

Gizon-emakume guztiak aske jaiotzen dira, duintasun eta eskubide berberak dituztela; eta ezaguera eta kontzientzia dituztenez gero, elkarren artean senide legez jakatu beharra dute (Giza Eskubideen Aldarrikapen Unibertsalaren 1. art.)



Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)

Referencia: 605/2011/31



SOS ARRAZAKERIA GIPUZKOA

PEÑA Y GOÑI 13-1º

20002 DONOSTIA/SAN SEBASTIAN

Estimada [REDACTED]

El objeto de este escrito es informarle de las actuaciones que hemos realizado con relación al expediente de queja 605/2011/31 que tiene por motivo el procedimiento que se ha seguido en la determinación de edad de un joven [REDACTED] [REDACTED] cuya partida de nacimiento señalaba que nació el 14 de enero de 1994.

Con anterioridad a que nos informara por escrito de fecha 22 de junio de 2011 de las nuevas circunstancias personales del menor, nos dirigimos al Gobierno Vasco solicitando información y trasladando las siguientes consideraciones con carácter previo que afectan al derecho a la defensa y al proceso por el que se determina la edad, que entendemos de aplicación en este caso.

"1.- Tanto en la Ley Orgánica de derechos y deberes de los inmigrantes en España y de su integración social (art. 35) como en el nuevo reglamento que la desarrolla (art. 190) se prevé que la determinación de la edad por parte del Ministerio Fiscal se hará en los casos en los que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad.

La determinación de la edad de una persona tiene importantes consecuencias en la consideración y tratamiento de las personas porque si se es menor de edad y se encuentra en situación de desamparo tiene que ser objeto de protección por parte de la Administración. En el caso de que sea mayor de edad va a tener la consideración de una persona extranjera adulta. Por lo tanto, el procedimiento por el que se determina la edad tiene que cumplir las garantías necesarias para que se ajuste a la realidad, y en el caso de que haya dudas razonables debe primar su consideración como persona menor de edad en cumplimiento del principio favor minoris.

Así mismo, la persona menor de edad debe ser informada de su derecho a realizar las pruebas de determinación de edad, de su derecho a negarse a realizarlas y de las consecuencias que implica. En opinión del Ararteko sería recomendable que se nombrara un abogado de oficio desde que la Policía o el Servicio de Protección a la Infancia de la Diputación Foral correspondiente tiene conocimiento de que un



Referencia: 605/2011/31

joven, que no tiene a ninguna persona adulta de referencia, puede ser menor de edad y no está documentada. Además, si tras la realización de las pruebas médicas de determinación de edad el Ministerio Fiscal decide que es mayor de edad dicha decisión debería poder ser recurrida por el abogado que le ha correspondido en turno de oficio. Esta decisión afecta a los intereses y derechos de esta persona y debe poder ser recurrida en aplicación del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Hay que tener en cuenta que en los casos en los que un menor extranjero no acompañado es atendido por el Servicio de Protección a la Infancia de la Diputación Foral y posteriormente se le hacen pruebas médicas y se determina por el Ministerio Fiscal que es mayor de edad, el cese de tutela acordado por la Diputación Foral se puede recurrir en vía judicial (y de hecho se han recurrido en la vía judicial numerosos ceses de tutela). En consecuencia, también debe ser recurrible la decisión que da lugar a que no se haga efectiva ninguna medida de protección porque las pruebas médicas que se han realizado para comprobar la edad de esta persona y el decreto de fiscalía determinan que es mayor de edad. Esta decisión afecta a su estado civil, y en todo caso a sus intereses y derechos, como hemos señalado anteriormente.

En este caso, además, disponía de una partida de nacimiento con una fecha de nacimiento inferior a la que señaló el Ministerio Fiscal en la determinación de la edad. Esta partida de nacimiento no estaba legalizada pero, al menos, pone de manifiesto que existe una controversia con relación a la edad. Además, las pruebas médicas de determinación de edad, como luego señalamos, tienen un margen de error.

El derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva se reconoce a todas las personas con independencia de la edad. Es necesario que se pongan en marcha medidas que permitan su ejercicio¹. Es importante insistir en que las actuaciones

¹ El derecho a la defensa de los menores extranjeros no acompañados ha sido objeto de otros informes, como el del Defensor del Pueblo "Informe sobre Asistencia Jurídica a los extranjeros en España", también de la Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados, 2006 ; y por el Consejo General de la Abogacía Española, Recomendación sobre la asistencia jurídica a menores extranjeros no acompañados adoptada en acuerdo de 19 de enero de 2007. En todas ellas se señala que los menores deberían recibir asistencia jurídica independiente de la Administración, como es el turno de oficio colegial, con el fin de asegurar que los procesos administrativos o judiciales se lleven a cabo teniendo en cuenta su interés superior. También aparece en el informe 2009 de UNICEF "Realidad Jurídica y social de los menores extranjeros en España": "Debe regularse y garantizarse expresamente el derecho de asistencia letrada para todas las cuestiones que afecten al menor en el ámbito jurídico. Independientemente de la intervención del Ministerio Fiscal, es necesario procurar dicha asistencia letrada, dados los conflictos que surgen entre sus intereses y la Administración pública. Esta



Referencia: 605/2011/31

dirigidas a la determinación de la edad requieren especial atención por las importantes consecuencias que implica la consideración de un joven extranjero como mayor o como menor de edad, por lo que las pruebas se deben realizar con las mayores garantías y las personas deben ser informados adecuadamente de las mismas, de sus consecuencias y de su derecho, a consentir o no su realización, y a conocer las consecuencias de su negativa a practicarlas²; así mismo, debe estar garantizado el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

2.-En el Documento de consenso de buenas prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España de 7 de octubre de 2010, que se adjunta como documento nº 1, se aprobaron unas conclusiones por parte de los institutos de medicina legal, incluido el Instituto Vasco de Medicina Legal y se acordó el "Documento de recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados". En el mismo se señala, entre otras cuestiones, que la estimación médica de la edad debe realizarse por profesionales con formación específica acreditada y preferentemente en un Instituto de Medicina Legal. Estos informes deben especificar el porcentaje de incertidumbre o desviación estándar. Cuando se reciben informes que por no incorporar la horquilla de edades o que por cualquier otro motivo deban considerarse insuficientes, habrán de solicitarse las ampliaciones o aclaraciones oportunas; no son admisibles informes en los que se haga referencia a que la edad es de aproximadamente 18 años, o expresiones similares. En la reunión que personal del Ararteko mantuvo con el Departamento de Justicia y Administración Pública, Dirección de Justicia, sobre esta cuestión el Departamento nos trasladó la voluntad de impulsar un procedimiento único y garantista en toda la Comunidad Autónoma semejante al que se ha acordado en el mencionado documento, en el que participó activamente. No obstante, en este caso no parece que se hayan cumplido dichas recomendaciones en la determinación de la edad del joven [REDACTED].

Por otro lado, quisiera mencionar otra actuación del Ararteko, la relativa al expediente de oficio, 60/2009/310 que tiene por objeto la necesidad de elaboración de un protocolo común de actuación para el acogimiento de urgencia de las personas extranjeras menores de edad, que fue dirigida, entre otros al

asistencia letrada le proporcionará un trato más personal y una garantía en la defensa de sus derechos".

² Conclusiones del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería. Madrid, 20 de abril de 2010; conclusiones fijadas en las jornadas de Fiscales especialistas de menores celebradas en León los días 5 y 6 de noviembre de 2009; consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.



Referencia: 605/2011/31

Departamento de Justicia y Administración Pública. Este Departamento en su respuesta nos derivó al Departamento de Empleo y Asuntos Sociales, por ser la Dirección de Inmigración y de Gestión de la Diversidad la encargada de coordinar su elaboración. El protocolo está previsto en el Decreto 131/2008, de 8 de julio, regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social, Disposición Adicional Sexta. El Departamento de Empleo y Asuntos Sociales nos ha comunicado el 30 de marzo de 2011 que se ha dado inicio al proceso de elaboración del "Protocolo común de actuación para el acogimiento de urgencia de las personas extranjeras menores de edad no acompañadas" con la solicitud de designación de los representantes de las distintas instituciones. Según nos han informado el 21 de marzo de 2011 han remitido a las tres diputaciones forales, a la Ertzaintza y a la Fiscalía Superior, la solicitud de designación de un o un representante para participar en la comisión mixta creada para la elaboración y redacción del citado protocolo. Se preveía la primera reunión a principios de mayo.

La elaboración de un protocolo único, con las variantes necesarias que requiera su aplicación en los distintos Territorios Históricos, sirve para garantizar que se van a respetar los derechos de los menores y para que queden claras las responsabilidades de las distintas partes. Este protocolo debe recoger la complejidad y variedad de las actuaciones que se deben hacer, así como el establecimiento de las garantías necesarias en el cumplimiento de los derechos de los menores. La presente queja muestra de nuevo la necesidad de disponer de un protocolo común y de establecer las pautas a llevar a cabo por las distintas Administraciones e Instituciones Públicas con las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos por parte de los menores extranjeros no acompañados. Por ello vamos a informar del presente expediente al Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco por ser, como hemos mencionado anteriormente, el Departamento que está coordinando la elaboración del Protocolo común de actuación para el acogimiento de urgencia de las personas extranjeras menores de edad no acompañadas y entender el contenido de esta queja de interés para el mismo".

En el escrito solicitamos información sobre las siguientes cuestiones:

"a) Si el Instituto Vasco de Medicina Legal ha participado en la determinación de edad de [REDACTED] y cual ha sido el procedimiento que ha seguido y en el caso de que no haya participado cuáles son los motivos por los que no lo ha hecho.



Referencia: 605/2011/31

- b) *Su opinión sobre las consideraciones relativas a la necesidad de que las personas que señalan ser menores de edad dispongan de información adecuada en presencia de un abogado independiente desde el momento que se le comunica en sede policial (o en un Servicio de Protección a la Infancia) que se le van a realizar diversas pruebas médicas por ser menor de edad y estar indocumentado.*
- c) *Su opinión sobre las consideraciones relativas a la posibilidad de establecer las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita para recurrir la decisión del Ministerio Fiscal que determina que no es menor de edad (con las consecuencias de no declararle en situación de desamparo ni asumir la tutela por parte de la Institución de Protección, en este caso Diputación Foral de Gipuzkoa).*
- d) *Cualquier otra cuestión de interés relacionada con los hechos anteriores”.*

El Departamento de Justicia y Administración Pública ha respondido a esta institución lo siguiente:

Con relación al apartado a) “ Si el Instituto Vasco de Medicina Legal ha participado en la determinación de edad de [REDACTED] y cual ha sido el procedimiento que ha seguido y en el caso de que no haya participado cuáles son los motivos por los que no lo ha hecho”, el Departamento de Justicia y Administración Pública ha contestado “que el Instituto Vasco de Medicina Legal, y en concreto la Subdirección de Gipuzkoa no ha participado en la determinación de edad de [REDACTED] ni en ninguna otra actuación en relación con el mismo porque no ha sido requerido para ello”.

En cuando al apartado b), “Su opinión sobre las consideraciones relativas a la necesidad de que las personas que señalan ser menores de edad dispongan de información adecuada en presencia de un abogado independiente desde el momento que se le comunica en sede policial (o en un Servicio de Protección a la Infancia) que se le van a realizar diversas pruebas médicas por ser menor de edad y estar indocumentado ”, nos trasladan la opinión de que “es absolutamente necesario proveer de asistencia jurídica a los menores que quieran recurrir las Órdenes Forales de cese de tutela o no asunción de la misma por razones de edad. Esta opinión ha llevado a que en el Decreto de Justicia, actualmente en tramitación, se provea de modo expreso esta Asistencia Jurídica.



Referencia: 605/2011/31

Con respecto al apartado c) *"Su opinión sobre las consideraciones relativas a la necesidad de que las personas que señalan ser menores de edad dispongan de información adecuada en presencia de un abogado independiente desde el momento que se le comunica en sede policial (o en un Servicio de Protección a la Infancia) que se le van a realizar diversas pruebas médicas por ser menor de edad y estar indocumentado"* no muestran su conformidad a las consideraciones remitidas por el Ararteko, su opinión divergente es la siguiente:

"Partiendo de la premisa de que el Ministerio Fiscal_Órgano Constitucional que tiene atribuida entre otras funciones la defensa de los intereses de los menores-velará porque la información adecuada sea facilitada al menor y los sea en términos comprensibles, teniendo en cuenta la previsión de que se acabar de hacer referencia en la respuesta anterior, resultaría que la eventual falta de información que en algún caso pudiera producirse siempre podrá ser esgrimida por el letrado del menor afectado como uno de los motivos de recurso de la Orden Foral de que se trate, con lo que los derechos del mismo quedaría en todo caso protegidos".

En definitiva, el Gobierno Vasco muestra su conformidad con el derecho a la asistencia jurídica gratuita para recurrir la no asunción de tutela cuando el motivo ha sido que la Fiscalía haya determinado la mayoría de edad.

En cuanto al derecho a la información de los derechos de los que es titular y de los recursos que el menor puede formular se deja en manos de la Fiscalía. En opinión de esta institución esta garantía no es suficiente.

Como sabe, el criterio que mantiene esta institución es que es necesario que se establezcan protocolos de actuación que determinen las pautas de actuación en los casos en los que en nuestra Comunidad se halle un menor extranjero no acompañado. Se trata de evitar que un menor extranjero no ejercite su derecho a estar protegido por la Diputación Foral correspondiente y/ o en su caso su derecho a la defensa.

Esta institución tiene abierto un expediente de queja (60/2009/310) y ha mantenido diversas reuniones con este motivo. El Gobierno vasco nos ha informado que está avanzando en la elaboración del protocolo común. **La necesidad de que el menor extranjero ejercite su derecho a la protección y a la defensa nos parece de enorme trascendencia por lo que esta institución continuará insistiendo sobre su urgencia tanto en el curso del expediente 60/2009/310, como en las reuniones que mantenga con el Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales y la Fiscalía, así como en otras actuaciones que esta institución tiene previstas llevar a cabo sobre esta materia, que le daremos cuenta.**



Referencia: 605/2011/31

Por último, le informo de que hemos recibido su queja relativa a la falta de asunción de tutela por parte de [REDACTED] en la que nos comunica que se ha recurrido la falta de asunción de tutela por haber decretado la fiscalía la mayoría de edad, expediente 1186/2011/31.

Con relación a este expediente de queja quisiera, en primer lugar, agradecerle la información remitida. En segundo lugar, le comunico que, al estar en vía judicial, no podemos dirigirnos a la Diputación Foral de Gipuzkoa. En cuanto a la vulneración del derecho a la defensa, a la vista de la respuesta remitida por el Departamento de Justicia (expediente 605/2011/31), valoramos que la respuesta sería la misma, por lo que le remito a lo señalado anteriormente con relación al expediente 60/2009/310, y al resto de las actuaciones mencionadas.

Le envió un afectuoso saludo,

Iñigo Lamarca Iturbe
Ararteko

Vitoria-Gasteiz, 16 de agosto de 2011