

informacion@abogacia.es

De: Presidencia <presidencia@abogacia.es>
Enviado el: jueves, 24 de marzo de 2022 12:15
Para: DETERMINACIONEDAD@mjusticia.es
CC: SECRETARIA GENERAL TECNICA
Asunto: ALEGACIONES CGAE - CONSULTA PUBLICA PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE LA EDAD
Datos adjuntos: Alegaciones consulta pública APL procedimiento evaluación edad.pdf

Buenos días:

Adjunto se remiten las alegaciones formuladas por el Consejo General de la Abogacía Española en el trámite de consulta pública sobre el **Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad**.

Un cordial saludo.



**Abogacía
Española**
CONSEJO GENERAL

Paseo de Recoletos nº 13 - 28004 Madrid

Tel. 91 531 69 58

www.abogacia.es



Por favor, no imprimas este correo si no es necesario. Piensa en el medio ambiente.

La información contenida en este correo electrónico y, en su caso, en cualquier fichero anexo al mismo tiene carácter confidencial, está exclusivamente dirigida a su destinatario o destinatarios y es propiedad del Consejo General de la Abogacía Española.

Queda prohibida su divulgación, copia o distribución a terceros sin la previa autorización escrita del Consejo General de la Abogacía Española, en virtud de la legislación vigente. En caso de haber recibido este correo electrónico por error, por favor, contacte con el remitente del mensaje para su reenvío y proceda a destruirlo.



COMPROMETIDOS CON LA SALUD UNIVERSAL
#NOS JUGAMOS MUCHO

ALEGACIONES EN EL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE LA EDAD

El procedimiento de determinación de la edad establecido en España ha sido discutido y puesto en tela de juicio por todas las asociaciones y sociedad civil integradas en la plataforma de infancia. Las denuncias y procedimientos judiciales presentadas y amparadas por asociaciones integradas en la plataforma de Infancia han llevado a las instituciones europeas e internacionales, como el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas a constatar la vulneración de garantías, derechos fundamentales y derechos humanos en el iter procedimental.

Ya la Fiscalía en 2019, en su memoria anual, reconocía que el actual procedimiento:

“debería ser sustituido por un procedimiento específico de carácter administrativo sometido a recurso judicial directo, con disposición adecuada de personal facultativo especializado que unifique los criterios científicos de valoración. Con ello quedaría garantizado la unidad de criterio y se produciría un efecto corrector en todos los sentidos: eliminaría buena parte de las incertidumbres en los interesados (reconversión de la naturaleza de la decisión adoptada que dejaría de ser una medida cautelar provisionalísima, para convertirse en un acto administrativo recurrible ante la jurisdicción) y limitaría los casos de mayores de edad declarados menores de edad que alteran la normal convivencia en los centros”.

El nuevo procedimiento de determinación de la edad debe estar basado en las recomendaciones formuladas por las instituciones a nivel español e internacional que se han pronunciado al respecto, como es el caso del Defensor del Pueblo y el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, así como en la doctrina que dimana de las sentencias dictadas por los órganos judiciales españoles.

En particular, cabe resaltar cómo el Comité de los Derechos del Niño hasta el momento ha contestado a 7 comunicaciones individuales en materia de determinación de la edad en España, que han promovido Fundación Raíces, en las que se ha constatado que el procedimiento, tal y como está configurado en la actualidad, vulnera los siguientes artículos de la Convención:

- Artículo 3 CDN: interés superior
- Artículo 8 CDN, derecho a la preservación de la identidad
- Artículo 12 CDN, derecho a ser escuchado
- Artículo 20 CDN, protección de los niños privados de su medio familiar
- Artículo 22 CDN, derecho a solicitar el estatuto de refugiado
- Artículo 6 del Protocolo Facultativo de la CDN, adopción de medidas provisionales para evitar posibles daños irreparables en la víctima.

La Abogacía de la mano de la Plataforma de Infancia considera imprescindible establecer algunas condiciones de partida sobre las que debería desarrollarse cualquier propuesta de reforma:

1. **Presunción de Minoría:** en todo momento y hasta que no pueda ser demostrada la condición de joven adulto, deberá asegurarse el trato como niño o niña. Tal y como ha

observado el CDN, ello implica que el procedimiento de determinación de la edad deberá llevarse a cabo mientras el niño o la niña se encuentre protegido y atendido por los sistemas autonómicos de protección de la infancia.

2. **Garantizar en todo momento en el procedimiento la tutela judicial efectiva sobre todo en su vertiente de garantizar el derecho a ser escuchado:** El niño o la niña deberá contar con un representante y un intérprete durante todo el procedimiento. En el caso de que el representante no tenga la designación como abogado, se deberá garantizar la asistencia letrada. No proporcionar dichas garantías representaría una merma en los derechos de la infancia en el ejercicio de su derecho a ser oída e informada según el CDN. Para que esta garantía se materialice, se debe instar por ley la designación de oficio y la creación de turnos especializados sobre infancia en todos los colegios profesionales de España.
3. **El procedimiento de determinación de la edad solamente podrá llevarse a cabo en el caso de personas sobre las que existan dudas sobre su minoría de edad de acuerdo con su apariencia física y se encuentren indocumentadas** de acuerdo con la ya reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo dictó Sentencia Núm. 307/2020 estimando el Recurso de Casación e Infracción Procesal Núm. 2629/2019 e incorporando los criterios y recomendaciones formuladas por el CDN a su ya sentada jurisprudencia sobre este tema.

Desde 2014, el Tribunal Supremo ha establecido como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“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.”

La última Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2021, sostiene que: “no debían haber prevalecido sobre la edad que efectivamente figuraba en la documentación inicialmente aportada por el menor, y en la que posteriormente se aportó por su representación procesal ante el juzgado de primera instancia, dado que la misma en ningún momento llegó a ser impugnada. (...) Ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación.

El criterio jurisprudencial que se hace eco de las sugerencias del Comité de Derechos del Niño confirma que, si un menor extranjero cuenta con documentos que acrediten su identidad y edad, como acta de nacimiento, carta de identidad o pasaporte, no puede ser considerado indocumentado para ser sometido al procedimiento de determinación de la edad, y que la validez de la documentación solo puede ser impugnada a través de un procedimiento establecido:

Para garantizar la documentación de los menores, que por sí mismo no tendrían capacidad para obtenerla o que el sistema de protección se vea imposibilitado con sus recursos técnicos y humanos y las dificultades que ponen algunas Embajadas y la inexistencia de alguna misión diplomática en España, debe existir un procedimiento formal de cooperación internacional con las Embajadas y Consulados de origen para la identificación de los presuntos menores en caso de que se encuentren indocumentados, de manera que la comunicación con las Embajadas y Consulados para confirmar su identidad sea el primer paso y condición previa para poder incoar un procedimiento de evaluación de la edad.

El Tribunal Supremo no obstante deja claro que la declaración de mayoría de edad al entrar en territorio español no es un dato decisivo para dudar de la fiabilidad de la documentación y que el criterio de la apariencia física en los adolescentes no puede ser determinante para su edad. El niño o niña tiene derecho a mentir porque puede estar sugestionado por las mafias o por una situación concreta de estrés o por dejarse llevar por el asesoramiento de algún adulto.

4. Entendemos que el procedimiento judicial es el marco en el que se dan todas las garantías para asegurar la protección de los derechos de la infancia. Solo una autoridad judicial puede decidir sobre el estado civil de la persona, y siendo además una decisión que afecta al derecho a la identidad del presunto menor (El derecho a la identidad como derecho humano), solo un procedimiento judicial garantiza que esa limitación de derechos se efectúa en el marco de la Constitución y con las debidas garantías, y en particular las siguientes:

- **El procedimiento judicial permite la invocación y la aplicación directa de las garantías previstas en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos** de los Niños, cuyo objetivo es de “promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial” (no ante una autoridad administrativa). En consonancia con la Sentencia 64/2019 de 9 de mayo que reconoce el Convenio como derecho interno)
- **Derecho a ser oído y a participar en todo procedimiento que le afecte:** ya están previstas legalmente la intervención preceptiva de letrado (art. 31 LEC), de oficio o designado libremente por el menor, el nombramiento del Defensor Judicial (en una pieza incidental dentro del propio proceso) que complemente la capacidad del menor y que despeje cualquier posible conflicto de intereses que se pueda dar entre el menor y su tutor/guardador designado y las audiencias y posibles exploraciones al menor con las debidas garantías. Esta garantía esta desarrollada en el **artículo 9 de la LOPJM**

La STC 64/2019, de 9 de mayo: "[el] derecho del menor de edad a ser 'oído y escuchado', entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social [fue...] introducido por primera vez en el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, 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 núm. 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 este y su valoración (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996).

- Seguridad jurídica: ya están previstas las garantías y el sistema de recursos y remedios suficientes para solventar cualquier vulneración de derechos que pueda ocurrir en el transcurso del procedimiento.
- El acceso al sistema de recursos ya previsto en la normativa procesal civil, tanto frente a resoluciones interlocutorias como respecto de la decisión final sobre la edad que permite asegurar el principio de contradicción, teniendo en cuenta las implicaciones para el bienestar y protección del niño o la niña y la obligación de evitar su indefensión.
- La posibilidad de revisión o modificación posterior ante la aportación de nueva documentación, nuevas pruebas, a modo de lo previsto en el artículo 760 LEC
- El control judicial respecto de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la solicitud de evaluación de la edad, garantiza la eliminación de prácticas sistemáticas de determinación de edad que vienen existiendo en algunas comunidades autónomas y, en particular, en las llegadas marítimas a costa.

Naturaleza del procedimiento judicial: PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ESPECIAL DE CARÁCTER PREFERENTE

El procedimiento debe tener un enfoque de derechos de infancia y el interés superior del menor debe ser el principio que rija e inspire el proceso, debiendo determinarse formalmente ese

interés en el seno del procedimiento conforme a lo establecido en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

La iniciación del procedimiento judicial cuando sea determinante se debe promover de manera inmediata para garantizar los derechos de la infancia, conforme al artículo 14 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: *“Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal”.*

Entendemos que la jurisdicción civil es el marco judicial que mejor se adecúa a las garantías con las que debe contar el procedimiento de determinación de la edad pudiendo estructurarse con facilidad como un procedimiento declarativo especial de carácter preferente (de encaje perfecto en el Título I del Libro IV de la LEC), configurado desde un enfoque de derechos de la infancia.

Este procedimiento, se caracteriza por las siguientes fortalezas:

- La jurisdicción civil permite garantizar que prima la condición de menor de edad por encima de su condición de persona extranjera.
- Derecho humano a la identidad y seguridad jurídica: en el caso de que el juez o cualquiera de las partes (i.e. entidad de protección, Ministerio Fiscal) dudase de la autenticidad de cualquier documento que se presente, en la normativa procesal civil ya se prevén los mecanismos, tanto para impugnar el documento, como para consultar a las autoridades nacionales del interesado a fin de averarlo, y para, en su caso, suspender el procedimiento por posible prejudicialidad penal e incluso deducir testimonio para que la posible falsedad se investigue por la jurisdicción competente. Se evitarían arbitrariedades en este sentido.
- Interés superior del menor y presunción de minoría: el juez civil tiene la posibilidad de adoptar medidas cautelares de oficio cuando aprecie posible desamparo, aplicando la presunción de minoría de edad y ordenado la protección automática del menor (artículo 762 LEC), y también tiene una amplísima capacidad de actuación de oficio y de valoración de prueba. De esta manera puede realizar no solo la determinación de la edad, sino el seguimiento de la medida de protección misma y de su correcta aplicación, velando por el interés superior del menor durante todo el proceso.
- Con el procedimiento judicial se garantiza la intervención ya prevista de profesionales especializados en auxilio adscritos a los juzgados de lo civil: equipos psicosociales, intérpretes, pediatras, etc., que en un procedimiento de determinación de la edad resultan esenciales en ausencia de documentación del país de origen. Los y las profesionales que formen estos equipos multidisciplinares deberán estar debidamente formados y especializados en la determinación de la edad y emitirán los informes pertinentes sobre la evaluación de la edad, que serán valorados por el juez.
- La evaluación de la edad tendrá en todo caso un enfoque holístico y de derechos de la infancia, exigirá previo consentimiento del niño o la niña en cada una de las pruebas y respetará al principio in dubio pro minoris, como se ha pronunciado Comité de los Derechos del Niño en todos sus dictámenes.
- Las pruebas médicas si fueran precisas, deben acomodarse a lo reiterado por el Defensor del Pueblo por las directrices de expertos en medicina legal y como confirman los dictámenes del Comité de los Derechos del Niño. Se deben desterrar las pruebas médicas que se han demostrado tener amplios márgenes de errores y evitar las pruebas

invasivas, traumáticas y que vayan en contra de la dignidad. La prueba documental debe prevalecer sobre la científica salvo que la documentación haya sido invalidada mediante el procedimiento contradictorio correspondiente.

- AUSENCIA DE COSA JUZGADA. POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN POSTERIOR DE LA DECISIÓN En relación con lo previsto en los art. 222 y 447.4 de la LEC, se deberá prever expresamente que la Sentencia que recaiga en estos procedimientos carecerá de efectos de cosa juzgada, permitiendo si con posterioridad a que recaiga sentencia firme aparecen nuevas pruebas relativas a la edad del interesado, pueda solicitarse una modificación de la decisión ante el Juzgado que conoció del asunto en primera instancia. Debe permitirse al interesado y a cualquier parte con legítimo interés, que solicite la revisión de la edad evaluada si aparecieran pruebas que aporten posteriormente un grado mayor de exactitud, teniendo en cuenta las inmensas dificultades que hay en la práctica para la obtención de documentación del país de origen del menor y su derecho a no relacionarse con su país cuando sea solicitante de protección internacional.

En definitiva, el pleno disfrute de los derechos procesales como garantía del PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR:

- ✓ Derechos del menor a ser informado, oído y a participar en el proceso
- ✓ Expertos y profesionales con formación, informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar
- ✓ Participación de tutores o representantes legales, defensor judicial (en caso de conflicto de intereses), Ministerio Fiscal .
- ✓ La decisión sobre el menor tiene que incluir en su motivación los criterios, los elementos para ponderarlo y las garantías procesales
- ✓ Recursos revisión de la decisión.
- ✓ Derecho a asistencia jurídica gratuita

Por lo tanto, las claves en la consagración de las garantías del proceso judicial;

- **Es el derecho del menor a ser “oído y escuchado”** forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).
- **INTERES SUPERIOR DEL MENOR** La piedra angular en la actuación de todos los administraciones públicas y en la jurisdicción es garantizar el interés superior del menor, que 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. Como detalla la observación general núm. 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. (LA Sentencia 64/2019, de 9 de mayo -ECLI:ES:TC:2019:64 reconoce el Convenio como derecho interno).

- Consideración especial para aquellos menores con **especial vulnerabilidad** (con diversidad funcional , susceptibles de protección internacional , entre otras)

El establecimiento de un nuevo procedimiento de determinación de la edad completaría así un nuevo entorno normativo que mejoraría el anterior existente y supone un paso esencial de gran importancia desde la perspectiva de los mecanismos de protección a la infancia, ámbito especialmente sensible y en el que ha de contarse con iniciativas y actuaciones desde las diferentes áreas profesionales con perspectiva de infancia, instituciones públicas y judicatura para garantizar un marco de protección integral hacia la infancia.

Para garantizar una materialización real y práctica de los derechos humanos de la infancia es fundamental la presencia del profesional de la abogacía, para garantizar el derecho a ser escuchado y que en todas las actuaciones administrativas y procesales se consagre el interés superior del menor, dentro del abrigo de la Convención de derechos del niño.

Madrid 23 de marzo de 2022.