

El Tribunal Supremo zanja la problemática de la determinación de la edad de los niños y niñas que llegan solos a España

En un Recurso de Casación interpuesto por Fundación Raíces el Tribunal Supremo pone fin al asunto del procedimiento para determinar la edad de los menores extranjeros incorporando la doctrina del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas

25 de junio de 2020- Mamadou nació el 14 de noviembre de 1999 en Bamako. (Mali). El mayor de 3 hermanos, en 2006 con su familia se fue al norte de Mali y en Gao vivieron unos 6 o 7 años, hasta el **estallido de los conflictos bélicos a principios de 2012**, donde sus 2 hermanos pequeños fueron secuestrados por un grupo armado radical. Mamadou intenta, sin éxito, durante varios meses encontrar a sus hermanos. El conflicto empeora y huye por miedo a que le recluten a él.

En 2013, con tan solo 14 años, sale de su país hacia Argelia, realizando varios tramos del viaje a pie. Allí sobrevive 3 meses recogiendo hortalizas en el campo y ganando dinero para poder cruzar a Marruecos. Como es pequeño, sus compatriotas a veces le ayudan con la comida. Atraviesa Argelia y cruza la frontera con Marruecos. De ahí a Fez, a Nador y después al Monte Gurugú, donde pasa meses malviviendo en el bosque, a la espera de cruzar a Europa.

El 2 de diciembre de 2014, con 15 años, entra en Melilla y en febrero de 2015, tratado como adulto, le trasladan a la península e ingresa en un Programa de Atención Humanitaria donde detectan que es claramente menor de edad. De allí es derivado a Fundación Raíces y con la ayuda de esta entidad consigue tramitar su documentación en la Embajada de Mali en Madrid.

En 2015 Fundación Raíces acompaña al menor a la Fiscalía de Menores de Madrid solicitando el reconocimiento de la minoría de edad de Mamadou, para su inclusión en el sistema de Protección a la Infancia. Pero la Fiscalía no da validez a la documentación original expedida por la Embajada de Mali y dicta un Decreto de Mayoría de edad, decide que Mamadou tiene 18 años. La Comunidad de Madrid deniega la tutela a Mamadou, aludiendo al Decreto de la Fiscalía y le deja en situación de desamparo con un pasaporte en una mano que acredita que tiene 16 años y un Decreto de un Fiscal en la otra, que dice que tiene 18 años.

A partir de ahí, ante el riesgo que existe de que los menores de edad que llegan solos a España, si no son correctamente identificados y protegidos, puedan desaparecer o pasar a ser víctimas de redes de explotación o trata, Fundación Raíces con el único objetivo de que Mamadou sea protegido, procura el apoyo social que Mamadou necesita e inicia una batalla jurídica que les ha llevado 5 años, en la que tras haber pasado por varios Juzgados de lo Civil, la Audiencia Provincial y solicitar una medida cautelar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han llegado al Tribunal Supremo con este caso.

La Sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso de Fundación Raíces y **falla que:** *“cuando se dictó la resolución de fecha 8 de octubre de 2015 por la Jefa del Área de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid el demandante era menor de edad y debía haber quedado bajo la protección que le dispensa la ley a los menores no acompañados”*.

Además, establece claramente que, en esta materia, *“el criterio prioritario debe ser la protección del menor que se encuentran en nuestro país sin familia, circunstancia que le hace especialmente vulnerable. Como consecuencia, la “interpretación de los textos legales debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante para España, conforme a los arts. 96 y 10.2 de la Constitución Española) que en su art. 3.2 ordena que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Y esto incluye especialmente a las consideraciones de política migratoria, donde el criterio prioritario debe ser también el Interés superior del Menor.

Fundación Raíces lleva años intentando hacer valer la **jurisprudencia que ya sentó el Tribunal Supremo en 2014 y 2015**, avalada por los **Informes y recomendaciones del Defensor del Pueblo, los dictámenes del Comité sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas** y las **medidas cautelares** que este Comité solicitó adoptar a España en más de 7 casos, tampoco tenidas en cuenta por el Ministerio Fiscal.

A raíz de la Sentencia, **la Fiscalía debe revisar de inmediato sus actuaciones en materia de identificación, determinación de la edad y protección de los niños y niñas que llegan solos a España**, pues casos como el de Mamadou no cesan de llegar a entidades como Fundación Raíces. Y en concreto debe tener en cuenta que después de esta Sentencia se sienta como jurisprudencia, que :

1. Si un menor extranjero aporta partida de nacimiento no está indocumentado y de los documentos que aporte un menor tales como carta nacional de identidad, certificado de la oficina consular y/o pasaporte resulta acreditada la identidad y la edad. (...) cuando se emite el primer decreto de minoría de edad por la Fiscalía, el demandante no estaba indocumentado, pues aportó una partida de nacimiento fechada a 25 de marzo de 2015. En el momento en que se dicta el decreto de no revisión el 21 de septiembre de 2015 el menor había aportado además un carné de identidad expedido por el Consulado de Malí (expedido el 15 de junio de 2015), un certificado de la Embajada de Malí (de fecha 22 de junio de 2015) y el pasaporte (expedido el 1 de agosto de 2015). De todos ellos resultaba su identidad y que era menor de edad.
2. “El valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes de los países de origen debe prevalecer sobre las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expedieron y que tampoco presenta indicios de manipulación, sobre todo cuando lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor es hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores”.
3. La declaración de mayoría de edad al entrar en territorio español no es un dato decisivo para dudar de la fiabilidad de la documentación “pues es conocido que declaraciones en tal sentido se hacen por quienes son menores creyendo que así encontrarán trabajo o, tal y como en el caso explicó el demandante –según expone el propio Fiscal–, que es el modo de pasar a la península, ir a Madrid y no quedarse en un centro de internamiento en Melilla,...Estas explicaciones resultan creíbles ante una política sobre menores extranjeros no acompañados orientada al retorno del

menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país”.

4. No es determinante tampoco el criterio de la apariencia física en los adolescentes, “*pues no en todos los casos la apariencia física de los adolescentes revela indubitadamente su minoría*”.
5. La negativa a someterse a las pruebas no puede considerarse como un criterio decisivo para sospechar la mayoría de edad, “*Tampoco es un indicio decisivo para dudar de la menor edad afirmada por el interesado y avalada por una documentación oficial no impugnada la negativa a someterse a las pruebas médicas. Tal negativa no carece de justificación y es coherente tanto con las razones defendidas en el recurso en el sentido de estar documentado por un pasaporte no invalidado y acreditativo de su menor edad como con la exigencia de que las pruebas de determinación de la edad no se practiquen de manera indiscriminada, tal y como ahora recoge el art. 12.4 LOPJM*”

Desde Fundación Raíces recordamos que **el Congreso de los Diputados en 2017 aprobó una Proposición No de Ley que instaba al gobierno a reformar el art. 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor para *garantizar que ningún niño, niña o adolescente que tenga documentación acreditativa de su edad sea sometido al procedimiento de determinación de la edad.***

El actual gobierno tiene la oportunidad de incorporar la ya asentada y hoy reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del Comité de Derechos del Niño al ordenamiento jurídico español, a través de las enmiendas a la Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia contra la Violencia, así como en el Modelo compartido de Atención Integral a la Infancia y Adolescencia Migrante no Acompañada que está elaborando.

Para Fundación Raíces, además, tal y como también señala Naciones Unidas, **la competencia para la determinación de la edad debe recaer en los órganos judiciales y no en el Ministerio Fiscal**, pues ello permitiría a los niños y niñas contar con todas las garantías necesarias, como la asistencia letrada o la posibilidad de un recurso judicial directo, para defender su minoría de edad en un procedimiento justo.

M.K hoy ya tiene 21 años, tiene gran motivación para el estudio y capacidad de aprendizaje y superación. Se ha formado en clases de castellano, taller de mecánica de motos, curso de cortador de Jamón, curso de ayudante de Cocina, etc. En la actualidad trabaja como ayudante de cocina en un restaurante colaborador del programa Cocina Conciencia de Fundación Raíces. Vive en un piso alquilado que comparte con otro joven, y aunque por el Covid la empresa en la que trabaja se ha tenido que acoger a un ERTE, el 1 de Julio volverá al restaurante.

Según Mamadou K., joven que ha ganado la Sentencia:

“Cuando llegué con 15 años no tenía a nadie aquí, no sé por qué dijeron que no era menor”.

“El Fiscal con un papel, dijo que no era menor y me echaron a la calle,..., dijeron que era mayor pero nadie me cambió mis documentos, mi pasaporte y ese es el que he tenido siempre y el que me ha valido para mi permiso de residencia”

“Ahora dicen que todo fue un error, que yo tenía razón, estoy contento, yo no quiero que esto le pase a ningún compañero mío, porque lo he pasado muy mal, se pasa fatal siendo menor y teniendo que estar en un centro de adultos, no puedes estudiar, lo que hagas a todo el mundo le da igual, no tienes protección”.

Según Lourdes Reyzábal, presidenta de Fundación Raíces:

“Esta Sentencia es todo un logro, que esperemos se traduzca en un cambio legislativo como en el año 2009 consiguió el abogado Nacho de la Mata con la Sentencia del tribunal Constitucional que puso fin a las repatriaciones sin garantías de los niños y niñas que llegan solos a España”.

“Otros niños y niñas, con similares circunstancias y documentación, quedan habitualmente en la calle por ser determinados mayores de edad y no encontrar en su camino a nadie dispuesto a creerles, protegerles y defender sus derechos. Por ello se hace indispensable un cambio político y legislativo que asegure la efectiva protección de los niños y niñas que llegan solos a España”.

*Llevamos **más de 11 años denunciando** que la Fiscalía somete sistemáticamente a los menores extranjeros no acompañados a pruebas de edad intrusivas y denigrantes como desnudos integrales para la exploración de sus genitales. Pruebas muy cuestionados por la comunidad científica, por sus inexactos resultados”*

*“En los últimos años han llegado a nuestra sede **más de 250 niños y niñas de países del África Subsahariana y de, cuya minoría de edad ha sido negada por la Fiscalía a pesar de tener documentación oficial de sus Embajadas y Consulados.** Esta documentación nunca es cuestionada por la Fiscalía cuando quien la porta son ciudadanos adultos de esos países o niños que llegan a España acompañados por sus padres. Solo cuando son niños y niñas solos de Marruecos, Argelia o países del África Subsahariana”.*

Para más información:

Fundación Raíces-

Lourdes Reyzábal (Presidenta) 609 05 05 49

lourdes.reyzabal@fundacionraices.eu