



XXIX

JORNADAS DE EXTRANJERÍA Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

14 y 15 de noviembre 2019

Madrid

El menor, el derecho a ser oído y la asistencia letrada

Albert Parés Casanova

Abogado social Ilustre Colegio Abogados de Barcelona

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)

- 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.

Jurisprudencia:

Tribunal Supremo, Sala Civil, Sentencia Nº: 13/2015 de 16/01/2015. Recurso Nº: 214/2014

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sentencia Nº 4464/2016 de 11/10/2016, Nº de Recurso: 1138/2016.

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*

***PROTOCOLO: NO ES NORMA.. NO ES NADA
(..bueno...algo será...)***

- *Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación Núm. 11/2017.*

SOJ CIE ICAB Barcelona

- *Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 10 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 22/2017 de 31 de mayo de 2019.*

Fundación Raíces

Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no acompañados, *Revista Española de Medicina Legal*, Volum 37 (núm. 1), p. 5-6.

Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España (2010); Pedro M. Garamendi González, Rafael Bañón González, Amadeo Pujol Robinat, Fernando F. Aguado Bustos, María Irene Landa Tabuyo, José Luis Prieto Carrero i Fernando Serrulla Rech; *Revista Española de Medicina Legal*. Volum 37 (núm. 1), p. 16-23.

Informe del Defensor del Pueblo:

- ¿MENORES O ADULTOS? Procedimientos para la determinación de la edad

PRINCIPIOS BÁSICOS:

- 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

DERECHO A SER ESCUCHADO

Convención de los Derechos del Niño

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o **por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.**

OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009)

El derecho del niño a ser escuchado

2. El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

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.

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;

Qué se afirma en el *Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación Núm. 11/2017*:

12.8 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor –no refutadas por el Estado parte- de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses en tanto que posible niño a su llegada y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité considera que los Estados partes deben designar a un 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. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad 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 oído. 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.

12.9 *A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor, quien alegaba ser un niño, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, y en particular el examen utilizado para determinar la edad del autor y la ausencia de un representante para acompañarlo durante dicho procedimiento, el Comité considera que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido el autor, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención.*

PREGUNTA PARA MATRÍCULA DE HONOR:

- Alguien se está preocupando para que en España cada menor tengo un abogado/representante?
Para cumplir con la normativa?

DETERMINACIÓN DE LA EDAD:

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

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.

Qué se afirma en el *Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación Núm. 11/2017*:

12.3 *El Comité considera que la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es imperativo 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 consecuencia, el Comité considera que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad.*

12.4 *El Comité recuerda que, 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 debida consideración 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 basarse en métodos médicos basados, en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, y tener amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios”.*

MENORES CON PASAPORTE:

Convenios internacionales válidos como norma interna:

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.***

Jurisprudencia:

Tribunal Supremo, Sala Civil, Sentencia N°: 13/2015 de 16/01/2015.

Recurso N°: 214/2014

**Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sentencia N° 4464/2016 de
11/10/2016, N° de Recurso: 1138/2016.**

Tribunal Supremo, Sala Civil, Sentencia N°: 13/2015 de 16/01/2015.

Recurso N°: 214/2014:

El recurso de casación coincide en algunos puntos con la cuestión planteada en el de infracción procesal sobre la validez de los documentos públicos en España y se señala que, desde el momento en que no se cuestiona la validez del pasaporte, la autoridad administrativa no puede iniciar los mecanismos tendentes a la averiguación de la edad real de la joven; razón por la que, para evitar reiteraciones, se van a resolver conjuntamente, para estimarlos, a partir de las conclusiones siguientes:

1.- El pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. Como tal, vale o no vale, con o sin visado, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tenga o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular.

Muchas gracias!!!!

albertparescasanova@icab.cat



Muchas gracias!!!!
albertparescasanova@icab.cat