

RESOLUCIÓ DE LA SÍNDICA DE GREUGES EN L'ACTUACIÓ D'OFICI TRAMITADA EN MATÈRIA D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLESCÈNCIA I RELATIVA AL TRACTAMENT DELS MENORS D'EDAT ESTRANGERS INDOCUMENTATS NO ACOMPANYATS D'ADULTS RESPONSABLES

TRAMITACIÓ

- El dia 2 de juliol de 2015 , va presentar en aquesta Sindicatura de Greuges una queixa (15Q0653) que feia referència a un adolescent estranger en risc, la qual va ser admesa a tràmit i reorientada per ser tractada d'ofici atès l'interès general que comportava. En el present expedient s'acumulen a aquella primera iniciativa d'altres entrades successives (15Q0955, 15Q1006, 16Q0139, 16Q0348 i 16Q0713) ja que tenen el mateix origen i la mateixa causa de petició de la intervenció de la Sindicatura de Greuges.
- Per efectuar l'estudi d'aquestes queixes va ser designada per la síndica l'assessora senyora Montserrat Saltó per aprofundir en els aspectes socials i jurídics que comportaven.
- L'estudi per a la comprovació dels fets presumptament greujosos ha comportat, en síntesi, l'estudi de les circumstàncies concurrents, l'anàlisi de la normativa aplicable i l'observació de si s'havien aplicat els principis de bona Administració per a la salvaguarda dels drets fonamentals a la ciutat. Amb aquesta finalitat, es van demanar tres informes a l'Ajuntament amb dates 20 d'octubre de 2015, 30 de novembre de 2015 i 16 de desembre de 2015, i es va obtenir informació documental de la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (DGAIA), i de la Fiscalia de Menors. Posteriorment es van rebre dues noves queixes per la mateixa problemàtica, i el 3 de maig de 2016 es va mantenir una entrevista ampliativa amb l'advocat senyor Parés per contrastar informacions.
- El 23 de setembre de 2016 l'assessoria de la síndica de greuges, a partir de la documentació oficial aportada per la persona inicialment promotora, la informació facilitada pels organismes competents i l'anàlisi dels fets i la normativa aplicable va emetre un informe proposta amb les consideracions següents.

CONSIDERACIONS

Descripció de la queixa

L'advocat del torn d'ofici que va tenir la iniciativa de demanar la intervenció de la síndica de greuges en interès dels menors indocumentats arran de l'experiència de diversos casos que havia defensat d'ofici va manifestar la seva preocupació per

l'actuació que segueixen els educadors de carrer a la ciutat de Barcelona, davant la detecció de menors estrangers indocumentats no acompanyats.

Exposa que els menors estrangers no acompanyats són posats a disposició de la Fiscalia per part dels educadors de carrer, en lloc de ser posats a disposició de la DGAIA.

Considera que, en aquestes experiències seves i d'altres situacions similars de les que ha tingut coneixement, l'Ajuntament de Barcelona està vulnerant el que estableix la normativa en matèria de protecció de menors i, per tant, els drets d'aquests.

Demana que s'esbrini si existeix algun tipus de protocol o marc d'actuació per part de la DGAIA i l'Ajuntament de Barcelona o qualsevol altre organisme que exigeixi que un menor immigrant hagi de ser posat a disposició de la Fiscalia abans de ser posat a disposició dels serveis de protecció de menors.

Posició municipal

Dels informes municipals emesos per la Direcció d'Acció Social se'n desprèn:

- ✓ Existeix un Servei de Detecció i Intervenció (SDI) amb menors no acompanyats que intervé en casos com els plantejats.
- ✓ Aquest SDI informa els interessats si una documentació concreta pot considerar-se vàlida segons els criteris de la Fiscalia per acreditar la identitat (per exemple en cas de disposar només de la fotocòpia de la partida de naixement sense fotografia), i davant la situació d'indocumentat s'orienta que, segons el protocol de la DGAIA, el jove "ha de dur a terme la seva compareixença davant la Fiscalia de Menors per tal d'iniciar el procés de protecció i poder rebre l'atenció a un centre de menors. (...) Que la Fiscalia durà a terme una valoració biomètrica per determinar l'edat del jove i que, en cas de ser considerat major d'edat pel metge forense, podria no rebre atenció definitiva per part de la DGAIA."
- ✓ Els professionals del SDI duen a terme l'acompanyament i compareixença del jove a l'Oficina d'Atenció al Menor (OAM) dels Mossos d'Esquadra i queda sota la seva atenció immediata (en un dels casos roman fins al dia següent, passa la nit a l'OAM i ingressa després provisionalment al centre Coda, on roman 15 dies, i en decretar-se la majoria d'edat ha de marxar i ja no es torna a posar en contacte amb l'SDI). En els altres dos casos informats no va intervenir l'SDI.
- ✓ Existeix un Dispositiu d'Atenció a Joves Vulnerables del Consorci de Serveis Socials al qual poden accedir els joves estrangers immigrants que hagin estat decretats majors d'edat, a través del qual poden tenir accés a l'allotjament en un pis gestionat per una entitat aliena.
- ✓ El protocol que la DGAIA té establert i el que segueix el servei municipal SDI en el cas d'acompanyament de nouvinguts per a la seva protecció immediata és:
 - Detecció dels menors nouvinguts sense referents familiars.
 - Informació al menor dels requeriments de la xarxa de protecció i de les característiques del servei.
 - Acompanyament a la Fiscalia de Menors per tal que aquesta institució procedeixi a la identificació del menor i la derivació als serveis competents de protecció de menors.
 - Coordinació amb la Fiscalia per tal de determinar si el menor comparegut ha estat derivat o no als serveis de protecció de menors. En el cas que s'hagi produït aquesta derivació, l'SDI emet un informe adreçat a la DGAIA amb les dades que s'hagin pogut recollir en el moment de la detecció del menor.
 - Una vegada realitzada la compareixença a la Fiscalia, els educadors intervenen en la mesura que siguin localitzats al carrer i són adreçats als

recursos d'acolliment disponibles de la xarxa d'atenció social tant municipal com d'entitats.

A més, el director d'Acció Social ratifica que l'SDI segueix estrictament les indicacions rebudes per la DGAIA en relació amb l'acompanyament de menors nouvinguts per a la seva protecció immediata, i informa que, si es vol canviar el protocol, caldria realitzar els requeriments a la Fiscalia de Menors i a la DGAIA, institucions responsables de determinar els protocols d'acompanyament dels menors nouvinguts i de realitzar les derivacions pertinents.

D'altra banda, consta documentalment com en almenys un cas (exp. 16Q0713) els educadors de carrer compareixen davant la DGAIA, i el 14 de juliol de 2015 diuen que al presumpte menor "se'l compareix a Fiscalia", el 10 havia anat als Mossos, el 13 a l'Hospital Clínic, el 14 a la Policia Nacional; finalment consta que el dia 13 s'havia dictat una Resolució d'atenció immediata que es va lliurar al Centre d'Acolliment Mas Pins, i aquest centre justifica que no s'ha pogut notificar a l'interessat perquè en el moment de rebre-la aquest ja no era al centre "per haver donat major d'edat".

Normativa aplicable

Són directament aplicables a aquesta situació els principis rectors i les normes de compliment obligat següents:

- L'article 1 de la Constitució quan vincula l'Estat social de dret amb els valors superiors de llibertat, justícia i igualtat.
- L'article 9 de la Constitució espanyola, que estableix que correspon als poders públics promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu siguin reals i efectives i remoure els obstacles que n'impedeixin o en dificultin la plenitud.
- L'article 39 de la Constitució, que disposa que els infants gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets.
- L'article 103 de la Constitució espanyola estableix que l'Administració pública serveix amb objectivitat els interessos generals i actua d'acord amb els principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, amb submissió plena a la llei i al dret.
- L'article 105 de la Constitució espanyola regula el procediment a través del qual han de fer-se els actes administratius.
- L'Estatut d'autonomia de Catalunya, ja que el seu article 40.3 diu que els poders públics han de garantir la protecció dels infants, especialment contra tota forma d'explotació, d'abandonament, de maltractament o crueltat i de la pobresa i els seus efectes, i que en totes les actuacions portades a terme pels poders públics o per institucions privades l'interès superior de l'infant ha de ser prioritari.
- L'Estatut d'autonomia de Catalunya, ja que a l'article 84 garanteix als municipis un nucli de competències pròpies que han de ser exercides per les entitats amb plena autonomia, subjecta només a control de constitucionalitat i de legalitat, i afirma que els governs locals de Catalunya tenen en tot cas competències pròpies sobre –entre altres matèries– la regulació i la prestació dels serveis d'atenció a les persones, dels serveis socials públics d'assistència primària i foment de les polítiques d'acolliment dels immigrants.

- La Llei orgànica 4/2000, de drets i llibertats dels estrangers a Espanya, estableix el dret dels menors immigrants no acompanyats als necessaris serveis socials al marge del procediment de determinació de la minoria d'edat en cas de dubte raonable.
- La Llei 12/2009, reguladora del dret d'asil, al seu article 48 sobre menors no acompanyats determina que els menors no acompanyats sol·licitants de protecció internacional han de ser remesos als serveis competents en matèria de protecció de menors i s'ha de posar el fet en coneixement del Ministeri Fiscal.
- La Llei orgànica 1/1996, de protecció jurídica dels menors, modificada per la Llei orgànica 8/2015, estableix mesures per facilitar l'exercici dels seus drets.
- La Llei 14/2010 del Parlament de Catalunya, de drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA), regula la intervenció municipal en situacions de risc dels infants i adolescents, així com la prevenció.
- La Llei 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona, estableix la competència municipal en els serveis socials bàsics (1r. nivell).
- D'altra banda, la Carta Europea de Salvaguarda dels Drets Humans a la Ciutat, signada per l'Ajuntament de Barcelona, estableix que en el marc del respecte de la llibertat d'elecció en l'àmbit educatiu, religiós, cultural i polític, les autoritats locals adopten totes les mesures necessàries per protegir la infància i la joventut i que les autoritats locals creen les condicions adients a fi que els infants puguin gaudir de la seva infantesa (art. XIV).
- La Carta de Ciutadania. Carta de Drets i Deures de Barcelona compromet l'Ajuntament (article 22) que totes les persones menors d'edat tinguin dret a tenir condicions d'existència que els permetin el seu desenvolupament integral, i en particular en el dret a la prevenció i l'atenció davant de situacions de discriminació, risc o desemparament.

Valoració i conclusions

La Llei del dret d'asil diu que els menors no acompanyats sol·licitants de protecció internacional han de ser remesos als serveis competents en matèria de protecció de menors i s'ha de posar el fet en coneixement del Ministeri Fiscal. Diu seguidament que en els casos en què la minoria d'edat no es pugui establir amb seguretat, s'ha de posar el fet en coneixement immediat del Ministeri Fiscal, que ha de disposar el que calgui per determinar l'edat del presumpte menor, per a la qual cosa han de col·laborar les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari i urgent, han d'efectuar les proves científiques necessàries. La negativa a sotmetre's a aquest reconeixement mèdic no impedeix que es dicti resolució sobre la sol·licitud de protecció internacional. Determinada l'edat, si es tracta d'una persona menor d'edat, el Ministeri Fiscal l'ha de posar a disposició dels serveis competents de protecció de menors.

També estableix la Llei d'asil que de forma immediata s'han d'adoptar mesures per assegurar que el representant de la persona menor d'edat, nomenat d'acord amb la legislació vigent en matèria de protecció de menors, actuï en nom del menor d'edat no acompanyat i l'assisteixi respecte a l'examen de la sol·licitud de protecció internacional.

La Llei d'estrangeria (art. 35) regula la determinació de l'edat dels menors immigrants no acompanyats en els supòsits en què els cossos i les forces de seguretat de l'Estat localitzessin un estranger indocumentat la minoria d'edat del qual no es pugui establir amb seguretat, i llavors els serveis competents de protecció de menors li han de donar l'atenció immediata que necessiti, d'acord amb el que estableix la legislació de protecció jurídica del menor, i s'ha de posar el fet en coneixement immediat del Ministeri Fiscal, que ha de disposar la determinació de l'edat, per a la qual cosa han de col·laborar les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari, han de

realitzar les proves necessàries. També diu que, si durant el procediment de determinació de l'edat, el menor necessita atenció immediata, les forces i els cossos de seguretat de l'Estat ho han de sol·licitar als serveis competents de protecció de menors. El Reglament de la Llei d'estrangeria sobre menors estrangers no acompanyats puntualitza que les forces i els cossos de seguretat han d'informar els serveis de protecció de menors perquè, si escau, li prestin l'atenció immediata que necessiti, d'acord amb el que estableix la legislació de protecció jurídica del menor. Amb caràcter immediat, s'ha de posar el fet en coneixement del Ministeri Fiscal, que ha de disposar la determinació de la seva edat, per a la qual cosa han de col·laborar les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari i urgent, han de realitzar les proves necessàries.

La institució del Síndic de Greuges de Catalunya en el seu informe al Parlament de Catalunya de l'any 2010 ja va advertir que el circuit seguit pot afavorir l'existència de situacions de desprotecció davant de casos en què efectivament els joves (especialment si tenen aparença de majors d'edat) siguin menors d'edat. Aquestes situacions de desprotecció tenen a veure amb els elevats marges d'error de les proves de determinació de l'edat, amb la manca de valoració d'altres dimensions de la història de vida d'aquests joves per determinar-ne l'edat, amb aspectes de l'atenció rebuda fins que el Ministeri Fiscal resol els dubtes sobre l'edat, amb l'absència d'assistència lletrada garantida durant aquest procés, etc. De fet, el protocol no només no posa a disposició immediata de la DGAIA aquests joves, encara que hi pugui haver algun indici raonable de minoria d'edat (aparença física, documentació en regla, etc.), sinó que, en alguns supòsits, com en els casos d'indocumentació, ni tan sols preveu informar de manera immediata la DGAIA, a fi que desplegui les actuacions de protecció immediata que corresponguin. Posteriorment el 2015 es va pronunciar – arran de la jurisprudència del TS i el protocol estatal d'atenció de 2014– sobre la necessitat de modificar el protocol de la DGAIA pel que fa al circuit de determinació de l'edat, i es desenvolupi el circuit que han de seguir els professionals perquè s'inclouin provisions específiques sobre tràfic d'éssers humans.

Per la nostra part, entenem que l'Ajuntament de Barcelona aplica el protocol existent i disposa de professionals específics que atenen els menors d'edat en aquesta situació, però malgrat això hauria de posar més èmfasi en la responsabilitat municipal atès que la Llei 14/2010 considera l'Administració local com una part bàsica del sistema de protecció de menors i va més enllà regulant la competència en la prevenció i la intervenció en situacions de risc (art. 99, 100, 102, 103 i 110):

- L'Administració local ha d'intervenir si detecta una situació de risc d'un infant o adolescent que es troba en el seu territori; ha d'adoptar les mesures adequades per actuar contra aquesta situació, de conformitat amb la regulació establerta per aquesta llei, amb la normativa de la Generalitat que la desenvolupa i amb la legislació en matèria de serveis socials.

- Tots els professionals, especialment els professionals de la salut, dels serveis socials i de l'educació, han d'intervenir obligatòriament quan tinguin coneixement de la situació de risc o de desemparament en què es troba un infant o adolescent, d'acord amb els

protocols específics i en col·laboració i coordinació amb l'òrgan de la Generalitat competent en matèria de protecció dels infants i els adolescents. Aquesta obligació inclou la de facilitar la informació i la documentació que calgui per valorar la situació de l'infant o l'adolescent.

- Els serveis socials bàsics han de valorar l'existència d'una situació de risc i promoure, si escau, les mesures i els recursos d'atenció social i educativa que permetin disminuir o eliminar la situació de risc cercant la col·laboració dels progenitors o dels titulars de la tutela o de la guarda.

- Els serveis socials bàsics han de designar un professional, de referència, per a cada cas, de l'infant o l'adolescent, al qual correspon avaluar-ne la situació i fer-ne el seguiment posterior.

- Mesures cautelars: l'òrgan competent de la Generalitat en matèria de protecció dels infants i els adolescents, els serveis socials especialitzats i els serveis socials bàsics tenen l'obligació de prestar l'atenció immediata que necessiti qualsevol infant o adolescent, en funció de llur competència.

L'LDOIA diu que quan els infants i els adolescents immigrants no acompanyats no puguin acreditar documentalment la minoria d'edat o es tingui dubtes sobre la veracitat de la documentació aportada, el departament competent en matèria de protecció dels infants i els adolescents els ha d'oferir l'atenció immediata que necessitin mentre es fan les gestions i els tràmits establerts per la legislació sobre estrangeria per determinar-ne l'edat. Tot i això, **hem de tenir present que no es pot fer una lectura que exclouï la competència i la responsabilitat dels serveis socials bàsics municipals en aquella atenció immediata, si més no preventivament, tant si es tracta d'un adolescent com si després resulta que es tracta d'un jove major d'edat, perquè en tots dos casos el risc social pot estar present.**

També hem de recordar que la Llei orgànica 1/1996, de protecció jurídica dels menors, modificada per la Llei orgànica 8/2015, estableix mesures per facilitar l'exercici dels seus drets (article 10.3) i diu que els menors estrangers que es trobin a Espanya tenen dret a l'educació, l'assistència sanitària i els serveis i prestacions socials bàsiques, en les mateixes condicions que els menors espanyols, i que les administracions públiques han de vetllar pels grups especialment vulnerables, com els menors estrangers no acompanyats, els que presentin necessitat de protecció internacional, els menors amb discapacitat i els que siguin víctimes d'abusos sexuals o de tràfic.

Pel que fa a la primera de les situacions de risc considerades a l'article 102 de l'LDOIA es comença dient que: "La manca d'atenció física o psíquica de l'infant o l'adolescent pels progenitors (...) que comporti un perjudici lleu per a la salut física o emocional de l'infant o l'adolescent", i també fa referència a:

- La dificultat greu per dispensar l'atenció física i psíquica adequada a l'infant o l'adolescent per part dels progenitors o dels titulars de la tutela o de la guarda.

- La utilització, pels progenitors o pels titulars de la tutela o de la guarda, del càstig físic o emocional sobre l'infant o l'adolescent que, sense constituir un episodi greu o un patró crònic de violència, en perjudiqui el desenvolupament.

- Les mancances que, pel fet que no poden ser adequadament compensades en l'àmbit familiar, ni impulsades des d'aquest mateix àmbit per a llur tractament mitjançant els serveis i recursos normalitzats, puguin produir la marginació, la inadaptació o el desemparament de l'infant o l'adolescent.

- La incapacitat o la impossibilitat dels progenitors o els titulars de la tutela o de la guarda de controlar la conducta de l'infant o l'adolescent que provoqui un perill evident de fer-se mal o de perjudicar terceres persones.

Resulta, doncs, evident la situació de risc dels adolescents i joves que es troben en edat propera a la de majoritat, i és evident també la competència de l'Ajuntament de Barcelona per abordar-la, tant abans com després de la majoritat.

Aquesta Sindicatura considera que s'ha d'estimar en part la queixa perquè la informació rebuda evidencia que l'actuació del servei municipal SDI resulta insuficient per donar ple compliment a les previsions legals.

I, per tant, amb l'objectiu de garantir una adequada atenció a tots els menors d'edat estrangers indocumentats i no acompanyats, així com en aquelles situacions en què s'hagi determinat la majoria d'edat o quan es produeixi la finalització als centres d'acollida, es decideix:

- Recomanar a l'Àrea de Drets Socials que promogui l'increment dels recursos destinats a l'atenció d'aquest col·lectiu, per tal de prevenir i atendre situacions de risc, així com per realitzar l'acompanyament necessari als serveis normalitzats.
- Recomanar a l'Àrea de Drets Socials que segueixi vetllant per la coordinació amb els serveis de la DGAIA, per tal d'elaborar, si cal, un nou protocol en l'àmbit de la ciutat de Barcelona, així com per disposar d'informació actualitzada de la situació dels menors i les seves finalitzacions als centres d'acollida.
- Recomanar a l'Àrea de Drets Socials que es vetlli, en tots els casos, per l'obertura d'expedients i el seguiment d'aquests en el temps, per tal de millorar la intervenció i poder detectar aspectes que calgui esmenar.

Aquesta decisió es comunicarà a l'òrgan municipal competent, i se'n donarà compte al Plenari del Consell Municipal en l'informe anual reglamentari i del seu contingut s'informarà la persona promotora.

Per autorització de signatura:
L'adjunt

Marino E. Villa Rubio

Barcelona, 7 d'octubre de 2016

