño,** incluidos los mayores de 15 años e independientemente de cuál sea su situación migratoria. De conformidad con las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, los Estados deben tomar medidas adecuadas de seguimiento, apoyo y transición para los niños próximos a cumplir los 18 años de edad, en particular los que abandonan un contexto asistencial, garantizándoles el acceso a una situación migratoria regular a largo plazo y oportunidades razonables para terminar su educación, tener acceso a trabajos dignos e integrarse en la sociedad en la que viven. **Durante ese período de transición debería prepararse debidamente al niño para llevar una vida independiente y las autoridades competentes deben garantizar un seguimiento adecuado de la situación individual de cada niño. Los Comités alientan además a los Estados a que adopten medidas de protección y apoyo después de que los niños cumplan 18 años.**

4. 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, según proceda, a los adultos que los acompañen, 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 y sus padres o familiares.** Debe concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando. **Los Estados deben abstenerse de utilizar métodos médicos basados, entre otras cosas, 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. Asimismo, deben asegurarse de que sus determinaciones puedan ser revisadas o recurridas ante un órgano independiente adecuado.

Impugnaciones judiciales

- Vía civil.
- *TS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, art. 42 LOPJ: Auto 14/2011 de 14 de abril de 2011.*
- Escrito de oposición contra resolución administrativa de protección de menores, art. 780 LEC.

CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES, 24 de abril de 1963

Artículo 5

FUNCIONES CONSULARES

Las funciones consulares consistirán en:

d) **extender pasaportes** y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado;

...

f) **actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil,** y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor;

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS, 18 de abril de 1961

Artículo 3

- 1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:
a **representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;***
- 2. Ninguna disposición de la presente Convención se interpretará de modo que impida el ejercicio de funciones consulares por la misión diplomática.*

SENTENCIA T.S.

4.- Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: 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 un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.

- Menor con pasaporte no es indocumentado;
- *“justificación razonable”*;
- *“juicio de proporcionalidad”*;
- *“documento no es fiable”*;
- *“no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”*

PROTOCOLO FISCALIA

- BOE 16 octubre 2014:

Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados

Apartado 6 del Protocolo Cap. II:

*Las certificaciones emitidas por las autoridades extranjeras relativas al estado civil de las personas, así como cualquier otro documento extranjero que recoja datos identificativos del menor, **como el pasaporte** o los documentos de identidad, **no constituyen prueba plena sobre la edad**, filiación, matrimonio o emancipación del menor salvo que así venga reconocido expresamente por Convenio o Tratado internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).*

CONTRA LA SENTENCIA DEL TS



2. No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del artículo 25.1 LOEX serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- A) Presenten **signos de falsificación**, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados.
- B) Incorporen **datos contradictorios** con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero **o de que disponga la autoridad española competente.** (OJO inscripciones policía)
- C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos.
- D) Sean **contradictorios con previas pruebas médicas** sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española.
- E) Sea **patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia** entre los datos incorporados al documento público extranjero y la **apariencia física** del interesado.
- F) **Contradigan sustancialmente** los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento.
- G) Incorporen **datos inverosímiles.**

XXVIII

JORNADAS DE EXTRANJERÍA Y PROTECCION INTERNACIONAL

Abogacía Española CONSEJO GENERAL

75 1943 2018



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CÁDIZ

OBSERVACIÓN GENERAL Nº 12 (2009)

El derecho del niño a ser escuchado

74. No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida.

AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DE MENORES NO ACOMPAÑADOS

RESIDENCIA DE MENORES TUTELADOS

- Art. 196 R.Ex.
- 9 meses
- Art. 35.7 L.O. 4/2000: sin TIE és regular

Article 35.7 de la L.O. 4/2000:

7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.

Inicio del procedimiento:

- De oficio la Subdelegación,
- Por orden superior,
- Instancia de parte.
- Efectos retroactivos.

*En caso de inicio de oficio o por orden superior, la Oficina de Extranjería comunicará al menor el acuerdo de inicio del procedimiento a través del servicio de protección de menores **bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre**, interesando la aportación de la siguiente documentación, que igualmente será la que deberá ser aportada junto a la solicitud en los casos de inicio a instancia de parte:*

Renovación:

5. El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. El inicio del procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.

Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial.

La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

 **XXVIII** JORNADAS DE EXTRANJERÍA Y
PROTECCIÓN INTERNACIONAL

