

La protección jurídica y social de los
**Menores Extranjeros
No Acompañados**
en Andalucía



Save the Children
Protegiendo a los niños desde 1919

Edita: Save the Children
Con la Cofinanciación de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional



Índice

Introducción	5
---------------------	----------

Entrada y tutela	13
-------------------------	-----------

José Chamizo de la Rubia

Extranjería	33
--------------------	-----------

Elena Pallarés Vaquero

Conclusiones y resultados de un estudio comparado: la situación y tratamiento de los Menores Extranjeros No Acompañados en Europa	49
--	-----------

Daniel Senovilla Hernández

Separated children in Sweden, Seville 2007	61
---	-----------

Eva Larsson Bellander

Los Menores No Acompañados y el asilo	65
--	-----------

Margarita de la Rasilla

Menores No Acompañados y el sistema de justicia juvenil	83
--	-----------

Elisa García España

Políticas públicas y Menores Extranjeros No Acompañados	109
--	------------

María Teresa Salces Rodrigo

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de los Menores Extranjeros no acompañados (MENA) debe ser estudiado con un enfoque amplio, transnacional y multidisciplinar, teniendo en cuenta el contexto político, social y económico global, y no quedándose en lo que aparece de un modo visible en nuestro país y Comunidad Autónoma,, esto es, la aparición de menores en España, ya que cualquier iniciativa o solución basada en un enfoque reducido erraría en el objetivo último: la protección y bienestar de estos niños

El incremento de los flujos migratorios está directamente relacionado con el continuo deterioro de la situación social, económica y política que sufren muchos países del llamado Sur. La migración de menores sin acompañamiento debe enmarcarse dentro de la lógica general de las migraciones, y no como un fenómeno aislado o circunstancial. Se puede decir por tanto que los Menores Extranjeros no Acompañados (MENA) son hoy día protagonistas también de esta nueva etapa de la migración.

España, como puerta de Europa, no permanece ajena a este fenómeno. Si la llegada de población extranjera es un fenómeno relativamente reciente en España, más aún puede decirse que lo es la llegada de Menores Extranjeros no Acompañados, cuyo número comienza a ser significativo en torno al año 1996.

Estos menores constituyen un colectivo extremadamente vulnerable que ha experimentado un aumento en los últimos 10 años, convirtiéndose en la actualidad en una grave preocupación para las instituciones sociales y la Administración, que tiene la obligación legal de protegerles y buscar la mejor solución para ellos, a la vez que evitar la vulneración de sus derechos y prevenir los riesgos de una migración precoz y peligrosa.

Dentro de esta dinámica, la ubicación de Andalucía como un lugar estratégico para el acceso a Europa de los inmigrantes procedentes del continente africano, tanto magrebíes como del África negra, ha determinado que sus costas y puertos se conviertan en zona de llegada para gran parte de la inmigración que accede irregularmente a España y en particular para los menores.

El rango de edades de los Menores Extranjeros no Acompañados que llegan a España oscila entre los 14 y 17 años de edad, aunque se empiezan a constatar la presencia de menores cada vez más pequeños. Aproximadamente el 90% de los MENA que llegan a Andalucía provienen de Marruecos, un país de contradicciones económicas, sociales y culturales. Es por ello que nos referiremos especialmente a este colectivo de menores.

SITUACIÓN EN MARRUECOS

Como decíamos, hay que contextualizar la migración de menores en la realidad marroquí, en donde la mayoría de las familias de estos menores viven en ámbitos de exclusión y desvinculación social. La desprotección y vulneración de derechos de la infancia ante la ausencia de un sistema de protección genera estos contextos de exclusión, en donde los menores se encuentran en una situación de riesgo: la escuela en muchas ocasiones no representa para ellos una alternativa o un medio de promoción social y la incorporación de estos menores al mundo laboral se hace en condiciones muy precarias.

Es decir, hay una serie de factores fundamentales que van a condicionar esta emigración precoz: la situación de exclusión social de las familias, sobre todo en aldeas del interior y en la periferia de las ciudades, origen de la mayoría de estos niños. La incapacidad y precariedad del sistema de protección de infancia para atender esta realidad, y el papel que juega la emigración como referente social en el imaginario colectivo del país. Y es que Marruecos es un país con una clara y larga tradición migratoria, donde unos 3 millones de marroquíes envían remesas a sus familiares, contribuyendo al desarrollo de su país. Los niños, como los adultos, viven la migración como una manera natural de promoción social o de ayuda a su familia y no pueden ser aislados de esta dinámica.¹

Los menores marroquíes emigran solos a Europa cruzando la frontera de manera irregular y utilizan para ello los más diversos modos: se esconden debajo de los ejes de un camión o un remolque, como polizones en los barcos o en pateras. Desde enero del 2003 comienza a aumentar el número menores que llegan en pateras a las costas andaluzas. Los menores que viajan en pateras proceden de zonas rurales o de los barrios periféricos de las ciudades del interior, frente a los menores que viajan como polizones o escondidos en los camiones, que proceden de las periferias de las grandes ciudades portuarias, principalmente Tánger y Casablanca.

LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA

Para un mejor entendimiento del concepto de MENA, utilizaremos la definición dada por el Consejo de la Unión Europea, tratada en el artículo I de su Resolución del 26 de julio de 1997, en la que define a los Menores Extranjeros No Acompañados como: *“todos los nacionales de países terceros menores de 18 años que entran en el territorio de los Estados miembros sin estar acompañados de un adulto que sea responsable de ellos por la ley o el hábito, y mientras no estén efectivamente bajo cargo de tal persona (...) (así como) menores nacionales de países terceros que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro” (97/C 221/03).*

De acuerdo con la legislación nacional e internacional, un MENA tiene derecho a la protección del Estado español en las mismas condiciones que los menores españoles, con independencia del lugar de su nacimiento, y por tanto las Administraciones Públicas tienen obligación de velar por su bienestar. Y es que, son precisamente estos menores, que se encuentran en una situación muy vulnerable, los que más necesitan dicha protección, para evitar, entre otras cosas, los riesgos de las redes de tráfico, prostitución o explotación.

¹ Para profundizar en este tema, ver textos de Mercedes Jiménez

En el caso de Andalucía, le corresponde a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, a través de sus ocho delegaciones provinciales, la asunción de la tutela de los MENA. Así mismo, la Dirección General de Infancia y Familias es el órgano directivo dependiente de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social encargado de la propuesta y ejecución de las directrices generales del Consejo de Gobierno sobre política social general de la Junta de Andalucía en materia de infancia. En cada provincia, la Dirección General de Infancia y Familias tiene tres organismos: el servicio de protección de menores, servicio de prevención y apoyo a las familias y Comisión Provincial de medidas de protección.

Al encontrarse tutelado, el menor gozará, no solo los derechos que reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, si no también de todos los derechos que tiene un menor en España previstos en la Ley del Menor, la Ley de Extranjería y las leyes autonómicas correspondientes, que están vinculadas por la anterior.

PRINCIPALES PREOCUPACIONES DE SAVE THE CHILDREN

Si bien consideramos que el sistema de protección y el sistema jurídico cuentan con los recursos y garantías suficientes para que los derechos de estos menores sean respetados, las políticas y la práctica no siempre son fieles a ese marco de protección., como así han puesto de manifiesto recientes sentencias judiciales. Todo ello, agravado además por las diferencias entre Comunidades Autónomas, lo que, en ocasiones, ha distorsionado el problema y repercutido en la protección de los menores, vulnerando además el principio de no discriminación.

Por ello queremos resaltar los siguientes puntos:

- **Prevalece la condición de inmigrante sobre la de menor de edad**

El principal problema que nos encontramos con los menores extranjeros no acompañados es que están situados entre dos sistemas, el de protección e inmigración, inspirados por principios contradictorios, protección y rechazo o control. Y en muchas ocasiones prevalece su condición de inmigrante y todo lo que ello conlleva.

Es decir, se olvida que estamos ante niños y niñas, y que la consideración de inmigrante es secundaria, solo relevante a la hora de entender su situación personal y adaptar la atención y protección debida al menor. Son el principio del interés superior del menor y el de no discriminación los criterios que deberían tenerse en cuenta a la hora de tomar una decisión que les afecte.

Nos preocupa que prime la condición de extranjero frente a la de niño y se hable de falta de recursos para ellos, cuando no se debería, en ningún caso, diferenciarlos del resto y tener en cuenta su nacionalidad, ya que de acuerdo la convención de los derechos de los niño, todos los menores tienen que tener la misma consideración.

En este sentido, vale la pena recalcar que la protección de los menores es un principio rector consagrado en la Constitución española y España es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, y por tanto debe garantizar el bienestar de los niños. Cuando la normativa de protección del menor y el régimen estatutario de extranjería entren en conflicto, habrá de prevalecer, en todo caso, la normativa de protección del menor sobre la normativa de extranjería, tal y como se desprende de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos establecidos en el artículo 11 en relación con el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

• **Búsqueda de soluciones duraderas**

La búsqueda de una solución duradera para él menor, esto es, la elección de si el menor no acompañado debe ser repatriado o permanecer en el país de acogida es una cuestión compleja y delicada. De acuerdo con la **Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas**, el criterio general que debe guiar esta elección (al igual que en toda acción referente a los niños) es el principio del **interés superior del menor**.

La toma de esta decisión requiere un análisis individual de cada caso, para determinar que es lo mejor para cada niño. Es además necesario este análisis para poder identificar a los niños y niñas en situación de protección internacional y que por tanto deban solicitar asilo.

De acuerdo con estos criterios y principios, en el devenir de un Menor no Acompañado en España, pueden darse las siguientes posibilidades.

» **Reunificación familiar / Repatriaciones**

Como hemos señalado, es el interés superior del menor el principio que debe guiar la decisión, cualquier otro tipo de consideración, como puede ser el control de la inmigración clandestina o la gestión de recursos, debería ser secundaria.

Tanto la Ley como el reglamento de extranjería establecen, como primer principio de actuación tras la tutela, la búsqueda de la familia del menor. De encontrarla y consentir su vuelta, o en su defecto de aceptar al menor los Servicios de Protección al Menor de su país, si existen, sería devuelto a su lugar de origen, siempre y cuando se oiga antes al menor y no se ponga en riesgo su integridad.

Por lo tanto, si bien es cierto que el derecho a vivir con su familia es un derecho primordial, no siempre es la mejor solución, por lo que otros derechos o principios de protección deben tenerse en cuenta. Y únicamente se debería proceder a la repatriación del menor cuando esté suficientemente acreditado que esa medida es la que más favorece al menor en ese caso concreto.

La repatriación de un menor de edad extranjero exige la tramitación de dos procedimientos administrativos diferenciados, que habrán de cumplir todas y cada una de las garantías previstas. Es importante señalar además, que debe constar en el mismo el informe social relativo a la situación real y actual de la familia del menor, en el que se refleje que se han comprobado suficientemente que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores en el país de origen.

En todo caso, en todos y cada uno de los procedimientos instruidos debe constar que se ha dado cumplimiento efectivo al ejercicio del derecho a ser oído que el menor tiene en los procedimientos que le afectan.

No obstante, recientes sentencias judiciales han puesto de manifiesto que en algunas repatriaciones llevadas a cabo en territorio español no se ha seguido dicho procedimiento acordado por la ley, poniendo en peligro la integridad física y moral del menor, y vulnerando derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva.

En Andalucía particularmente no se han llevado a cabo repatriaciones masivas por el momento, aún cuando la firma de acuerdos de repatriación con países de origen, como Marruecos o Senegal, ha puesto de manifiesto la intención de la Junta de repatriar a todos los menores tutelados.

» **Tramitación de las autorizaciones de residencia y trabajo**

A pesar de que se considera que todo menor extranjero que este tutelado por los Servicios de Protección del Menor se encuentra en situación administrativa regular, esta condición sólo tendrá validez hasta el momento en que cumpla los 18 años de edad, por lo tanto se deben tomar medidas antes de que ello ocurra.

El artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la L.O. 14/2003 establece que transcurridos los nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia.

La tramitación de permisos de residencia y de trabajo para menores es responsabilidad compartida de los Servicios de Protección del Menor (en cuanto a la solicitud) y de la Delegación de Gobierno (en cuanto a la concesión) de la Comunidad Autónoma en la que resida el menor. Lamentablemente, en este procedimiento se evidencian grandes problemas.

En muchos casos, los menores cumplen los 18 años sin conseguir la autorización de residencia, lo que les lleva a una situación de irregularidad y marginalidad al alcanzar la mayoría de edad. Acaban en la calle o buscándose la vida como pueden (explotación, delincuencia...). Es decir, se imposibilita su integración social.

Todo el esfuerzo y trabajo, además de los recursos económicos invertidos, realizado con ellos durante el tiempo que están en el sistema de protección, están dirigidos a conseguir la autonomía y a que puedan valerse por sí mismos, pero si no tienen la autorización de residencia y trabajo, no sirven de nada.

Además produce mucha inestabilidad en los menores la incertidumbre y arbitrariedad en la concesión de las autorizaciones, lo que dificulta mucho el trabajo social con ellos. Incluso algunos prefieren vivir en la calle por no confiar en el sistema de protección.

Es pues necesario que las Administraciones cumplan con lo establecido legalmente y les concedan las autorizaciones de residencia y trabajo en los plazos establecidos al efecto.

• Grupos muy vulnerables

Es importante tener en cuenta que hay muchos menores que no han tenido ningún contacto con el sistema de protección español, que permanecen al margen, o que no reciben la protección adecuada. Son especialmente ellos los que más necesitan la protección. Como muchas de las niñas no acompañadas que llegan a nuestro territorio, que no son identificadas y localizadas como tales, por lo que suelen permanecer en redes de prostitución, explotación, trabajo infantil... Su situación es realmente grave, pueden sufrir abusos, embarazos, abortos, enfermedades... y el acceso a ellas a veces es difícil.

Y es que la gran mayoría de los menores, niños y niñas, que vienen huyendo de una persecución, posibles solicitantes de asilo, no son identificados como tales, con los graves riesgos que conlleva una posible repatriación y la no atención psicológica que requieren estas situaciones.

De forma generalizada, estos niños y niñas no reciben información sobre este derecho. Las personas que tienen el primer contacto con ellos o trabajan cerca de ellos no conocen la figura del asilo, ni lo que supone. Además, en muchas ocasiones se ha desaconsejado su solicitud, porque en la práctica, en algunas comunidades no se permite solicitar la autorización de residencia y no quieren correr el riesgo de que la solicitud sea rechazada y cumpla los 18 años sin una situación regular.

Por ello, sería de vital importancia tomar medidas contundentes para poder localizar y sacar a las niñas que estén en las redes de explotación. Sería necesario que las fuerzas de seguridad recibieran formación para poder identificar posibles menores solicitantes de asilo en los puntos de entrada. Así como a las personas que están frecuentemente en contacto con menores no acompañados dentro del territorio español (como son profesionales de los centros de acogida) para que estén capacitados para identificar potenciales solicitantes de asilo. Los propios niños y niñas deberían recibir información en su idioma, acorde a su edad y madurez sobre el asilo y la protección internacional. Y por último se les debería dar la posibilidad de solicitar el asilo y la regularización al mismo tiempo, de tal forma que no tengan que enfrentarse a la posibilidad de una expulsión en caso de que les fuera denegado el estatus humanitario y de refugiado.

Dentro de este marco, planteamos las jornadas “La Protección Jurídica y Social de los Menores Extranjeros no Acompañados en Andalucía”, que tuvieron lugar el 22 y 23 de Noviembre de 2007 en Sevilla, con el objetivo de sensibilizar y capacitar a todas aquellas personas que tienen un contacto directo con los menores, para que los derechos de estos sean plenamente protegidos.

En las jornadas contamos con magníficos ponentes cuyas intervenciones hemos reunido en este CD.

ENTRADA Y TUTELA

José Chamizo de la Rubia

Defensor del Pueblo Andaluz y del Menor

En primer lugar quisiera manifestar mi agradecimiento a la Fundación Save the Children por su invitación para participar en la primera sesión de formación de este Seminario que lleva por título LA PROTECCIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS, y en el que aportaré la experiencia del Defensor del Pueblo Andaluz, también Defensor del Menor en Andalucía, en la defensa de los derechos de los menores extranjeros que llegan a nuestra Comunidad Autónoma sin la compañía de una persona adulta que los proteja y ampare.

El objetivo de esta primera sesión de formación no es otro que exponerles y describirles cómo se desarrolla el proceso migratorio de los menores y cómo actúan las Administraciones que intervienen en las distintas fases del mismo, tarea que intentaré llevar a cabo siempre desde la perspectiva de la labor tutiva de este colectivo encomendada legalmente a nuestra Institución.

Cuando hablamos de inmigración de menores nos estamos refiriendo a un proceso que se sucede a lo largo de un periodo de tiempo más o menos prolongado y sobre el que inciden múltiples factores que cambian continuamente. Precisamente, el carácter dinámico y cambiante del proceso migratorio de menores dificulta su estudio y obliga a estructurarlo en fases, como medio para abordar un análisis de las diferentes situaciones por las que pasa el menor inmigrante durante su periplo migratorio.

En este sentido, el análisis que abordaremos en esta sesión fijará como punto de partida el momento en que la presencia del menor extranjero no acompañado es detectada en nuestro país - normalmente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad- y el mismo no puede acreditar la regularidad de su estancia en territorio español. Y el final del recorrido migratorio será el momento en que se adopta y ejecuta una decisión administrativa definitiva sobre el futuro del menor, ya implique la misma el retorno al país de procedencia o la permanencia en nuestro país.

Partiendo de esta realidad, vamos a centrarnos en el estudio de las siguientes fases:

1.- Fase de intervención: que transcurre desde que se produce la detección del menor por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles, hasta que el mismo es puesto a disposición de las autoridades competentes en materia de protección de menores.

2.- Fase de investigación: que incluye las actuaciones realizadas por las Administraciones competentes para investigar las circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante.

3.- Fase de decisión: que incluye la elaboración por la Administración competente en materia

de protección de menores del informe-propuesta que posteriormente será elevado a la autoridad gubernativa para que la misma decida sobre la conveniencia de que el menor permanezca en nuestro país o sea retornado a su país de origen.

4.- Fase de ejecución: que incluye las diferentes actuaciones destinadas a llevar a efecto la decisión adoptada previamente sobre la permanencia o retorno del menor.

I.- FASE DE INTERVENCIÓN

Esta fase, como ya he adelantado, comprende desde la detección del menor hasta su puesta a disposición de las autoridades de protección de menores.

En relación con este momento del proceso migratorio, debemos traer a colación el artículo 35 de la Ley de Extranjería, apartados 1 y 2, que establece lo siguiente:

«1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.»

Del análisis de este precepto, podemos extraer, como primera conclusión, que la minoría de edad del extranjero indocumentado se convierte en criterio determinante del reparto competencial entre las Administraciones Públicas. Así, en caso de ser mayor de edad el extranjero quedará bajo la responsabilidad de la Administración Estatal que es la competente en materia de extranjería, y si es -sin género de duda- menor de edad quedará a cargo de la Administración Autonómica competente en materia de menores, que en nuestra Comunidad Autónoma es la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

En caso de duda sobre su minoría de edad, y hasta tanto se determine la misma, quedará bajo la custodia de la Administración Estatal, salvo que precise asistencia inmediata en cuyo caso se pondrá al mismo provisionalmente bajo la custodia de la Administración Autonómica competente en materia de menores.

Una de las cuestiones que más problemas suscita, por las quejas que recibimos en nuestra Institución se refiere a la **determinación de la edad del menor extranjero**.

Conforme a las normas de extranjería, el responsable último en determinar la minoría o mayoría de edad del menor es el Ministerio Fiscal, y para ello -a falta de elementos documentales- recurrirá a ordenar prácticas periciales que permitan deducir científicamente y de la forma más exacta posi-

ble la edad del interesado.

En la actualidad, la determinación de la edad se lleva a cabo por métodos científicos y se concreta en la realización de unas pruebas médicas al extranjero, para cuya efectividad habrá que contar con la colaboración de las autoridades sanitarias dependientes de las Comunidades Autónomas.

En Andalucía, la técnica más utilizada es la denominada *Greulich-Pile* que se basa en el análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda (pruebas oseométricas) y su comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades. Pero esta prueba no indica la edad exacta de la persona sino que se limita a situar la misma en una franja de edad de dos años, por ejemplo, entre los 14 y los 16 años.

El problema que suscita esta técnica es que los resultados de tales pruebas suelen determinar una edad para el extranjero que por regla general es inferior en aproximadamente dos años a la que posteriormente se comprueba como verdadera. Ello unido a la circunstancia de que la consideración como menor de edad de un extranjero comporta un retraso e incluso la paralización en los procesos de retorno a sus países de origen, determina que sean tantos los inmigrantes mayores de edad que ocultan o destruyen su documentación al llegar a España y se proclaman menores de edad cuando son detectados por las fuerzas de seguridad.

En relación con la rigurosidad de los resultados de estas pruebas, me van a permitir que haga mención al expediente de queja promovido por un menor extranjero tutelado en un centro de protección de Sevilla en el que nos exponía lo siguiente:

“Soy menor inmigrante y procedo de Sierra Leona, tengo pasaporte de Sierra Leona donde consta que nací el 22.05.1989, por lo que tengo 17 años y por ello soy menor de edad.

Por este motivo me encuentro acogido por la Junta de Andalucía

Me han realizado una prueba oseométrica donde al parecer por error ha salido una edad de 19 años.

Este dato es absolutamente erróneo, y en base a él sin mas trámite me han dicho que me van a obligar a abandonar el Centro dejándome en la calle abandonado a mi suerte.

Sr. Defensor solicito su ayuda para permanecer en el centro.”

Para defender los derechos de este menor, iniciamos una investigación ante la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social quien en respuesta indicó que el menor fue puesto a disposición de la entidad pública por la Cruz Roja en octubre de 2006, pasando a ingresar en un centro de acogida, siendo que la única documentación disponible era un pasaporte de Sierra Leona donde constaba que el menor había nacido en mayo de 1989. La Fiscalía de menores de la Audiencia Provincial de Sevilla ordenó la realización de pruebas oseométricas al menor resultando de dichas pruebas que éste tenía una edad de 19 años.

Ante la diferencia entre la edad ósea y la expresada en la documentación, esta Institución entendía que se le debía dar un tratamiento al reclamante como menor, permaneciendo acogido en el centro de protección. Este planteamiento fue aceptado finalmente por la Administración tutelar.

Por otro lado, hemos podido comprobar como algunos de estos inmigrantes mayores de edad son derivados al sistema de protección de menores tras la práctica de las pruebas oseométricas y permanecen en el mismo durante algún tiempo, merced al empleo de tácticas obstruccionistas que dificultan su identificación, tales como dar nombres falsos y mentir sobre su nacionalidad o sobre su lugar de procedencia. La presencia de estos mayores en los centros de protección de menores son una fuente constante de conflictos y distorsiones para el sistema de protección, aunque hay que precisar que la mayoría de estos mayores se fugan de los centros al poco de su ingreso o en el momento en que tienen noticias de que se va a proceder a su identificación.

Otra cuestión que debemos comentar en torno a la realización de las pruebas oseométricas es si las mismas deberían realizarse sólo a aquellos inmigrantes sobre los que exista una duda razonable acerca de si son mayores o menores de edad, o bien deberían practicarse también a todos los inmigrantes sobre cuya edad no exista certeza documental aunque no existan dudas sobre su condición de menores de edad.

En opinión de esta Institución, y anteponiendo el interés del menor a cualquier otra consideración, habría que aplicar un criterio restrictivo a la realización de las pruebas oseométricas, limitando las mismas a los casos en que existan dudas sobre la minoría de edad del inmigrante o la determinación exacta y precisa de la edad resulte imprescindible para el correcto ejercicio de algún derecho por parte del menor y no sea posible o aconsejable esperar a conseguir una identificación plena del inmigrante y de su edad por medios documentales.

En coherencia con esta opinión, y por lo que se refiere a la determinación de quién sería la administración responsable de la realización de la prueba oseométrica, entendemos que dicha responsabilidad recaería sobre la Administración del Estado en los supuestos de duda sobre la minoría o mayoría de edad del inmigrante y sobre la Administración Autónoma competente en materia de protección de menores cuando la minoría de edad fuese indubitada pero se precisase determinar la edad exacta del menor.

Y por lo que se refiere al momento temporal de realización de las pruebas oseométricas, consideramos que deberían efectuarse con inmediatez al momento de su detección por las fuerzas de seguridad, siendo las encargadas de acompañar al menor a las dependencias sanitarias para su realización.

Por el contrario, en los casos en que se considere imprescindible determinar la edad exacta del menor ya sujeto a la protección del servicio de menores, las pruebas se practicarán en el momento en que se considere inaplazable el conocimiento de tal dato y sería el servicio de protección de menores el encargado de trasladar al menor al centro hospitalario para la práctica de la prueba.

Otra cuestión relevante sobre las pruebas médicas de determinación de la edad es la referida a la necesidad de precisar los centros médicos en los que deben realizarse tales pruebas: En principio, y

por lo que se refiere a Andalucía, cualquier Hospital del Servicio Andaluz de Salud sería responsable de realizar la prueba oseométrica a los menores inmigrantes.

Desde nuestra Institución creemos que lo más oportuno sería dar debido cumplimiento a lo estipulado por la Fiscalía General del Estado, elaborando un protocolo para cada provincia en el que quedase claramente determinada la responsabilidad de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado respecto de la realización de las pruebas a los inmigrantes sobre cuya minoría de edad exista duda y además se estipulasen los centros sanitarios donde dichas pruebas deberían efectuarse según el momento y el lugar en que el inmigrante fuese localizado, garantizando la celeridad en la realización de las pruebas por parte de dichos centros sanitarios.

Una vez que las fuerzas de seguridad detectan a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad no ofrece dudas o su condición de menor ha sido determinada mediante la realización de la oportuna prueba oseométrica, la siguiente actuación la realiza el Ministerio Fiscal quien se encarga de poner a disposición de los servicios competentes de protección de menores al menor extranjero.

Para que este proceso de **derivación de los menores a los centros de protección** pueda realizarse eficazmente, resulta imprescindible que el organismo encargado de llevarla a efecto -las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieran detectado al menor- tenga conocimiento previo del recurso de protección en que puede ser acogido el mismo. Por ello, los servicios de protección de menores en cada provincia andaluzas tienen establecido un protocolo de derivación de casos de menores que cubra todas las posibles situaciones que pudieran darse -horario nocturno, días festivos, etc.- y comunicar dicho protocolo de derivación a los organismos encargados de la distribución de los menores. Y ello porque, hemos tenido ocasión de comprobar que, con frecuencia, los menores son detectados por las Fuerzas de Seguridad en momentos poco idóneos para trámites administrativos, básicamente en horarios nocturnos o en días festivos.

En todo caso, desde nuestra Oficina hemos insistido en que dicho protocolo de derivación debe elaborarse bajo la premisa de proteger el supremo interés del menor, que en esta cuestión será lograr que su ubicación en un recurso de protección se realice con la mayor celeridad y el menor desgaste personal posible -no olvidemos el deplorable estado físico y mental que suelen presentar estos menores cuando son detectados-.

2.- FASE DE INVESTIGACIÓN

Como ya les adelanté, en esta fase incluimos todas las actuaciones realizadas por las Administraciones competentes encaminadas a averiguar cuál es la identidad real del menor inmigrante y cuáles son sus circunstancias personales y socio-familiares.

Nos encontramos ante una fase de suma importancia por cuanto del resultado de las actuaciones que en la misma se emprendan depende la decisión última que se adopte sobre el futuro del menor inmigrante en cuanto a la necesidad de retornar a su país de origen o la posibilidad de permanecer en nuestro país.

Centrada así la cuestión, la primera incógnita será dilucidar sobre **qué Administración es la responsable de acopiar los datos** relativos a la identidad del menor y sus circunstancias personales y socio-familiares, que posibiliten, posteriormente, adoptar una decisión sobre el futuro del mismo.

Legalmente, a tenor de la normativa sobre extranjería, corresponde a la Administración del Estado la competencia para averiguar los datos sobre el menor inmigrante que sean necesarios para adoptar una decisión sobre su retorno o permanencia en España. Pero no debemos olvidar la clara atribución a la Administración Autonómica, en cuanto tuteladora del menor, de la obligación de colaborar activamente con la Administración del Estado facilitando a las misma cuanta información disponga respecto de la identidad y circunstancias familiares del menor.

Esta obligación del organismo de protección de menores de colaborar en el proceso de identificación del menor inmigrante es lógica, no sólo desde la perspectiva de la necesaria colaboración interadministrativa y la lealtad institucional, sino también desde la óptica de la protección de menores, por cuanto la identificación del menor se puede enmarcar dentro de la garantía del derecho a la identidad personal que todo menor ostenta de conformidad con la Convención de Derechos de la Infancia de Naciones Unidas y, sobre todo, porque de la determinación de cuales sean las condiciones personales y familiares del inmigrante dependerá la adopción o no de una medida de protección sobre el menor por parte del ente tutelar.

Sin embargo, la experiencia de nuestra Institución en la tramitación de las quejas nos lleva a afirmar que, en la práctica, la Administración del Estado no realiza actividad alguna encaminada a investigar la realidad personal y socio-familiar del menor, sino que se limita a esperar a que sea el Servicio de Protección de Menores quien le facilite la información que precisa para adoptar una decisión sobre el futuro del menor. Es más, la decisión que finalmente se adopta sobre la permanencia o no del menor en nuestro país va a depender en un elevadísimo porcentaje -por no decir en todos los casos- de la información que recabe y aporte el Servicio de Protección de Menores a la Administración del Estado.

Lo más lógico es solicitar información a los representantes legales del país de procedencia del menor acerca de las circunstancias personales y socio-familiares de éste, sin embargo, de las distintas investigaciones realizadas hemos podido comprobar que los Consulados de los países de procedencia de los menores inmigrantes, en su inmensa mayoría de Marruecos, no ofrecen información alguna sobre estos datos.

De este modo, y por la vía de hecho, el Servicio de Protección de Menores pasa de ostentar una función de mero colaborador o auxiliar de la Administración del Estado, a ejercer un papel protagonista en todo el proceso de información y decisión sobre el menor inmigrante.

Pero resulta que, además, en la mayoría de los casos la información personal y familiar ofrecida por los menores inmigrantes a su llegada a los centros de protección es muy escasa y frecuentemente resulta ser falsa. Esto implica que si esta información escueta y de dudosa veracidad es tomada como única base por la Administración del Estado para adoptar una decisión sobre la permanencia o retorno del menor, existen muchas posibilidades de que dicha decisión no sea la más acertada y en ocasiones pueda suponer un riesgo para el propio menor o su familia.

En nuestra Institución creemos que un Servicio de Protección de Menores no puede fiar su responsabilidad respecto a los menores acogidos en sus centros a lo que puedan hacer o dejar de hacer otras instancias u organismos, sino que debe en todo momento realizar su función tuitiva sobre los menores con el mayor rigor e intensidad posibles. Y esto implica en el presente caso, que el Servicio de Protección de Menores andaluz debe tratar de profundizar al máximo en la investigación sobre las circunstancias personales y familiares del menor a fin de asegurarse de que la decisión que finalmente se adopte sobre su futuro sea lo más ajustada posible al principio de prevalencia del interés superior del menor.

Por tal razón, y aun cuando la vigente legislación nos lleven a concluir que son la Administración Estatal y el País de origen del menor inmigrante quienes deberían asumir la función de aportar la información necesaria para decidir sobre el futuro del menor, la evidencia de que dichas responsabilidades no están siendo debidamente asumidas, nos lleva a postular la necesidad de que sea el Servicio de Protección de Menores, como parte de la función tuitiva que el ordenamiento jurídico le atribuye, quien asuma tal función, por ser ésta la única forma de garantizar que el interés superior del menor se va a anteponer a cualquier otra consideración.

A este respecto, conviene no olvidar que mientras más tiempo se tarde en adoptar una decisión definitiva sobre la permanencia o no del menor en nuestro país y sobre la conveniencia o no de aplicar al mismo alguna medida de protección, más difícil será el proceso de integración de dicho menor. Es decir, el mayor perjuicio por la falta de una investigación rápida y eficaz sobre las circunstancias personales y familiares del menor inmigrante recae, en primer lugar, sobre el menor y, en segundo lugar, sobre el propio sistema de protección de menores que se ve abocado a tener que acogerlo y atenderlo en condiciones precarias y con una total incertidumbre sobre su futuro.

La defensa del interés del menor extranjero, a nuestro juicio, exige del Servicio de Protección de Menores una actividad diligente de investigación acerca de las circunstancias personales y familiares del mismo, que venga a suplir la falta de actuación de la Administración del Estado y del País de origen del menor.

Y mientras no existan datos fehacientes sobre las circunstancias que rodean a un menor no puede adoptarse decisión alguna sobre su futuro, tanto por lo que respecta a su retorno o permanencia en España, como por lo que atañe a la posibilidad de ser declarado formalmente en desamparo y beneficiarse de algún tipo específico de medida de protección.

Por esta razón, nos parece necesaria por parte de los Servicios de Protección de Menores una actividad investigadora real orientada a la obtención de información sobre el menor y su entorno socio-familiar.

En el criterio de nuestra Institución, **el proceso de investigación** debería contar con dos fases complementarias:

Una primera de recogida de información en España contando con dos fuentes: el propio menor y la familia, y una segunda de verificación de la información obtenida en el País de origen.

La primera fase se realizaría por el Servicio de Protección en cada provincia, directamente o a

través de los centros de protección, y consistiría en un cuestionario tipo que se realizaría a cada menor en el plazo máximo de una semana desde su ingreso en el centro. En este cuestionario tipo se solicitaría información amplia y detallada sobre el menor, sobre su familia, su lugar de procedencia, sus antecedentes formativos y laborales, su situación económica en Marruecos, sus posibles antecedentes judiciales, su historia de vida y su proyecto migratorio. Seguidamente se contactaría telefónicamente con la familia del menor para tratar de contrastar y ampliar la información obtenida del mismo, inquiriendo especialmente a la familia acerca de su apoyo al proyecto migratorio del menor y su disposición a acogerlo de nuevo en caso de retorno. Se aprovecharía este contacto para instar a la familia a recopilar y remitir de forma urgente toda la documentación del menor.

La segunda fase sería la más complicada ya que exigiría contrastar y verificar la información obtenida del menor y su familia, actividad que correspondería realizar a la Administración del Estado. Algo que, obviamente, sólo puede hacerse *in situ* en el País de origen del menor. La finalidad de esta verificación no es otra que evitar picarescas y fraudes en torno a las circunstancias de los menores, como las que se han dado en algunos casos de menores marroquíes que contaban con experiencia migratoria previa por haber sido ya objeto de algún proceso de repatriación.

Para que se produzca esta verificación consideramos que la fórmula más idónea consiste en establecer algún acuerdo con una organización o asociación que, además de ofrecer garantías de fiabilidad y rigor, se encuentre ya establecida en Marruecos, y cuente con buenos contactos y suficiente infraestructura en dicho país como para poder realizar su labor investigadora con eficacia y en un plazo corto de tiempo.

No nos cabe duda de que si fuera posible establecer un sistema de investigación de las circunstancias socio-familiares y personales de los menores como el antes descrito, sería posible posteriormente adoptar una decisión sobre el futuro del menor que, no sólo cumpliera los requisitos exigidos por la Ley de Extranjería, sino también los más estrictos que, en interés de los menores, se estipulan en la legislación -andaluza, nacional e internacional- de protección de menores.

3.- FASE DE DECISIÓN

Una vez completada la fase de investigación el siguiente paso sería adoptar una decisión sobre el futuro del menor inmigrante en función de los datos recopilados respecto de sus circunstancias personales y socio-familiares.

En este sentido, el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería estipula lo siguiente:

«La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España».

Del análisis de este precepto se deduce claramente que la opción prioritaria es la reagrupación familiar del menor, y que el cumplimiento de la misma determinaría el retorno a su país de origen o a aquel donde se encontrasen sus familiares, siendo la opción alternativa a la reagrupación familiar la

permanencia del menor en España, aunque dicha opción es claramente subsidiaria y sólo se aplicará cuando la reagrupación resulte imposible.

Aunque el retorno es la opción prioritaria, éste sólo puede tener por objetivo la reagrupación familiar del menor o su puesta a disposición del Servicio de Protección de Menores de su país.

Sin embargo, pueden concurrir determinadas circunstancias que impidan aplicar esta opción: En el caso de la reagrupación familiar, que la familia no pudiese ser localizada o, que una vez localizada, la misma no estuviese en condiciones de hacerse cargo del menor o la devolución del mismo conlleve un riesgo para el menor o para la propia familia; y en cuanto a la puesta del menor a disposición del Servicio de Protección de Menores del país de origen, la misma vendría imposibilitada si dicho Servicio no aceptase hacerse cargo del menor o existiesen circunstancias que hiciesen pensar que la puesta a disposición comportaría algún riesgo para el propio menor.

En el caso de los menores extranjeros detectados en Andalucía, que en su inmensa mayoría proceden de Marruecos, venimos comprobando que la reagrupación familiar comporta grandes dificultades para localizar a las familias ante la escasa colaboración ofrecida por las autoridades marroquíes, o bien la oposición de la mayoría de las familias al retorno de los menores (emigración consentida, cuando no propiciada por la propia familia), rechazo de los menores a volver con sus familias (lo vivencian como un fracaso), y también que una mayoría de las familias de los menores padecen graves situaciones sociales, económicas e intrafamiliares que podrían comportar una situación de riesgo para el menor.

Ahora bien, el problema principal para llevar a efecto el retorno del menor no está en la localización de la familia, que en muchas ocasiones se consigue, sino en determinar si las condiciones en que aquella se encuentra (carencias económicas, desestructuración familiar, etc), o la situación del menor ante su periplo migratorio (antecedentes de malos tratos, explotación, abusos, etc) hacen viable la vuelta del menor a su origen.

A nuestro parecer, la única respuesta válida ante esta cuestión es abogar por el examen individualizado de cada caso que se suscite y no pretender aplicar soluciones generales para todos los menores, ni siquiera englobándolos en categorías o grupos por sus circunstancias o edad, siempre teniendo que cuenta la protección del interés del menor.

Si no es posible el retorno con la familia, la vuelta al país de origen sólo procedería cuando el retorno del menor tuviese por objeto su puesta a disposición de los Servicios de Protección de Menores de su país de origen.

Llegados a este punto, es necesario analizar la viabilidad de esta opción de retorno en el caso de los menores detectados en Andalucía que en su inmensa mayoría de origen marroquí.

Pues bien, con la debidas reservas, debemos poner de manifiesto que las personas consultadas -formal o informalmente- sobre esta cuestión coincidían en calificar de primario y deficiente el Sistema de Protección de Menores de este país, considerándolo escasamente preparado y dotado para atender las necesidades del elevado número de menores que padecen situaciones de riesgo en Marruecos y claramente incapaz de afrontar con garantías la incorporación al mismo de un elevado número de menores como el que podrían ser retornados desde nuestro país

Asimismo, de las diferentes investigaciones realizadas por la Institución a la que represento hemos podido conocer que los menores que superan determinadas edades -a partir de los 11 ó 12 años- reciben en Marruecos una consideración social -que no legal- similar a la de los adultos, por lo que rara vez son objeto de atención por parte de los Servicios de Protección de Menores.

En conclusión, y por todo lo expuesto, parece que el retorno de los menores a su país de origen sólo procedería en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias socio-familiares del menor, se acreditara que lo más conveniente para el mismo es su reagrupación familiar. En los demás casos, habría que optar por la permanencia del menor en nuestro país, al menos hasta tanto se solventan las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen.

Llegados a este punto, tenemos que valorar y analizar cómo y quien debe realizar el informe sobre las circunstancias personales y socio-familiares del menor extranjero que servirá de base para decidir su futuro.

Según la normativa de extranjería (artículo 35.3 de la Ley), los Servicios de Protección de Menores bajo cuya custodia se encontrase el menor elevarían un informe a la autoridad gubernativa -Subdelegaciones del Gobierno- trasladándole cuanta información hubiesen podido recabar *«relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que hayan podido realizar para localizar a la familia del menor»*, y posteriormente, la autoridad gubernativa adoptaría un criterio final sobre la permanencia o el retorno del menor. Paralelamente a estas dos fases existiría una actuación complementaria, cuya secuencia temporal no aclara suficientemente el texto legal, y que sería la audiencia al menor.

La investigación realizada por nuestra Institución con ocasión del Informe especial realizado en año 2004 sobre los menores inmigrantes en Andalucía, nos permitió comprobar la existencia de una gran disparidad de formas de actuar entre las provincias andaluzas analizadas a la hora de elaborar el informe sobre el menor inmigrante, pudiendo señalar la existencia de dos modelos o pautas a este respecto: uno, mayoritario en Andalucía, en el que son los propios centros de protección que tienen acogido al menor los encargados de elaborar el informe, e incluso de formular la propuesta de resolución que posteriormente el Servicio Provincial de Protección de Menores habrá de aceptar o rechazar. Y otro, en el que los Servicios Provinciales de Protección de Menores asumen directamente esta responsabilidad, encomendando la realización efectiva del informe-propuesta a alguno de los profesionales adscritos a dichos Servicios -normalmente un mediador intercultural-, y encomendando la aprobación o rechazo de la misma a la Comisión de Medidas de Protección.

A nuestro entender, la elaboración de los informes por parte del propio Servicio de Protección de Menores a través de los mediadores interculturales refuerza el control de la Administración sobre esta fase tan delicada y decisiva dentro del proceso de decisión, ya que evita la dispersión de criterios y formas de elaboración que se dan cuando son varios los centros de protección que asumen esta responsabilidad. Y, sobre todo, porque evita que en la elaboración del informe y, especialmente, en la formulación de la propuesta de resolución, puedan incidir cuestiones ajenas a la situación real del menor, como puedan ser los intereses o las circunstancias del propio centro o de sus responsables.

Por esta circunstancia, los informes deberían ser siempre elaborados por mediadores interculturales adscritos directamente al Servicio de Protección de Menores, sin perjuicio de que los mismos

recaben la colaboración de los centros para la obtención y compilación de los datos relativos a los menores, y dichos informes deberían limitarse a reseñar los aspectos que la normativa de extranjería exige, esto es los datos relativos a las circunstancias personales del propio menor -edad, sexo, nacionalidad, historia de vida- y los que describen la situación socio-familiar del mismo en su país de origen, excluyendo necesariamente del mismo datos o valoraciones relativas a la conducta del menor en el centro, su capacidad de integración o sus habilidades sociales, ya que ninguno de estos datos debería ser tomado en consideración a la hora de determinar si debe ser propuesto para la permanencia o el retorno.

Puesto que actualmente este procedimiento de investigación en dos fases no es el que rige en nuestro país, la decisión que finalmente adopta la Administración del Estado está basada casi exclusivamente en la valoración de los informes elaborados por los Servicios de Protección de Menores, sin que los datos contenidos en los mismos sean contrastados en el país de origen. Por este motivo, es frecuente que los informes evacuados por los Servicios de Protección de Menores no se limiten a un mero aporte de datos, sino que incluyan además una toma de posición del propio Servicio respecto de las consecuencias de dicha información. Toma de posición, que se concreta en una propuesta de resolución sobre la permanencia o el retorno del menor.

En este sentido, y por lo que se refiere a la propuesta de resolución que con frecuencia se incluye en estos informes, debemos decir que somos partidarios de que la misma siga realizándose, ya que los servicios de protección de menores disponen de una capacidad de juicio y unos conocimientos sobre la realidad de los menores que tienen acogidos que aporta un enorme valor orientativo a la propuesta que sobre los mismos puedan hacer a la autoridad gubernativa.

A nuestro entender, las propuestas, no sólo deberían ser sometidas siempre a la decisión de la Comisión de Medidas de Protección, sino que además debería ser dicha Comisión la que elaborase la propuesta, limitándose los centros o los mediadores interculturales -preferentemente estos últimos- a elaborar el informe con los datos recabados sobre las circunstancias personales y socio-familiares del menor.

Quisiera detenerme en este momento en comentar el papel y protagonismo que debe adquirir el menor en la decisión sobre su futuro. En este sentido, debo afirmar que el trámite de audiencia al menor extranjero en esta fase es absolutamente preceptivo y obligatorio, por lo que estarían viciadas todas aquellas decisiones que se adopten sin previamente verificar el mismo. Se trata, por tanto, de un derecho inalienable de los menores reconocido en las normas estatales (artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y artículo 4b de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía).

4.- FASE DE EJECUCIÓN

Una vez que se ha elaborado el informe propuesta por parte de la Administración competente en materia de Protección de menores, el siguiente paso es elevar el mismo a la autoridad gubernativa a fin de que decida lo que estime oportuno respecto a la permanencia o el retorno del menor. (artículo 35 de la LEX).

En teoría, el procedimiento correcto sería que, una vez aprobado el informe propuesta por la Comisión de Medidas de Protección, el mismo se eleve formalmente a la autoridad gubernativa para que se adopte una decisión. Una vez adoptada dicha decisión se comunicaría la misma al Servicio de Protección. Si la decisión consiste en el retorno del menor a su país de origen, la autoridad gubernativa iniciaría los trámites para repatriar a dicho menor. Si, por el contrario, se acuerda la permanencia del menor en nuestro país, el siguiente paso sería que el Servicio de Protección declarara formalmente su desamparo y procediera a regularizar su situación en España.

No obstante, este procedimiento no siempre se desarrolla en la forma expuesta, sino que con frecuencia los trámites se solapan o se incumplen. Para ver como se materializa la decisión adoptada analizaremos separadamente los supuestos de permanencia y retorno.

En el caso de la **permanencia**, es bastantes ocasiones, lo que se eleva a la autoridad gubernativa, más que una propuesta de permanencia del menor, es una solicitud de regularización para el mismo, avalada por el acuerdo de declaración de desamparo y acompañada de toda la documentación precisa para el otorgamiento del oportuno permiso de residencia.

Esto es posible, porque -como vimos en la fase de investigación- los Servicios de Protección de Menores suelen aprovechar los contactos con las familias de los menores para interesar de las mismas la remisión de la documentación del menor. Es decir, a la vez que se contacta con las familias para conocer sus circunstancias socio-familiares se solicita a las mismas que envíen la documentación necesaria para tramitar el pasaporte del menor ante el Consulado, requisito indispensable para, posteriormente, solicitar el permiso de residencia.

La consecuencia de esta forma de actuar es que, en muchos casos, la autoridad gubernativa, en vez de pronunciarse formalmente sobre la permanencia del menor, resuelve por la vía de hecho esta cuestión emitiendo el oportuno permiso de residencia.

Considero de interés centrar la atención en aquellos supuesto en los que transcurren más de nueve meses desde que el menor es puesto a disposición de los Servicios de Protección sin que haya sido posible el retorno.

En relación con esta cuestión, el Reglamento de Extranjería, en su artículo 62.5, establece que en los supuestos señalados, se procederá a otorgarle el permiso de residencia.

Este precepto ha sido objeto de una interpretación, a nuestro juicio errónea, por la Administración del Estado ya que se ha venido denegando el permiso de residencia si se solicitaba antes de transcurrido los nueve meses. Y es errónea porque entendemos que no es necesario esperar a que transcurran los 9 meses si el Servicio de Protección ha conseguido finalizar con antelación a dicho plazo el proceso de investigación sobre el menor y del mismo se deduce que es conveniente la permanencia del mismo en España por resultar imposible o desaconsejable la repatriación del mismo.

En esos casos, el informe propuesta debería elevarse a la autoridad gubernativa sin más dilaciones y, si se dispone además de la documentación necesaria para regularizarlo, podría acompañarse al mismo una solicitud de permiso de residencia. Permiso que únicamente podría denegarse si la autoridad gubernativa dispusiese de datos que desvirtuasen la propuesta formulada por el Servicio

de Protección y aconsejasen la repatriación del menor. De no ser así, el permiso de residencia, en nuestra opinión, debería otorgarse sin más dilaciones.

La cuestión que planteamos no es baladí, por cuanto ese plazo de 9 meses se convierte con frecuencia en un obstáculo insalvable para la regularización de aquellos menores inmigrantes que acceden a los servicios de protección con edades muy próximas a la mayoría de edad. De hecho, lamentablemente a nuestra oficina están llegando quejas, básicamente de la provincia de Sevilla, en la que la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social está paralizando la labor investigadora sobre aquellos menores que se encuentran próximos a cumplir 18 años, lo que les impedirá regularizar su situación antes de abandonar el sistema de protección de menores.

Aprovecho la oportunidad que se me brinda en esta sesión para manifestar públicamente que todos los menores extranjeros no acompañados deben ser investigados, sea cual fuere su edad, y si dicha investigación se concluye antes de que transcurran los nueve meses antes aludidos y de la misma se deduce la conveniencia de su permanencia en España, se debe elevar con urgencia el informe a la autoridad gubernativa interesando de la misma la expedición del permiso de residencia.

Lamentablemente, la situación denunciada conlleva en muchas ocasiones que menores inmigrantes con una permanencia en centros de protección superior a veces al año, se vean obligados a abandonar el sistema de protección por alcanzar la mayoría de edad, sin disponer de documentación alguna que acredite la regularidad de su situación en España.

Siguiendo con el proceso, una vez que se acuerda que el menor debe permanecer en España y se procede a declarar formalmente su desamparo, asumiendo la Administración su tutela, el siguiente paso debe ser aprobar para el mismo una concreta medida de protección.

Es ésta una decisión que compete tomar a la Comisión de Medidas de Protección y que debe estar basada en un estudio sistemático y personalizado de la situación y necesidades del menor inmigrante.

Nuestra experiencia apunta que la inmensa mayoría de los casos, a los menores declarados formalmente en situación de desamparo se les aplica una medida de acogimiento residencial, y sólo en contadas ocasiones se aplica a estos menores la medida de acogimiento familiar.

Esta decisión ha provocado que en más de una ocasión los centros de protección de menores se hayan visto saturados, lo que nos ha obligado a iniciar diversas investigaciones de oficio para evaluar la integridad de los derechos de los menores afectados por la situación.

En la actualidad tenemos dos investigaciones en trámite tras los sucesos acontecidos en Almería y Motril. En el mes de junio los medios de comunicación social han relatado noticias referentes al colapso de los recursos residenciales del Sistema de Protección de Menores en estas dos provincias, y ello tras la llegada a Roquetas de Mar y a Motril de pateras con la presencia de jóvenes, en edad adolescente.

Estos datos ponen en evidencia un cambio de tendencia del flujo migratorio procedente del Magreb hacia las costas de Andalucía, siendo significativo el número de menores inmigrantes no acompañados llegados a la costa más oriental de Andalucía, lo cual ha de suponer el consiguiente esfuerzo de medios puestos a su disposición por parte del Ente Público de Protección.

En estas investigaciones, que aún están en trámite, pretendemos, en orden a la salvaguarda de los derechos de los menores antes, hemos solicitado a la Administración informe relativo a la averiguación de su identidad y lazos familiares de los menores extranjeros, su eventual reagrupamiento familiar y la asistencia dispensada por parte del Ente Público de Protección.

Esta situación se planteó también en el año 2005, cuando tuvimos conocimiento a través de las noticias difundidas en diversos medios de comunicación andaluces de que la Junta de Andalucía había tenido que recurrir a la adecuación de instalaciones portuarias, como las de Almería capital, ante la “saturación y el colapso” de los centros de protección de menores de la comunidad por la llegada masiva en pateras de menores inmigrantes no acompañados.

Según las crónicas periodísticas, la Directora de Infancia y Familias de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social había justificado la adopción de esta medida dada la situación “de emergencia, de saturación total y absoluta” que sufren estos centros como consecuencia del fenómeno anteriormente referido.

Tras admitir a trámite la queja, la Administración expresó que los servicios se habían visto obligados a recurrir a la adecuación de instalaciones portuarias u otros espacios de urgencia, para poder hacer frente a la llegada masiva en patera de MENAs y solventar la saturación que, como consecuencia de esto, padecen nuestros centros de protección de menores, añadiendo que la habilitación de dichos espacios para albergar a estas personas en un momento tan puntual como excepcional no debe llevar a la idea de que, exista intención alguna de llevar a cabo la regularización de espacios extraños a la red de centros, no constituyendo en ningún caso una normalización ex lege de los mismos.

Continuaba señalando que los centros de protección de menores pertenecientes a dicha red, son los únicos recursos destinados ad hoc para la debida atención y acogimiento de los menores, siendo en todo caso objetivo, al adecuar otros espacios en una puntual y excepcional situación de urgencia, el de proporcionar respuesta a una necesidad tan acuciante como es la asistencia inmediata, incluso ante circunstancias imprevistas y sobrevenidas de llegadas masivas de menores inmigrantes a nuestras costas que conllevan el lógico desbordamiento no sólo de nuestros recursos habituales, sino también de los que, desde la Administración, se prevén en el Plan de Emergencia cuyo dispositivo se pone en marcha precisamente ante coyunturas como estas.

Además, la Administración alegó que el uso de los espacios de urgencia ha sido mínimo, es decir, durante el menor tiempo posible (prolongándose la estancia pocos días). Habiendo sido su política la de regularizar lo más inmediatamente posible la situación de estas personas menores de edad, mediante su inclusión en la red de centros así como en los circuitos ordinarios de tramitación, en orden a prestarles la atención debida con las máximas garantías, en aras de salvaguardar la integridad y el respeto de sus derechos en todo momento

Tras la recepción de dicha información volvimos a tener noticias por los medios de comunicación de la reiteración de este flujo migratorio irregular, con sucesivas oleadas de menores inmigrantes, consolidándose esta situación que en principio pudiera considerarse coyuntural. En diferentes crónicas periodísticas del mes de junio de 2005 se venía a decir lo siguiente:

“... En los cinco primeros meses del año, del 1 de enero al 31 de mayo, los centros andaluces han aten-

didó a 1.058 menores extranjeros no acompañados, de los que 486 ya estaban acogidos y el resto se corresponden con últimos ingresos de inmigrantes llegados a las costas.

Esto supone, respecto al mismo periodo del año pasado, un incremento del 80% de la atención prestada, y del 72,8% en cuanto a los nuevos ingresos. (...)

Junto al aumento de los ingresos, la Junta andaluza ha detectado una disminución de la edad de los menores llegados en patera, que son ahora en su mayoría de entre 11 y 14 años. Habitualmente, el perfil del menor extranjero, en función del cual la comunidad autónoma tenía planificada una determinada intervención, era el de un magrebí. Si bien, de un tiempo a esta parte se está produciendo la llegada de inmigrantes que hablan dialectos como el bereber, lo que dificulta el entendimiento con el mediador cultural.

Pese a la advertencia de saturación de los recursos, la consejera de Igualdad y Bienestar Social recalcó que los servicios mínimos están cubiertos....”

A la vista de estas nuevas informaciones, demandamos de la Administración que explicara la evolución experimentada a lo largo de aquellos meses en el número de menores atendidos en las mencionadas instalaciones portuarias, así como el tiempo medio de estancia en dichos recursos, y las condiciones de estancia de los internos en relación con los requisitos mínimos de calidad exigibles para un centro residencial de menores bajo la tutela o guarda de la Administración.

En otro orden de cosas, y por lo que se refiere a la medida de acogimiento familiar, la razón que normalmente se aduce para explicar el escaso número de acogimientos familiares que se produce cuando los menores son extranjeros es la inexistencia de familiares de los menores que residan en España que estén dispuestos a acogerlos y, además, reúnan las condiciones para llevar adelante el acogimiento.

Ciertamente, ésta es una realidad innegable que condiciona y limita enormemente las posibilidades de acogimiento familiar de los menores inmigrantes. No obstante, estimamos que -tal y como preconiza la normativa de protección de menores- el acogimiento familiar debe siempre primarse sobre el acogimiento residencial porque mejora las posibilidades de integración e inserción social de los menores.

Por ello, creemos que los Servicios de Protección de Menores deberían trabajar con mayor ahínco las posibilidades de acogimiento familiar de los menores inmigrantes, solventando los obstáculos que actualmente impiden los mismos o explorando nuevas alternativas que no pasen por los familiares directos de los menores.

En algunas ocasiones, hemos tenido ocasión de comprobar como las familias acogedoras se han encontrado con serias dificultades para legalizar la situaciones de estos menores. En este sentido, debo traer a colación la queja de un ciudadano que se interesaba por la regularización administrativa de una menor, de 14 años de edad, procedente de Guinea Bissau, y ello ante el grave peligro que supondría para la misma su eventual regreso a dicho país.

El escrito fue presentado por la menor que relataba así su historia:

“PRIMERO.- Que resido en (Sevilla) desde noviembre de 2004, en acogimiento fa-

miliar bajo la guarda y custodia de que viene ejerciendo mi guarda y custodia gracias a un documento firmado por mi padre en Bissau (Guinea Bissau). Dicho documento se encuentra traducido al castellano mediante un traductor jurado, de los habilitados por el Ministerio de Asuntos Exteriores para la legalización de documentos de países extranjeros.

El motivo de venir a España era para realizar estudios, y es así que vengo cursando los estudios de enseñanza secundaria (2ª de E.S.O.) Además de este motivo, existía otro mucho más importante cual era la imposición de un matrimonio en contra de mi voluntad. El rito en mi país exige, además, con carácter previo al enlace el que se me practique la ablación del clítoris, ello en condiciones higiénicas deplorables y con grave riesgo para mi salud.

El matrimonio se efectúa previo pago de una cantidad de dinero a mis padres por parte del individuo interesado. Mis padres ya habían recibido el dinero y la boda era inminente.

Solo gracias a la ayuda de la boda se suspendió y mis padres devolvieron el dinero. De este modo yo pude venir a España.

D. se encontraba por entonces en Guinea Bissau actuando como cooperante de la ONG, que ejecutaba un proyecto de construcción de pozos para la dotación de agua potable a determinadas aldeas.

SEGUNDO.- Tras llegar a España me fue concedido un permiso de residencia por motivo de estudios, cuya vigencia finalizó el 30 de septiembre de 2005. Dicho permiso aunque era para un año me fue comunicado casi en los últimos días de su vigencia, en concreto el pasado 22 de septiembre, con apenas 8 días de margen para solicitar su renovación, lo cual propició el que, por diversas circunstancias, no pudiera efectuar la solicitud de renovación en plazo.

Tras informarme en la Oficina de Extranjería allí me comunican que ya no podré efectuar la renovación, pues la presentación de la solicitud de renovación fuera de plazo impide contestar afirmativamente mi petición.

TERCERO.- En esta tesitura me indican que mi situación en España actualmente es irregular, y que tendría que proceder a regularizarla toda vez que en cualquier momento la Administración podría decidir el retorno a mi país, Guinea Bissau.

CUARTO.- Mi regreso a Guinea Bissau supondría el que tuviera que someterme a una boda urgente en contra de mi voluntad (ya tengo 14 años y voy siendo mayor en mi país), teniendo que soportar también la mutilación de mis órganos genitales.

Por otro lado, en la actualidad Guinea Bissau se encuentra en una situación de constante conflicto civil armado, situación que le consta al Ministerio de Asuntos Exteriores de España, que recomienda a través de la embajada para la zona en Dakar (Senegal) y el Cónsul Honorario en Guinea Bissau a los nacionales de España que abandonen el país ante el peligro cierto de que pudieran sufrir algún tipo de daño en su persona o bienes.

A todo esto hay que añadir la situación de extrema pobreza del país (según la OMS Guinea Bissau se encuentra entre los diez países más pobres del mundo) agravada por la crisis sanitaria en que

actualmente se encuentra la localidad que habita mi familia como consecuencia de un grave brote de cólera, hecho que consta en los datos de la Organización Mundial de la Salud, y que propiciará el que en fechas próximas la ONG “Pueblos en Marcha” inicie un nuevo proyecto de cooperación en la zona para dotar de más suministro de agua potable.”

Ante esta situación, desde nuestra Oficina realizamos gestiones con la Subdelegación del Gobierno para que se pudiera tramitar el permiso de residencia a favor de la menor por razones humanitarias, si bien debía formalizarse en primer lugar el acogimiento familiar conforme a los trámites del Código civil y de otro lado debían aportarse las pruebas relativas a la situación de graves riesgos en que la menor pudiera encontrarse en el supuesto de que debiera retornar a su país.

Siguiendo con esta fase del proceso migratorio, cuando la decisión que adopta la autoridad gubernativa es la de que el menor debe **retornar** a su país de origen, el siguiente paso es ejecutar tal decisión, cuestión que igualmente compete a la Administración del Estado de conformidad a lo prevenido en la vigente legislación de extranjería.

Me interesa centrar nuestra atención en las posibilidades de defensa de los menores extranjeros ante la decisión de retorno a su país de origen.

Tenemos noticias de que, ante estas situaciones, la práctica más frecuente es que no exista ningún tipo de notificación formal, ni al servicio de Protección de Menores, ni al menor inmigrante, acerca de la decisión adoptada por la autoridad gubernativa. Únicamente tenemos constancia de la mera comunicación a dicho Servicio del día y la hora en que va a procederse a la repatriación.

Esto supone que -caso de ser cierta nuestra presunción- las posibilidades de accionar contra dicha decisión tanto en vía administrativa como jurisdiccional se ven fuertemente limitadas, tanto para el Servicio de Protección de Menores como para el propio menor afectado.

Todo lo cual nos lleva a preguntarnos si se está respetando el derecho de defensa de estos extranjeros -menores de edad- frente a unas decisiones administrativas que pueden estar en contradicción con sus propios deseos e intereses.

Se trata ciertamente de una cuestión compleja y difícil de dilucidar ya que son muchos los factores a considerar para adoptar una postura definitiva sobre el tema.

La investigación que realizamos con ocasión del Informe especial al que antes aludí nos permitió conocer que lo más habitual es que la Policía se persone en el centro de protección donde está acogido el menor -normalmente previa comunicación del día y la hora al Servicio de Protección de Menores- y proceda a llevarse al mismo. Según nuestros informantes -responsables de centros de protección- no suelen producirse situaciones conflictivas o violentas durante este trámite, siendo normalmente aceptada la situación por parte de los menores, aunque estén disconformes con la misma.

Las consecuencias de tal conocimiento previo por parte de los menores suelen concretarse en un elevado número de fugas en las fechas previas a la ejecución de la repatriación, que frustran tal posibilidad.

No obstante, no siempre ocurre así, en ocasiones el menor permanece en el centro y se enfrenta a la repatriación. Esto puede ocurrir porque el menor acepte ser repatriado, por un exceso de confianza, una mala previsión acerca de la fecha de ejecución de la decisión o simplemente por la celeridad de la Policía a la hora de ejecutar la orden de retorno.

Llama especialmente la atención que la falta de uniformidad en los criterios de decisión ha venido siendo la nota dominante en relación a las posibilidades de retorno o permanencia de los menores y que, como consecuencia, se originan distorsiones en los procesos migratorios que, en muchos casos, incrementan los riesgos, ya de por sí considerables, que los menores asumen cuando toman la decisión de acceder de forma irregular a nuestro país.

Así, en las entrevistas sostenidas con los menores inmigrantes durante nuestras visitas a los centros de protección con motivo de la elaboración del Informe especial, tuvimos ocasión de conocer como los mismos arriesgaban su salud y hasta su vida tratando de alcanzar, no ya suelo español, sino cualquier provincia que incrementara sus posibilidades de alcanzar su principal objetivo migratorio: permanecer en España y regularizar su situación.

Para concluir quisiera hacer una breve referencia a las garantías del retorno para los menores.

La legislación de extranjería, concretamente el artículo 62 del Reglamento, es clara a la hora de exigir que, con antelación a la ejecución del retorno, se verifique que el mismo no va a comportar riesgo o peligro para el menor o su familia.

Por tanto, no todo retorno es viable por el mero hecho de que sea materialmente posible, sino que antes de acometer la repatriación de un menor es preceptivo que existan garantías suficientes de que dicho retorno no va a comportar una situación de riesgo para el mismo.

Por tanto, todo retorno de un menor debe tener por único objeto la reagrupación del mismo con su familia. Una reagrupación que no va a producirse por el mero hecho de que el menor sea conducido a su país de origen, sino que exige de una actuación previa de localización de la familia, comunicación a la misma de que va a producirse el retorno y entrega efectiva del menor a su familia.

Es evidente que la realización de todas estas gestiones debería correr de cuenta del Estado que recibe al menor y del cual es originario. No obstante, el que la responsabilidad recaiga objetivamente en el Estado receptor del menor, no exime al Estado emisor de la obligación de comprobar que tales gestiones se realizan efectivamente y que, por tanto, el menor no asume situaciones de riesgo por su retorno que sean incompatibles con las garantías que al respecto exige la legislación de protección de menores.

Por tal motivo, corresponde a España garantizar que los menores inmigrantes retornados son efectivamente reagrupados con sus familias en el país de origen y no se ven durante su repatriación en situaciones de riesgo, ni son sometidos a prácticas que puedan vulnerar sus derechos como menores.

En este sentido, el Gobierno español ha manifestado públicamente en reiteradas ocasiones que las repatriaciones de menores inmigrantes se producen con plenas garantías de que los menores no son puestos en situaciones de riesgo y ven plenamente respetados sus derechos.

No dispone esta Institución de datos propios que le permitan ratificar la veracidad de estas afirmaciones o poner en tela de juicio las mismas, puesto que no ha realizado investigación alguna al respecto.

No obstante, no podemos dejar de hacernos eco de las numerosas informaciones aparecidas en los medios de comunicación denunciando las condiciones en que se producen las repatriaciones de menores a Marruecos, ni obviar las cada vez más numerosas y cualificadas voces que alertan de la falta de garantías con que se están efectuando estas repatriaciones.

De todas las informaciones, denuncias y confidencias recibidas al respecto, quizás la que nos merece mayor credibilidad por estar basada en un trabajo de investigación serio y riguroso, acometido por profesionales con experiencia y conocimientos en la materia y realizado in situ en Marruecos, sea el estudio que en su momento presentó el colectivo independiente *Al Jaima*, financiado por la Fundación Santamaría y realizado en Tánger (Marruecos) bajo la dirección de la antropóloga de la Universidad Autónoma de Madrid Mercedes Jiménez.

Dicho estudio, elaborado en base al seguimiento de los casos de 105 niños y 30 familias, muchos de ellos repatriados desde España a Marruecos, aporta datos y testimonios estremecedores y muy reveladores sobre cómo se desarrolla el proceso de retorno de los menores repatriados a Marruecos.

De la lectura de los muchos casos que se documentan en el estudio, puede extraerse como resumen que los menores repatriados a Marruecos, supuestamente para ser reagrupados, son recogidos por la policía española en los centros de protección y, previa obtención de un documento de viaje “laissez passez” en el Consulado de Marruecos, la policía española los acompaña en barco hasta Marruecos y en el puerto de llegada son entregados a las Fuerzas de Seguridad marroquíes, que los ponen a disposición de un Juez, el cual suele condenarlos por la infracción administrativa de cruce ilegal de fronteras -sancionado en Marruecos- al pago de una multa. No siempre ocurre así, ya que la principal característica de este sistema es la gran discrecionalidad de que goza el Juez para decidir, por lo que en ocasiones decide la puesta en libertad sin cargos del menor.

No obstante, lo más habitual es que los menores sean encerrados en los calabozos de las dependencias policiales, junto con detenidos adultos, permaneciendo en esta situación durante varios días, sometidos a malos tratos y abusos y escasamente alimentados, hasta que finalmente son puestos en libertad, a veces en localidades situadas a cientos de kilómetros de su lugar de residencia y sin facilitarles medio alguno para llegar hasta sus familias.

Las familias de los menores no son advertidas en ningún momento de que va a producirse dicho retorno, ni se adopta disposición alguna para posibilitar que dichas familias puedan hacerse cargo de los mismos a su llegada.

Nosotros, como Institución, no podemos llegar más allá de hacernos eco de estas denuncias, puesto que -debemos insistir- no disponemos de datos propios obtenidos mediante un proceso de investigación riguroso que nos permitan pronunciarnos con conocimiento de causa sobre su veracidad o falsedad.

Lo que sí podemos, y debemos hacer, es exigir de las autoridades españolas que estas denuncias

sean debidamente investigadas y, caso de comprobarse su autenticidad, se adopten de inmediato las medidas necesarias para garantizar que los procesos de repatriación de menores inmigrantes acogidos por España se realizan con pleno respeto a las estipulaciones contenidas en la normativa nacional e internacional de protección de los derechos de los menores.

En este sentido, nuestra Institución ha planteado una posible alternativa a la forma en que actualmente se realizan estos procesos de repatriación de menores inmigrantes para el reagrupamiento familiar, que creemos podría permitir compatibilizar las garantías exigibles a estos procesos con la efectividad de los mismos: Previo acuerdo entre el Gobierno de España y el Reino de Marruecos, se concierte con una asociación u organización radicada en Marruecos y dedicada específicamente a asuntos relacionados con la infancia, de reconocida solvencia y capacidad, su intervención en el procedimiento de repatriación de menores inmigrantes para su reagrupación familiar, con el objetivo de garantizar que el mismo se efectúa con pleno respeto a las disposiciones legales de protección de los menores.

La función de esta asociación sería la de localizar a la familia del menor e informarle de su retorno, adoptando las medidas oportunas para que la misma pueda hacerse cargo efectivo del menor una vez llegue a territorio marroquí, ya sea desplazándose al lugar de arribo o facilitando al menor medios para llegar hasta su localidad de residencia. Las cuestiones administrativas o judiciales derivadas de la inmigración ilegal del menor deberían ser solventadas por dicha asociación, tras el oportuno acuerdo con las autoridades marroquíes, de forma que se evitara el ingreso del menor en prisión y cualquier posibilidad de abusos o malos tratos.

Nos parece, sinceramente, que la alternativa propuesta permitiría conjugar perfectamente la conveniencia de hacer efectiva las reagrupaciones familiares de los menores inmigrantes y la necesidad de garantizar que los procesos de retorno y reagrupación se realizan con las debidas garantías. Sin que, a priori, encontramos motivos o razones para pensar que dicha propuesta pueda resultar inviable por contradecir los intereses de alguno de los dos países afectados.

Muchas gracias

EXTRANJERÍA

Elena Pallarés Vaquero

Abogada. Andalucía Acoge

A) INTRODUCCIÓN

La doble condición que concurre en el colectivo que nos ocupa: menor extranjero y “no acompañado”, además de poner en marcha el sistema jurídico de protección del menor, hace que “entre en juego” la normativa de extranjería, concretamente la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero tras sus sucesivas modificaciones (la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre y la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de Noviembre), en adelante LODYLE, así como su reglamento de ejecución: el RD 2393/2004, de 30 de Diciembre, en lo sucesivo RELODYLE, introduciendo una serie de especificidades y matizaciones, de gran trascendencia y relevancia práctica en el régimen jurídico que le es de aplicación a este grupo social. Eso sí, la solución de “conciliación” en los posibles conflictos que pudieran existir entre esta normativa en materia de extranjería y la aplicable en materia de protección de los menores, tanto de ámbito internacional, europeo como nacional, debe atender en todo momento a garantizar al menor la protección debida y a primar el interés superior del mismo sobre otros intereses legítimos, atendiendo¹ a lo establecido en el artículo 3 en su apartado primero de la Convención de Derechos del Niño², en adelante CDN y en los artículos 2 y 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³, en lo sucesivo LOPJM. Pero esta “conciliación” no se presenta como tarea fácil en la práctica y no siempre se consigue de una manera correcta, entre otros motivos por las lagunas jurídicas de las que adolece la normativa existente, así como por la aplicación e interpretación incorrecta que de la misma hacen en ocasiones los distintos agentes y órganos que intervienen a lo largo de todo el proceso,

1_ Ver también al respecto el artículo 3.1 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor (Comunidad Autónoma de Andalucía).

2_ Artículo 3 (CDN)

1. 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.

3_ Artículo 2 Principios generales (LOPJM)

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medida se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

Artículo 11. Principios rectores de la acción administrativa (LOPJM)

2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes:

a) La supremacía del interés del menor.

atendiendo más a una necesidad de control de flujos migratorios que a la protección del menor no acompañado, primando en esos casos su condición de extranjero sobre la de su minoría de edad y su situación de desamparo.

En definitiva esta doble condición: menor “no acompañado” y extranjero, va a estar presente en la mayoría de las actuaciones que se desarrollen por los distintos agentes y órganos que intervienen, desde que se produce la entrada del menor en nuestro país y su puesta a disposición de los Servicios de Protección correspondientes y hasta que se adopta por parte de la Administración Central (Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno) la resolución repatriativa del menor o bien se determina su permanencia en España.

Si bien se trata de un tema de una gran extensión, complejidad y de abundante casuística, atendiendo al título de la ponencia, al objetivo perseguido por la misma y especialmente al hecho de que otros aspectos relevantes en la materia que nos ocupa serán abordados en otras sesiones formativas, además estoy segura que de manera magistral, por los distintos ponentes cuya intervención está prevista en estas Jornadas, centraré mi exposición en lo establecido por la normativa de extranjería, así como en su aplicación práctica en lo que respecta: al derecho a la asistencia sanitaria, a la educación y al derecho a ser oído del menor, a la asistencia letrada independiente y, en su caso, de intérprete, de los menores extranjeros “no acompañados”, así como a la regularización de su situación administrativa vía normativa de extranjería, a su acceso al mercado laboral y por último a la adquisición de la nacionalidad Española, conforme a lo establecido en nuestro Código Civil.

B) DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO “MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO”

Como punto de partida y antes de abordar la exposición sobre las materias indicadas, se hace necesario delimitar **el concepto de “menor extranjero no acompañado”**, a la luz de lo establecido por nuestra normativa interna, la normativa europea y los Convenios Internacionales suscritos por España en materia de Protección de Menores. Respecto al “*concepto de menor*” nos remitimos a lo establecido en el art. 1 de la LOPJM⁴, así como en el art. 1 de la CDN⁵, de ambos artículos podemos concluir que se entenderá por menor a toda persona menor de 18 años salvo que en virtud de ley que le sea aplicable hubiese alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. Respecto al concepto de “*no acompañado*”, habrá que estar a lo establecido por la Observación General del CDN concretamente en su Regla séptima, por la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, con-

4_ Artículo 1. Ámbito de aplicación (LOPJM)

La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

5_ Artículo 1 (CDN)

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

cretamente en su artículo 1.1 y por el artículo 2 f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, en los tres casos existe un consenso en lo sustancial de lo que debe entenderse por “menor no acompañado”, pudiendo concluir que el menor extranjero que se encuentra en territorio español sin la compañía de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, tendrá la consideración de menor extranjero no acompañado. Debe constatarse por tanto no sólo que no existen familiares, sino tampoco guardadores que legítimamente los tuviesen en su compañía. Por otra parte indicar, aunque pueda resultar obvio, para evitar cualquier equívoco que a pesar de concurrir todos los requisitos expuestos no estarían incluidos dentro de este concepto, los siguientes supuestos: menores que se encuentren en España por razones de estudios, durante el tiempo de vigencia de su autorización de estancia por este motivo, aunque no se encuentren acompañados, y menores desplazados temporalmente a España dentro de programas con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones.

C) DERECHOS Y MARCO JURÍDICO APLICABLE

Al referirnos de forma general a los derechos del menor en España y al marco jurídico aplicable tenemos que tomar de forma obligada como referencia básica la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y más concretamente su Título I y II, sin olvidar obviamente lo recogido en la Constitución Española y lo previsto por los Convenios y Tratados Internacionales en la materia suscritos por España, especialmente en la Convención de Derechos del Niño. Pero como ya indicábamos más arriba son varios los elementos definidores que están presentes en el grupo social al que nos referimos, uno de estos elementos es el estatuto de extranjero, de este elemento definidor van a derivarse entre otras las dos cuestiones siguientes a la hora de abordar el catálogo de derechos y garantías que tienen reconocidos: la primera de estas cuestiones sería si la LOPJM así como el resto de normativa nacional, regional e internacional suscrita por España en la materia sería de aplicación a los menores extranjeros no acompañados que se encontrasen en España y la segunda que prevalecería en caso de conflicto entre la normativa de extranjería (la LO 4/2000, de 11 de Enero y su reglamento de ejecución) y la normativa de protección del menor, es decir entre el estatuto de extranjero y la condición de menor no acompañado. Respecto a la primera de las cuestiones comentar que en el artículo primero de la propia LOPJM⁶ al establecer su ámbito de aplicación se recoge que esta Ley y sus Disposiciones de desarrollo serán de aplicación a las personas menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que por ley aplicable hubiesen alcanzado con anterioridad la mayoría de edad, no se hace distinción alguna por tanto entre menores nacionales y no nacionales, además en su artículo tercero párrafo primero⁷ al referirse a los Instrumentos Internacionales se establece que los menores gozarán de los derechos reconocidos por los mismos sin discriminación

6_ Ver nota a pie num. 4

7_ Artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.
(...).

alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. A la segunda de las cuestiones igualmente podemos encontrar respuesta en la propia LOPJM, concretamente en su artículo 2 en relación con el número 11 apartado segundo letra a), de ambos artículos podemos deducir la supremacía del interés superior del menor de concurrir otros intereses legítimos ⁸.

Una vez determinado que los menores extranjeros “no acompañados” que se encontrasen en España estarían bajo el “paraguas protector” entre otras de la LOPJM y la CDN, así como la supremacía de su condición de menor “no acompañado” sobre su estatuto de extranjero, nos centraremos en analizar de forma concreta el derecho a la asistencia sanitaria, a la educación y por último a la asistencia jurídica gratuita y de intérprete de este grupo social, atendiendo a la relevancia de los primeros y a las dudas que plantea el reconocimiento de éste último aunque podemos adelantar que ya existen precedentes en nuestro país.

- Derecho a la asistencia sanitaria:

El artículo 12 en su apartado tercero de la LO 4/2000, de 11 de Enero sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹, en adelante LODYLE, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles a todas las personas extranjeras menores de 18 años que se encuentren en España. De igual forma se reconoce el acceso a la asistencia sanitaria a todos los niños en el artículo 24 de la CDN¹⁰ y en el artículo 10 apartado tercero de la LOPJM¹¹ se establece expresamente el acceso a este derecho a todos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la guarda o tutela de la administración pública competente, indistintamente de que encuentren en situación administrativa regular o irregular en España. Pero como ya indicaba Save the Children España, en su “*informe sobre la situación de los Menores no Acompañados en España*”¹²: “*aunque los menores no acompañados tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, la igualdad de acceso puede resultar difícil para los grupos de menores especialmente vulnerables*”, se referían de forma expresa en su informe a la realidad de los menores detectados por las autoridades en Ceuta pero que carecían de una residencia es-

8_ Ver nota a pie num. 3

9_ Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria. (LODYLE)

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

10_ Artículo 24 (CDN)

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. (...)

11_ Artículo 10. Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos (LOPJM)

3. Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España.

12_ Documento de trabajo IV. Menores no acompañados: “Informe sobre la situación de los Menores no acompañados en España”, elaborado por Save The Children España, sobre la base de la investigación llevada a cabo por esta entidad en el periodo comprendido entre agosto de 2002 y agosto de 2003.

table en el Centro “La esperanza”, estos menores al carecer de tarjeta sanitaria no podían acceder a un tratamiento continuado, más allá de las situaciones de urgencia, destacaban además que esta situación era común a numerosos menores atendiendo a las características específicas de la C.A. de Ceuta en tanto que frontera con Marruecos. Así como también hacían especial hincapié en la atención de la salud mental: a la insuficiencia de los recursos incluso para los españoles, a las dificultades que planteaba el acceso a esta atención por el desconocimiento del español de los menores o por provenir de culturas con una concepción “negativa” de este tipo de atención, también se referían al estudio¹³ de Médicos sin Fronteras en el que se constataba que el 100% de los niños de la calle en Ceuta presentaban síntomas de ansiedad y miedo.

- Derecho a la Educación:

El artículo 9 en su apartado primero de la LODYLE establece el acceso a la educación como un derecho y un deber de todos los extranjeros menores de 18 años en igualdad de condiciones que los españoles, continua el artículo estableciendo que este derecho comprende la enseñanza de carácter obligatorio, así como la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas. Tras lo expuesto cabría preguntarse qué ocurre con el acceso a la enseñanza de carácter no obligatorio: la educación infantil y la posobligatoria; respecto a la primera se recoge en el apartado segundo de este artículo que por parte de la administraciones públicas se garantizará un número de plazas suficientes para atender la demanda existente. Sobre la posobligatoria se pronuncia el apartado tercero de este artículo, tras su redacción dada por la LO 8/2000, de 11 de enero, reconociendo únicamente el acceso a los extranjeros residentes, es decir que se encuentren en situación administrativa regular en España, destacar que como consecuencia de lo establecido podrían quedar excluidos del acceso a la enseñanza posobligatoria los menores en el tramo de edad de los 16 a los 18 años si no se encuentran en situación regular en España. Lo previsto en este apartado tercero, como ya indicábamos en el informe conjunto elaborado por “Andalucía Acoge”, la RED Acoge y la Plataforma para la Convivencia relativo a los aspectos de la LO 8/2000, de 22 de Diciembre, susceptibles de recurso ante el Tribunal Constitucional, vulneraría el artículo 27.2 de la CE, el artículo 28 de la CDN en conexión con su artículo 2 y el artículo 10.3 de la LOPJM, opinión compartida también por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al anteproyecto de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de Enero. De hecho este artículo fue incluido en los ocho recursos de inconstitucionalidad presentados ante el Tribunal Constitucional respecto a determinados artículos de esta Ley. Recursos sobre los que se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional estableciendo respecto al artículo noveno apartado tercero la inconstitucionalidad y nulidad de la inclusión del término “residentes” en el mismo.

Al hilo de lo expuesto pero ya concretamente en relación con el acceso a la educación por parte de los menores extranjeros no acompañados, hemos de comentar que el artículo 35.4 de la LODYLE¹⁴ establece que se entenderá regular a todos los efectos la residencia de los menores tute-

13_ Médicos Sin Fronteras España, estudio socio-psico-sanitario de los menores no acompañados en la ciudad de Ceuta.

14_ Artículo 35. Residencia de menores (LODYLE)

4. Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos

lados por una administración pública y que el artículo 92.5 del RELODYLE¹⁵ aclara que el no contar con autorización de residencia no supondrá un obstáculo para el acceso por parte del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que a criterio de la entidad de protección de menores competentes redundasen en su beneficio. Esta “facilidad” de la que se quiere dotar al acceso por parte de los menores extranjeros “no acompañados” a las actividades o programas educativos o formativos sin embargo no tiene siempre el reflejo deseado en la práctica, como pone de manifiesto por ejemplo: las dificultades que plantea la expedición de títulos o certificados de los estudios escolares o cursos de formación realizados por el menor y/o su participación en determinadas actividades, cuando se trata de menores a los que no les ha sido asignado aún un número de identificación de extranjero (NIE), así como las dificultades de acceso a la formación laboral con compromiso de contratación o prácticas en empresas, el más valorado de los recursos educativos por este grupo social, como consecuencia de la insuficiencia de plazas y el no haber sido dictada aún su declaración de desamparo, encontrándose en situación de guarda administrativa y no poder acceder a la correspondiente exceptuación de la autorización de trabajo, lo que es necesario de cara a acceder a las prácticas que suelen incluirse en este tipo de formaciones¹⁶.

- El Derecho del menor a ser oído y la Asistencia letrada:

El derecho a ser oído del menor ya se reconocía en la Convención de Derechos del Niño en su artículo 12¹⁷ y posteriormente ha sido reconocido por nuestra normativa nacional en el artículo 9 de la LOPJM¹⁸, en conexión con la nueva concepción que introduce por esta norma: menor como

se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

15_ Artículo 92. Menores extranjeros no acompañados. (RELODYLE)

5.(...) En todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio. (...).

16_ Ver nota a pie num.13

17_ Artículo 12 (CDN)

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.

18_ Artículo 9. Derecho a ser oído (LOPJM)

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las compareencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor; o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él pue-

persona autónoma y con capacidad para intervenir en la toma de decisiones que le afecten. También se reconoce este derecho en la normativa de ámbito autonómico (C.A de Andalucía) concretamente en el artículo 14 de la Ley 1/1998 de 20 de Diciembre, de los Derechos y atención del menor. Este “derecho a ser oído del menor”, como se indica en el apartado primero del artículo nueve citado más arriba, se haría extensivo al ámbito familiar, así como a cualquier procedimiento administrativo o judicial en que el menor estuviese directamente implicado y en el que se vaya a tomar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Por otra parte en lo que respecta de forma concreta a los menores extranjeros no acompañados podemos encontrar una referencia expresa al mismo en el artículo 92.4 párrafo primero del RELODYLE¹⁹, al establecerse la audiencia del menor con carácter previo y obligatorio por parte de la Administración General del Estado antes de resolver sobre la procedencia de la “repatriación” del menor a su país de origen o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España. Eso sí de cara a que exista un ejercicio real y efectivo del “derecho a ser oído”, más allá de un acto de “mero trámite” o de “puro formalismo” debe dársele cumplimiento desde una óptica activa y pro activa informando al menor en forma que le sea comprensible sobre la importancia y finalidad de dicho trámite y debiéndose dejar constancia de su celebración en el procedimiento en cuestión. La importancia de este derecho y las consecuencias de su no observancia han sido valoradas por parte del Tribunal Constitucional, pronunciándose en el siguiente sentido: este derecho “*integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión... derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor*” (STC nº 71/2004, de 19 de abril) por lo que la omisión del trámite de audiencia al menor supone una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución (STC nº 221/2002, de 25 de noviembre).

Continua el artículo 9 en su apartado segundo, estableciendo que el derecho a ser oído del menor podrá ser ejercido por éste directamente o por persona que designe libremente para que le represente cuando tenga suficiente juicio para ello, la concurrencia de este requisito no vendría determinado exclusivamente por el hecho de que el menor tuviese una edad concreta, sino que atenderá a la capacidad del menor para adoptar decisiones por sí mismo. Para aquellos supuestos en los que no concurra este requisito o no convengan al interés superior del menor se establece que podrá conocerse la opinión del mismo a través de su representante legal, siempre que no sea parte interesada o existan intereses contrapuestos, o incluso a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con el menor pudiesen transmitir objetivamente su opinión.

Por último en su apartado tercero se recoge que la denegación de la solicitud de audiencia planteada por el menor o persona que le represente deberá ser motivada y notificada al ministerio fiscal y al solicitante y en su caso a su representante legal.

dan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

19_ Artículo 92. Menores extranjeros no acompañados.

4. La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre la repatriación a su país de origen, o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

En el supuesto que nos ocupa el de los menores extranjeros no acompañados, obviamente también sería predicable “el derecho a ser oído del menor” sobre la base de lo más arriba expuesto, además no únicamente en el expediente de repatriación, y ello aunque el único pronunciamiento expreso en la normativa de extranjería que podamos encontrar sea lo previsto en el artículo 92.4 referido en su párrafo primero. Por otra parte tal y como se establece en el apartado segundo de la LOPJM, el menor podrá ejercitar este derecho por sí mismo o a través de persona que designe para que le represente cuando cuente con suficiente juicio para ello, el problema existe cuando no sea así o no sea conforme al interés del menor, en estos casos se establece que el menor podrá expresar su opinión por medio de su representante legal siempre y cuando no sea parte interesada o no tenga intereses contrapuestos a los del menor. Atendiendo al supuesto que nos ocupa y al hecho de que el representante legal del menor sería la administración autonómica correspondiente (sistema de protección), es fácilmente deducible que podrán darse supuestos en los que el interés de la administración autonómica y el del menor sean opuestos y en numerosas ocasiones del todo irreconciliables. Por lo que sin perjuicio de la posibilidad que se prevé en el apartado segundo del artículo 9 in fine (persona que por su profesión o relación de confianza con el menor pudiese transmitir de manera objetiva su opinión), entendemos que en este último supuesto sería de aplicación por analogía lo previsto en el artículo 163 del Código Civil para los supuestos en que el padre o la madre tuviesen un interés opuesto al de sus hijos no emancipados o del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. En estos casos la solución que establece este artículo es el nombramiento de un defensor que los represente en juicio y fuera de él²⁰.

En clara conexión con el derecho a ser oído del menor se encuentra la asistencia letrada al mismo, no se establece nada al respecto por la normativa de extranjería pero han sido numerosos los pronunciamientos que han existido a favor del reconocimiento de una asistencia letrada independiente al menor extranjero no acompañado, pudiendo destacar los siguientes:

- En opinión del Defensor del Pueblo²¹, tal y como se recoge en su informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España (2005), concretamente en sus conclusiones relativas a los menores extranjeros: la administración autonómica que haya asumido la tutela del menor extranjero no acompañado deberá garantizar el derecho del menor a expresar su opinión, con todas las garantías debidas, y a que sea valorada de forma objetiva. Para esto es necesario que se le preste un asesoramiento jurídico independiente de los intereses de la Administración, y orientada al interés superior del menor. El derecho a la asistencia letrada debe reconocerse al menor con independencia de la presencia del Ministerio fiscal (conflicto de intereses), tanto en el procedimiento administrativo en el que se decida sobre su repatriación como en el expediente administrativo para declararle en desamparo. Lo más conveniente es que el abogado fuese el mismo en ambos procedimientos.

- D. Luis Fernández Arévalo (Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla): recoge en un estudio²²

20_ La presencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento no es incompatible con el nombramiento del Defensor Judicial, tal y como ocurre en otros supuestos contemplados por nuestra normativa. Además en la práctica es relativamente frecuente encontrar supuestos en los que aunque el Ministerio Fiscal ha tenido conocimiento de la oposición del menor a la resolución dictada o la decisión adoptada por la administración ha mostrado su conformidad con las mismas.

21_ Ver también en el mismo sentido la “declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las administraciones públicas respecto a los menores no acompañados” (“Principios de Actuación”: punto 5º). Octubre de 2006.

22_ “Menores Extranjeros No acompañados: Problemática Legal”. D. Luís Fernández Arévalo (Fiscal de Sevilla).

sobre el tema que ahora abordamos, la siguiente reflexión: “a mi juicio una correcta interpretación del derecho de asistencia letrada contemplado en el art. 22.1 LOE –“los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice”- reconduce al reconocimiento de este derecho de asistencia letrada, so pena de incurrir en una discriminación por razón de edad, con independencia de que el art. 35.3 de la LODYLE y 92.4 del RELODYLE no lo reconozcan explícitamente. A ello debe agregarse la previsión contemplada en el art. 20.2 de la LODYLE, que dispone que “los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley”, y dada la minoría de edad del menor, su situación de vulnerabilidad, y la posible contradicción de intereses con los de las Comunidades Autónomas y el Estado, la contradicción solo puede asegurarse con dicha asistencia letrada”.

Además se habrían pronunciado en este mismo sentido entre otros: la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), D. Joaquín Sánchez-Covisa (responsable de la Fiscalía de Extranjería) y reputados estudiosos sobre el tema, como por ejemplo D^a Elena Arce Jiménez²³. Por último se hace necesario destacar la reciente firma de Convenios de Colaboración entre los Colegios de Abogados y la Administración, de cara a prestar asistenta jurídica gratuita (Turno de Oficio) a los Menores Extranjeros No acompañados²⁴.

D) RESIDENCIA LEGAL

Los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en nuestro país pueden regularizar su situación: “vía normativa de extranjería” o “vía asilo”. A continuación haremos referencia a la primera de estas vías (artículo 35.4 de la LODYLE y artículo 92.5 del RELODYLE), en tanto la segunda será abordada en otra de las intervenciones previstas en estas jornadas, sólo apuntar antes de entrar en materia que ambas vías serían “compatibles”, como puede desprenderse del artículo 22.2 del CDN, de manera que el hecho de haberse tramitado la solicitud de asilo no debería en ningún caso menoscabar los derechos que como menor extranjero no acompañado tuviesen reconocidos en España, debiendo procederse a otorgarle la autorización de residencia a la que se hace referencia en los artículos 35.4 de la LODYLE y 92.5 del RELODYLE, sin que esto supusiese en ningún caso la suspensión o desistimiento de la solicitud de asilo.

23_ Estudio: “Menores Extranjeros No Acompañados”. Elena Arce Jiménez. Noviembre de 2005.

24_ Destacar el Convenio de Colaboración entre la Delegación del Gobierno en Cantabria y el Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria, firmado recientemente (junio de 2007), en el que se establece la asistencia letrada de oficio al menor extranjero no acompañado desde el inicio del expediente de repatriación, incluido por tanto el trámite de audiencia (Base 2^a), así como el Convenio celebrado por el Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa, el cual prevé la posibilidad de la asistencia letrada al menor extranjero no acompañado incluso en supuestos distintos al expediente de repatriación.

El artículo 35.4 de la LODYLE²⁵, establece de forma clara que debe considerarse regular a todos los efectos la residencia de los menores tutelados por la administración pública²⁶, y que a instancia del organismo que ejerza la tutela, que será quien presente por tanto la solicitud una vez que hubiese quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, deberá otorgarse por parte de la Subdelegación o Delegación del Gobierno correspondiente la autorización de residencia al menor. Es importante destacar que los efectos de la autorización se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición del Servicio de protección de menores competente, lo que es especialmente importante de cara a computar el tiempo de residencia legal del menor para trámites como por ejemplo la adquisición de la nacionalidad española por residencia. De lo previsto por la LODYLE no se desprende ningún requisito más, además de lo ya expuesto, de cara a la concesión de esta autorización de residencia al menor extranjero no acompañado, sin embargo el artículo 92.5 del RELODYLE²⁷ parece establecer un nuevo requisito de cara a su concesión, además de que se hubiese intentado la repatriación del menor con su familia o al país de origen sin éxito, deberán haber transcurrido nueve meses desde que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección, la exigencia de el transcurso de este periodo ha sido objeto de distintas valoraciones e interpretaciones, mientras algunos estudiosos sostienen que esta “novedad” introducida vía reglamento carecería de cobertura legal alguna²⁸, desde las Defensorías²⁹ en la misma línea se declara que las administraciones competentes deben empezar a documentar al menor y tramitar su residencia cuando quede acreditada la dificultad de retorno con su familia, de acuerdo con el artículo 35.4 de la LODYLE, sin esperar los nueve meses que establece el RELODYLE, plazo que de acuerdo con una interpretación conforme a la ley debe ser considerado un máximo, otros expertos como D. Luís Fernández Arévalo (Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla) hacen la siguiente interpretación de este inciso: que de esta manera se des-

25_ Artículo 35. Residencia de menores. (LODYLE)

3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

26_ Ya nos hemos referido más arriba a la “ralentización” innecesaria de las declaraciones de desamparo que se vienen observando en determinadas CC.AA. y sus consecuencias en el sistema de protección, y en el acceso por parte de los menores a los derechos y garantías que tienen reconocidas.

27_ Artículo 92. Menores extranjeros no acompañados.

5. Transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo con el apartado 2, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio. El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo. En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

28_ Estudio: “Menores Extranjeros No Acompañados”. Elena Arce Jiménez. Noviembre de 2005.

29_ “Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las administraciones públicas respecto a los menores no acompañados” (“Principios de Actuación”: punto 2º). Octubre de 2006.

conecta la tramitación y otorgamiento de la autorización de residencia de la petición por parte de los servicios de protección de menores competentes, ya que una vez transcurrido el plazo de los 9 meses e intentada la repatriación sin que esta hubiese sido posible deberá procederse a otorgar de oficio la autorización por parte de la autoridad Gubernativa del Estado, de tener constancia de esos extremos³⁰. Otro de los aspectos que introduce el artículo 92.4 del RELODYLE va a ser la aclaración de que el hecho de contar con la autorización de residencia no será impedimento para que se lleve a cabo la repatriación del menor conforme a lo establecido en este mismo artículo (cuando concurren las condiciones y garantías exigidas para la repatriación). Por otra parte también se establece en este apartado cuarto que en el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j de la LODYLE (no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo). Respecto a esta última posibilidad de que sea concedida la autorización una vez alcanzada la mayoría de edad, si con ello se persigue evitar los efectos perjudiciales para el menor de la inactividad³¹ por parte de las administraciones competentes en la solicitud y concesión de las autorizaciones, no parece lógico el que además se exija a los menores su participación adecuada en las formaciones y actividades para su integración social³².

E) ACCESO AL MERCADO LABORAL: AUTORIZACIÓN DE TRABAJO E INSCRIPCIÓN COMO DEMANDANTE DE EMPLEO

Respecto al acceso al mercado laboral por parte de los menores extranjeros no acompañados, comentar conforme a lo establecido en el artículo 41.l.k)³³ de la LODYLE y en su desarrollo reglamentario por el artículo 68 k)³⁴ del RELODYLE, que quedan exceptuados de la obligación de ob-

30_ “Menores Extranjeros No acompañados: Problemática Legal”. D Luís Fernández Arévalo (Fiscal de Sevilla)

31_ “Menores Extranjeros No acompañados: Problemática Legal”. D Luís Fernández Arévalo (Fiscal de Sevilla): “...Entendemos de vital importancia en cualquier caso que el Ministerio Fiscal pueda y deba verificar la concesión de la autorización de residencia, para lo que por propia iniciativa, o a solicitud de ONGs o personas interesadas pueda requerir en el ejercicio de sus funciones de superior vigilancia de la tutela de los menores (art. 174.1 CC) la activación de la tramitación de esta autorización y su efectivo otorgamiento de la autorización precitada...”

32_ Estudio: “Menores Extranjeros No Acompañados”. Elena Arce Jiménez. Noviembre de 2005.

33_ Artículo 41. Excepciones a la autorización de trabajo.
Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

34_ Artículo 68. Excepciones a la autorización de trabajo.
k. Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social. Esta situación quedará probada con la acreditación de que la entidad citada ejerce la tutela del menor y la presentación por parte de esta de la propuesta de actividad que favorezca la integra-

tener autorización de trabajo para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional, los menores extranjeros en edad laboral (a partir de los 16 años), tutelados por la entidad de protección de menores competentes, mientras permanezcan en esta situación y concretamente para el desarrollo de aquellas actividades que a propuesta de la entidad de protección de menores favorezcan su integración social. Para el reconocimiento de la excepción, la entidad de protección correspondiente deberá solicitar la misma ante la Delegación o Subdelegación de Gobierno competente, acreditando que ejerce la tutela de ese menor y presentando la propuesta de actividad que favorezca la integración social del mismo, tal y como recoge el artículo 69.2 del RELODYLE. Pero se hace necesario destacar lo que por lo menos aparentemente constituiría una contradicción de la propia norma: el que el artículo 40.j) de la LODYLE, incluya dentro de los supuestos en los que no se tendría en cuenta la situación nacional de empleo, el de: “... los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen”, es decir pasaría a aplicar al supuesto arriba expuesto el régimen general previsto para la obtención de las autorizaciones de trabajo, con la única salvedad de que no se tendría en cuenta la situación nacional de empleo, lo que como indicábamos, por lo menos aparentemente, parece contradecir lo previsto por los artículos 41.l.k) de la LODYLE y 68.k) del RELODYLE (excepción de la autorización para trabajar). Sobre este último tema ya se pronunciaba D^a Elena Arce Jiménez en uno de sus estudios sobre el tema³⁵, apuntando la siguiente hipótesis, aunque como indica en el mismo sin ánimo de dejar zanjada la cuestión y haciendo un análisis literal de la dicción de los preceptos,: “Como se puede observar, comparando la dicción literal de ambos preceptos, el supuesto no es el mismo: mientras que el artículo 40 j) habla del menor extranjero en edad laboral con autorización de residencia, el artículo 41.l k habla de menor extranjero tutelado por la entidad de protección de menores competente. Dado el tiempo transcurrido, y como quiera que no ha aparecido corrección de errores alguna en el BOE dejando sin efecto el artículo 40.j, entendemos que, conforme al artículo 3 del Código Civil, cabría la interpretación siguiente: el artículo 41.l k se aplicará en un primer momento en los casos en los que el menor en edad laboral tutelado por la entidad pública se encuentre en trámites de obtención de su autorización de residencia, (...). Por lo tanto, el menor en edad laboral tutelado por la entidad pública podrá trabajar desde el mismo día en que cumpla los 16 años en cualquier actividad laboral que favorezca su integración social, y todo ello aunque no sea titular de autorización de residencia. Una vez obtenida la autorización de residencia, el menor en edad laboral tutelado por la entidad pública deberá obtener no solo la residencia sino una autorización de trabajo en régimen general al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.j) de la LODYLE.

Por otra parte destacar que no se prevé en la normativa de extranjería procedimiento específico o matización al ya previsto de forma general para la obtención de la correspondiente autorización para trabajar (menores tutelados y titulares de una autorización de residencia), lo que se traduce en la practica en que en principio le sea exigible al menor entre otros requisitos el que se haya encontrado en España al menos durante un año en situación de residencia legal, conforme a lo establecido por el artículo 96.I del RELODYLE (modificación de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia), atendiendo además a que las excepciones previstas de cara a la exigencia de este requisito (situación acreditada de necesidad, por circunstancias so-

ción social del menor.

35_ Estudio: “Menores Extranjeros No Acompañados”. Elena Arce Jiménez. Noviembre de 2005. Estudio: “Menores Extranjeros No Acompañados”. Elena Arce Jiménez. Noviembre de 2005.

brevemente, de trabajar para garantizar su subsistencia, titulares de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar, cónyuge reagrupado que accede a una autorización de residencia temporal independiente por la vía prevista en el artículo 41.2 del RELODYLE), no van a concurrir en el colectivo que nos ocupa. Recordar eso sí, de cara al cómputo del año, que los efectos de la autorización de residencia concedida al menor se retrotraerán al momento en que el/la mismo fuera puesto a disposición del servicio de protección del menor competente. Tampoco existe ninguna referencia específica en el caso de los “menores extranjeros no acompañados” respecto a lo previsto por el artículo 69.4 del RELODYLE, de manera que una vez alcanzada la mayoría de edad por el menor que hubiese estado desarrollando una actividad laboral, profesional o lucrativa o que incluso continuara realizándola, estando o habiendo estado exceptuado de la obligación de obtener la autorización de trabajo, le sería de aplicación lo previsto por el artículo 69.4 del RELODYLE, de manera que el hecho de haber sido titular de esa excepción no generaría derechos para la obtención de una autorización de trabajo, con las dificultades que de ello se derivan para su inserción socio-laboral una vez alcanzada la mayoría de edad.

Para finalizar este apartado referido al acceso al mercado laboral de los menores extranjeros no acompañados comentar que el artículo 10³⁶ de la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación, se refiere de forma expresa a la inscripción como demandantes de empleo de los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, estableciendo que se podrán inscribir tanto aquellos que fuesen titulares de una autorización de residencia temporal a favor de menores extranjeros no acompañados, como los que contasen con la acreditación de la entidad de protección de menores, eso sí sobre la base de los artículos 68.k) y 92.5 del RELODYLE para aquellas actividades que a criterio de la citada entidad, favorezcan su integración social. El documento a presentar de cara a la inscripción como se indica en el artículo 2.1.h) de la misma Orden, será la tarjeta de identidad de extranjero, la resolución por la que se conceda la autorización de residencia, o la acreditación de los servicios de protección de menores de la comunidad autónoma en los términos previstos en el artículo 10 más arriba referido.

En el supuesto de los menores que no tuvieran autorización de residencia, tal y como se recoge en el apartado segundo del artículo 10, podrán acceder, mediante la oportuna inscripción, a aquellas actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio, siempre y cuan-

36_ Artículo 10. Autorización de residencia temporal a favor de menores extranjeros no acompañados o acreditación de la entidad de protección de menores.

1. Se podrán inscribir como demandantes de empleo los menores extranjeros en edad laboral, tutelados por la entidad de protección de menores competente, titulares de una autorización de residencia temporal a favor de menores extranjeros no acompañados o con la acreditación de la entidad de protección de menores, para aquellas actividades que a criterio de la citada entidad, favorezcan su integración social, según lo establecido en los artículos 68.k) y 92.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.
2. Los menores que no tuvieran autorización de residencia podrán acceder, mediante la oportuna inscripción, a aquellas actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio, siempre y cuando dicha circunstancia haya sido previa e individualmente justificada por la entidad de protección de menores a los servicios públicos de empleo competentes para la inscripción.
3. La tutela de los menores deberá ser acreditada por la entidad de protección de menores competente.
4. Los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, acordarán con los tutores, entre la oferta de servicios disponibles, aquellas actividades que favorezcan la integración social de los menores siempre y cuando dicha circunstancia haya sido previa e individualmente justificada por la entidad de protección de menores.

do dicha circunstancia haya sido previa e individualmente justificada por la entidad de protección de menores a los servicios públicos de empleo competentes para la inscripción. Por otra parte cuando el apartado cuarto se refiere a los servicios de empleo a los que podría acceder el menor, podemos deducir atendiendo a la especificidad del apartado segundo y aunque no se indica expresamente que se estaría refiriendo a los menores que ya contasen con la autorización de residencia como menor extranjero no acompañado estableciendo para este supuesto que los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, acordarán con los tutores, entre la oferta de servicios disponibles, aquellas actividades que favorezcan la integración social de los menores siempre y cuando dicha circunstancia haya sido previa e individualmente justificada por la entidad de protección.

Por último indicar que el apartado tercero del artículo 10 establece que la tutela del menor deberá ser acreditada por el Servicio competente de Protección de Menores.

F) ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

En lo relativo a la adquisición de la nacionalidad por residencia el artículo 22.I del Código Civil establece que se requerirá que esta haya durado 10 años, pero sin embargo en su apartado segundo³⁷ recoge una serie de supuestos en los que sería suficiente el tiempo de residencia de un año, entre estos supuestos se incluiría, concretamente en su letra c), el siguiente: que la persona solicitante haya estado sujeta legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud. Recordar que la residencia, tal y como se recoge de forma expresa en el apartado tercero³⁸ del citado artículo deberá ser legal³⁹, continuada e inmediatamente anterior a la petición. Y que deberá cumplirse además con lo previsto de forma general para la adquisición de este tipo de nacionalidad en el apartado cuarto⁴⁰ del artículo 22, es decir, el interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de

37_ Artículo 22. Modificado por Ley 36/2002

1. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.

2. Bastará el tiempo de residencia de un año para:

(..)

c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.

38_ Artículo 22 Modificado por Ley 36/2002

3. En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

39_ Como ya hemos indicado anteriormente es importante destacar que los efectos de la autorización se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición del Servicio de protección de menores competente, lo que es especialmente importante de cara a computar el tiempo de residencia legal del menor para trámites como por ejemplo la adquisición de la nacionalidad española por residencia

40_ Artículo 22 Modificado por Ley 36/2002

4. El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

integración en la sociedad española. Por último comentar respecto a quien correspondería realizar la solicitud de adquisición de nacionalidad en este supuesto, que nos remitimos a lo establecido de forma general para la adquisición de nacionalidad por residencia en el artículo 21 apartado tercero⁴¹, que en el caso concreto de menores establece que le correspondería al propio menor asistido por su representante legal, en los casos que fuese mayor de 14 años y cuando fuese menor de dicha edad a su representante legal.

41_ Artículo 21

3. En uno y otro caso la solicitud podrá formularla: a. El interesado emancipado o mayor de dieciocho años b. El mayor de catorce años asistido por su representante legal. c. El representante legal del menor de catorce años. d. El representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación. En este caso y en el anterior, el representante legal sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización conforme a lo previsto en la letra a) del apartado 2 del artículo anterior.

CONCLUSIONES Y RESULTADOS DE UN ESTUDIO COMPARADO: LA SITUACIÓN Y TRATAMIENTO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EUROPA

Daniel Senovilla Hernández

Profesor-Investigador. Migrinter-Université de Poitiers

PRESENTACIÓN

Esta comunicación pretende presentar las principales conclusiones y resultados de una investigación que tiene como objetivo- partiendo de la base del conocimiento de este tipo de migración en España- descubrir y comprender primero cuál es la situación y el tratamiento que se reserva a los menores no acompañados en otros países europeos y, segundo, adaptar los diferentes conocimientos adquiridos a los términos y nociones principales que se utilizan a la hora de tratar con este colectivo en España. Tal investigación fue iniciada en el año 2004 en el marco de la realización de una tesis doctoral vinculada a las Universidades de Comillas en Madrid y de Poitiers en Francia. Desde el año 2006, el Observatorio Internacional de la Justicia Juvenil ha financiado tal investigación con el objeto de llevar a cabo una publicación de sus resultados. Recientemente, con el objeto de un coloquio celebrado en Poitiers sobre la misma temática¹, se presentó una publicación que constituye el resumen de los principales resultados de la investigación². La publicación completa y definitiva está prevista para el primer trimestre de 2008.

La investigación a la que nos referimos se ha centrado en el estudio en seis países diferentes (por orden alfabético: Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Reino Unido) de 15 diferentes elementos o variables comparativas idénticas. Las variables de análisis incluyen elementos de carácter social o demográfico [la evaluación histórica del fenómeno en cada país, las estadísticas, los perfiles socio-antropológicos de los principales grupos de menores, la situación de los menores que se encuentran fuera del sistema de protección], junto con un análisis detallado de los principales aspectos que configuran su estatuto jurídico y personal [el acceso al sistema de protección, las prestaciones del mismo (alojamiento, educación y salud), el sistema de tutela previsto, las políticas de repatriaciones,

1_ Coloquio internacional denominado "La migración de menores no acompañados en Europa: los contextos de origen, las rutas migratorias y los sistemas de acogida" y que, organizado por el Centro MIGRINTER de la Universidad de Poitiers- CNRS (<http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/>) y el Observatorio Internacional de la Justicia Juvenil (<http://www.oijj.org/home.php>), tuvo lugar en Poitiers los días 10 y 11 de octubre de 2007. Una gran parte de las comunicaciones están disponibles en el sitio Internet siguiente: <http://upty.univ-poitiers.fr/mineurs>.

2_ SENOVILLA HERNANDEZ, D. (2007): "Situación y tratamiento de los menores no acompañados en Europa. Un estudio comparado de 6 países- Resumen de resultados". Observatorio Internacional de la Justicia Juvenil. Disponible en el sitio web del OIJJ: http://www.oijj.org/documental_ficha.php?cod=1&total=3&tampag=10&vis=C&pags=1

las posibilidades de regularización, el acceso al mercado de trabajo y el paso a la edad adulta].

Resulta obviamente complicado condensar en una ponencia tanta cantidad de información por lo que, procuraré centrarme en aquellos puntos que revisten mayor importancia o relevancia o que son más novedosos o desconocidos desde el punto de vista de la realidad y el tratamiento del fenómeno en España.

SOBRE TERMINOLOGÍA Y DEFINICIONES: DELIMITACIÓN

Un primer punto a tener en cuenta desde un punto de vista comparado es la diversidad de términos que se utilizan en Europa.

En España está arraigado el término “menores extranjeros no acompañados”, el cual reviste carácter oficial al ser el que encabeza el artículo 92 del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, precepto que desarrolla el 35 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003, y que constituye la base del tratamiento específico que se otorga a estos niños desde el prisma de extranjería. Sin embargo, en otros países europeos existen otras denominaciones que suelen venir determinadas por las diferentes políticas desde las que estos Estados abordan el fenómeno migratorio. Así, en el ámbito de nuestro estudio, tanto Alemania como el Reino Unido comparten la denominación menores no acompañados solicitantes de asilo o refugiados (*unaccompanied asylum seeking minors* o *unaccompanied refugee minors*) ya que el tratamiento de estos emigrantes se lleva cabo casi exclusivamente desde el prisma del derecho de asilo. Italia que constituye un modelo muy similar al español utiliza exactamente el mismo término (“*minori stranieri non accompagnati*”), y éste es el caso también de Bélgica, único país que presenta un tratamiento primordialmente específico (“*mineurs étrangers non accompagnés*.”) Por su parte, Francia presenta un término único (“*mineurs isolés étrangers*”) que podríamos traducir como menores extranjeros aislados.

Es indispensable hacer también una referencia a la diferencia existente entre los términos “no acompañado” y “separado”, cuyo contraste está más bien vinculado a la definición del sujeto protagonista de este tipo migratorio. De hecho, el programa de los menores separados en Europa lleva promoviendo desde el año 1997 un concepto de niño separado que incluye, además de los que se encuentran completamente solos, aquellos que sí se encuentran acompañados por personas adultas que no son las responsables ni las adecuadas para asumir la responsabilidad de su cuidado. Desde mi punto de vista, ambos términos fueron utilizados durante años de forma indistinta. En el año 2005, la Observación General nº 6 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas oficializó en cierto modo la iniciativa de Save the Children y estableció una doble definición que distingue menores no acompañados (aquellos no acompañados ni por sus padres o tutores ni por ningún otro miembro de su familia que pueda tener atribuido el cuidado del menor) de menores separados (que están efectivamente separados de sus padres o tutores legales pero que pueden encontrarse acompañados por otros miembros de su familia.)³

3_ Comité de los Derechos del Niño: Observación General nº 6 (2005) relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6 de 1 de septiembre de 2005, párrafo 7 “Se entiende por “niños no acompañados” (llamados también “menores no acompañados”) de acuerdo con la defini-

Tanto en el conjunto de mi investigación como a lo largo de esta presentación, he venido utilizando por razones eminentemente prácticas (por ser el que se utiliza prioritariamente en España y en la mayoría de países europeos) el término “menores extranjeros no acompañados.”

RESULTADOS DEL ESTUDIO COMPARADO⁴

Sin tiempo para entrar en un examen tanto de la normativa a nivel internacional global ni de la regulación del fenómeno en el derecho comunitario- que será abordada sin duda en las intervenciones de mis colegas, procedo a abordar sin mayor pausa las diferentes realidades que viven los menores no acompañados en los países objeto del estudio a partir del examen de una selección de los diferentes elementos de comparación que se han examinado a lo largo del estudio.

En general, la **aparición** del fenómeno de los menores no acompañados tiende a producirse antes o después a lo largo de la década de los 90 en la mayoría de los países de nuestra investigación, con la excepción de Alemania que recibe solicitudes de asilo independientes de menores de edad desde finales de los años 70. En el Reino Unido los primeros casos “oficiales” se registran por el Home Office hacia 1991. En Francia se detectan casos de jóvenes errantes en la zona de Marsella desde 1992. Italia y Bélgica empiezan a acoger a menores también en la primera mitad de los 90 y en España los primeros casos son paralelos a la primera regulación de esta manifestación migratoria en 1996.

La recopilación de **estadísticas** relativas a la presencia de menores no acompañados en cada país ha constituido uno de los puntos más comprometidos de la investigación. Prácticamente ninguno de los países estudiados aporta estadísticas con regularidad. Asimismo, las diferentes cifras a las que hemos podido acceder representan en cada país una realidad diferente ya que no existe un criterio uniforme para la recogida de datos.

Alemania y Reino Unido recogen el número de solicitudes de asilo realizadas por menores de edad de forma independiente. En el año 2005, éstas fueron 523 en Alemania (hacen referencia tan solo a los menores de 15 años o menos ya que los mayores de 16 se computan junto con las personas adultas) y 2965 en el Reino Unido. Las cifras alemanas decrecen desde hace aproximadamente 10 años (desde 2002 son inferiores al millar de nuevos casos anuales)⁵ mientras que en el Reino Unido permanecen estables desde 2001 en torno a las 3.000 solicitudes por año (a excepción

ción del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad” y párrafo 8 “Se entiende por niños separados, en el sentido del artículo 1 de la Convención, los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.”

4_ Este texto constituye un resumen de los resultados de una investigación muy amplia, por lo que se limitará a precisar tan solo algunas referencias bibliográficas precisas. Para conocer el resto de fuentes de información así como un amplio apartado de bibliografía, el lector habrá de remitirse al estudio reseñado en la nota número 2, si bien el conjunto de fuentes utilizadas será detallado en la publicación completa del estudio, prevista para el año 2008.

5_ Fuente: *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*- Oficina Federal de Migración y Refugio.

de un pico superior a 6.000 casos producido en el año 2002.)⁶

En **Francia** no existen cifras oficiales. Los datos que nos permiten medir el alcance cuantitativo del fenómeno los conocemos a partir de investigaciones que han procedido a recopilar las mismas. El más reciente (publicado por la *Inspection Générale des Affaires Sociales*)⁷, data del año 2004. Las cifras de este informe aúnan los menores presentes en el sistema en una fecha concreta (2.467 el 30 de diciembre de 2004) junto con el número de ingresos en el sistema de protección a lo largo de un plazo de tiempo (2.330 durante los nueve primeros meses de 2004.)

Bélgica aporta cifras muy detalladas desde la creación en el año 2004 de un organismo específico a estos efectos en el seno de su Ministerio Federal de Justicia. El número de menores cuya presencia fue notificada a este organismo a lo largo del año 2005 fue 2.131⁸.

Italia, por último, cuenta asimismo con un organismo específico para censar a los menores no acompañados. Éste es el Comitato Minori Stranieri que, a fecha 31 de marzo de 2006, tenía registrados en su base de datos a 6.358 menores⁹.

Respecto a los principales **orígenes**, las tres nacionalidades más representativas en Italia eran en 2005, por este orden Rumanía, Marruecos y Albania (porcentajes en torno o superiores al 20%.) En Francia (datos de 2001), exactamente las mismas (si bien con porcentajes menores del 20% fruto de una gran diversidad de orígenes.) En Bélgica (2005), RD Congo, Rumania y Ex Yugoslavia (porcentajes también bajos en torno o inferiores al 10%.) En Reino Unido (2005), Afganistán, Irán y Somalia y en Alemania (2004), Vietnam, Turquía y Etiopía (en ambos países de destino con porcentajes también por debajo del 20%)¹⁰.

Los **perfiles** de los menores que emigran en estos países europeos parecen estar determinados por los diferentes modelos y políticas que regulan las migraciones en cada territorio. Así, en Alemania y Reino Unido los menores presentan un perfil de solicitante de asilo ya que, a fin de cuentas, esta vía es la única que les permite una permanencia, aún precaria, en ambos Estados. En España e Italia los casos de asilo son escasos y la mayoría de menores presentan un perfil de emigrante clásico por razones económicas (aunque cabría preguntarse- sobre todo en España con la diversificación de

6_ Fuente: BHABHA, J. & FINCH, N. (2006): "Seeking asylum alone: Unaccompanied and separated children and refugee protection in the UK", John D. and Catherine T. MacArthur Foundation & Garden Court Chambers.

7_ BLOQUAUX, J., BUSTIN, A. & GIORGI, D. (2005): "Mission d'analyse et de proposition sur les conditions d'accueil des mineurs étrangers isolés en France". Inspection Générale des Affaires Sociales- IGAS. Paris.

8_ SERVICE DES TUTELLES (2005) : "Rapport d'activité (mai 2004 à mai 2005) et Addendum (mai à décembre 2005)", Service Public Fédéral de Justice, Belgique. Direction de Législation, Libertés et Droits Fondamentaux- Service des Tutelles

9_ Fuente: Comitato minori stranieri, datos cedidos por Save the Children Italia Onlus.

10_ Las fuentes de cada país son idénticas a las especificadas en los párrafos anteriores con excepción de los datos de Francia que provienen de ETIEMBLE, A. (2002): "Les mineurs isolés étrangers en France- Evaluation quantitative de la population accueillie à l'Aide Sociale à l'Enfance- Les termes de l'accueil et la prise en charge"; y las inglesas recogidas en HEATH, T., JEFFRIES, R. & PEARCE, S. (2006): "Home Office Statistical Bulletin 14/06: Asylum statistics United Kingdom 2005". Home Office UK. 22 de agosto de 2006.

orígenes que se ha producido en los últimos años y las nuevas llegadas de menores de África subsahariana- si no existirían más casos de potenciales menores refugiados de los que realmente están siguiendo esta vía.)

Otro aspecto a considerar serían los diferentes **perfiles socio-antropológicos** que presentan estos menores en cada país, aspecto que he examinado someramente en mi investigación a partir de la tipología teórica elaborada por una autora francesa-

Angelina Etiemble- que distingue cinco perfiles de menores no acompañados: exilados, mandados, errantes, explotados y fuguistas¹¹. Aunque podemos en cierto modo establecer un vínculo entre estas categorías y los perfiles clásicos (así en Alemania y el Reino Unido predominarían en principio los menores exilados y en Italia y España los errantes, mandados y eventualmente los menores que se han marchado espontáneamente de su entorno familiar), parece claro que la división entre estos tipos no puede ser considerada como estable y que diferentes aspectos del proceso migratorio pueden determinar cambios y oscilaciones entre una y otra categoría.

En lo que respecta a la **entrada** de los menores no acompañados en los diferentes territorios de los Estados estudiados, cabe resaltar que en la mayoría de los casos ésta se lleva a cabo de forma clandestina y, por tanto, la localización del menor se produce una vez que ya se encuentra en el interior del territorio. Las legislaciones de Alemania, Italia y Francia permiten practicar retenciones en las zonas fronterizas durante periodos variables que pueden llegar hasta los 20 días. Esta fórmula, poco aplicada en Alemania e Italia, alcanza cifras notables en Francia (por encima del medio millar de casos anuales). Bélgica ha practicado durante años una política similar si bien una reciente modificación legal (que ha entrado en vigor mayo de 2007) ha invertido la situación. Hay que tener en cuenta que- como es sabido- en el mes de octubre de 2006, el Estado belga fue condenado por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo por la detención y posterior repatriación de una niña de dos años de origen congolés¹². Por último, en el Reino Unido se autoriza en principio la entrada de los menores que expresan su voluntad de solicitar asilo.

En referencia al **acceso al sistema de protección** y la posterior **tutela** de los menores no acompañados, en Alemania se lleva a cabo una diferencia entre los menores que tienen más de 16 años y los menores de dicha edad. Esta distinción, fruto de una “declaración adicional” a la ratificación de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño por parte de este país, provoca que los solicitantes de asilo mayores de 16 años sean considerados como personas adultas, impidiendo su acceso en la práctica a las diferentes prestaciones del sistema de protección y quedando excluidos de la representación de un tutor. En octubre de 2005, una modificación de la Ley de protección de la infancia ha establecido que todos los menores, tengan la edad que tengan, deben ser equiparados en cuanto a la protección y debe facilitarse su acceso a una tutela, si bien el grado de aplicación de esta nueva normativa es muy escaso hasta la fecha¹³. La competencia para la pro-

11_ Ver ETIEMBLE, A. (2002), op.cit. páginas 61-65

12_ Ver (2006): “Affaire Mubilanzila Mayeka et Kanini Mitunga c. Belgique”, Cour européenne des droits de l'homme- European Court of Human Rights.

13_ Ver BRUUN, L. & KANICS, J. (2006): Newsletter nº 25. April-June 2006, Separated Children in Europe Programme, Save the Children- UNHCR, páginas 7-8.

tección de los menores corresponde a las Oficinas de protección de la Infancia y la Juventud de los diferentes estados federales. Por su parte, la tutela es establecida por una decisión judicial (Juez de tutelas) en favor de una persona física o de una asociación habilitada al respecto.

En el Reino Unido existe asimismo una reserva de aplicación de la Convención de Nueva York que afecta al conjunto de menores extranjeros. Por el contrario, la legislación nacional (susceptible lógicamente de ser modificada) prevé un grado de protección adecuado a favor de los menores no acompañados solicitantes de asilo. Existen dos niveles de protección (definidos en dos artículos diferentes de la Ley de la Infancia), debiéndose aplicar a todos los menores el mayor grado a no ser que el propio menor exprese su voluntad de una menor asistencia. La competencia recae en los Servicios Sociales de los diferentes municipios. En contraposición, no existe un sistema de tutela en el Reino Unido y, en el mejor de los casos, el menor no acompañado contará tan solo con la asistencia legal de un abogado.

En Francia, el acceso al sistema de protección una vez que el menor se encuentra en el territorio se produce normalmente por decisión de un Juez (el Juez de menores) al estimar que éste se encuentra en la “situación de peligro” definida por el Código Civil. Una reciente modificación legislativa de la normativa de protección de la infancia (ley de 5 de marzo de 2007)¹⁴ permite asimismo que la decisión de protección del menor (denominada “asistencia educativa”) se lleve a cabo directamente en el ámbito administrativo, por decisión del Presidente del Consejo General del Departamento en el que el menor se encuentre. Son precisamente competentes en materia de protección, los servicios de “Ayuda Social a la Infancia” de los departamentos (división administrativa francesa correspondiente a una provincia en España.) En lo que respecta a la tutela, su determinación es competencia de un Juez ordinario- Juez de tutelas- que la establecerá a favor de los mismos servicios departamentales de protección de la infancia siempre que el menor no tenga referentes familiares en el territorio francés.

En Bélgica, el Servicio de Tutelas del Ministerio de Justicia es informado desde el mismo momento en que un menor no acompañado es localizado. Su primera actuación consiste en garantizar una atención inmediata del mismo para, a continuación, proceder a su identificación y a la confirmación de que se trata efectivamente de un menor extranjero no acompañado. Una vez ratificados estos aspectos, e independientemente de que el menor haya expresado o no su voluntad de solicitar asilo, este organismo ha de proceder a la designación de un tutor. Los tutores son nombrados a partir de una lista constituida por personas físicas o entidades asociativas que ejercen su función bajo la supervisión y control del Servicio de Tutelas reseñado, que además se encarga de organizar sesiones de formación para posibilitar a los tutores un mejor desempeño de sus funciones.

En el caso de Italia, el acceso de los menores no acompañados al sistema de protección es automático una vez que son localizados, ingresando en un Centro de primera acogida en el que se procede a su identificación. Su presencia es entonces notificada a los Servicios sociales del municipio, responsables en materia de protección de la infancia, y al Comité para los Menores Extranjeros, competente como veremos para decidir si procede o no su repatriación. Aunque el derecho común da prioridad al acogimiento familiar de los menores que se encuentran en situación de riesgo y privados de su medio familiar, la mayoría de menores quedan bajo tutela provisional de los servi-

14_ LOI n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

cios sociales municipales, tutela que ha de ser confirmada a partir de una decisión judicial (*Giudice tutelare*.)

En el caso español el marco legislativo de extranjería establece la **repatriación** forzosa del menor como la solución prioritaria que ha de aplicarse a la situación de los menores no acompañados presentes en el territorio (matizando que la normativa establece como límite principal la ausencia de peligro para la integridad física del menor, su persecución o de su familia.) Vamos a ver sin embargo que, en el marco de nuestro estudio, solamente Italia, y en menor medida Bélgica, aplican este tipo de política.

En Italia fueron precisamente practicadas numerosas repatriaciones forzosas de menores no acompañados, sobre todo a finales de los años 90 y principios de la década actual, afectando mayoritariamente a menores albaneses. La competencia recae en el Comité para los Menores Extranjeros que ha de encargar a una organización habilitada una investigación tendente a la localización de la familia del menor y a evaluar la situación social y económica de la misma. Una vez realizada tal investigación, el Comité puede decidir proceder a la repatriación del menor (si bien los criterios en que ha de fundamentar su decisión no han sido precisados por ningún instrumento legislativo). En el caso de que se decida la repatriación, el menor puede solicitar la anulación de la misma a un Tribunal ordinario, algo que ha venido produciéndose regularmente a partir del año 2002. En los últimos años, el Comité ha dictado un número menor de órdenes de retorno, procurando en todo caso contar en las decretadas con el consentimiento del menor.

La normativa en Bélgica autoriza las repatriaciones forzosas de menores cuando se estime que ésta solución es la que mejor corresponde a su interés superior. La competencia recae en las Oficinas federales de extranjeros (autoridades federales de extranjería) si bien se delega en el tutor las gestiones tendentes a la localización de la familia y la valoración de la situación en que se encuentra la misma.

En Francia, sin embargo, no se plantea la repatriación forzosa de menores como una solución válida para proteger al menor que se encuentra en situación de peligro. En aquellos casos en que el Juez de menores estime que la solución que mejor corresponde a la realidad del menor requiere su vuelta al país de origen para reencontrarse con su familia, procurará en todo caso contar con el consentimiento del mismo antes de proceder a decretar tal medida. La excepción a esta regla estuvo constituida por un Acuerdo bilateral franco-rumano del año 2003 para fomentar al retorno a Rumanía de los menores de esta nacionalidad que se encontraban presentes en territorio francés, principalmente en la región parisina. Durante la vigencia de dos años de este Convenio solamente se produjeron unas 50 repatriaciones. Recientemente, se ha renegociado su firma procurando agilizar los procedimientos de repatriación (si bien la presencia actual de menores rumanos es mucho menos significativa que en las fechas de firma del primer acuerdo.)

Ni el Reino Unido ni tampoco Alemania aplican repatriaciones forzosas de menores, a pesar de contar ambos con programas de retorno voluntario. Sin embargo, en Alemania, los menores de edad que reciben una resolución negativa de su resolución de asilo sí son susceptibles de ser expulsados del territorio (algo que sin embargo se produce raramente en la práctica.)

En lo que respecta a las **posibilidades de regularización** de los menores no acompañados

en Europa, los países que configuran un modelo de asilo condicionan la misma a la resolución positiva o negativa de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado, mientras que en el resto de Estados las posibilidades recaen en la apreciación discrecional por parte de una autoridad administrativa de la concurrencia de una serie de requisitos.

En Alemania las posibilidades son muy escasas. Solamente aquellos menores solicitantes que obtienen una resolución favorable- una pequeña minoría- tienen posibilidades de obtener un estatuto regular estable. La gran mayoría debe contentarse en el mejor de los casos con que la resolución de asilo estime que concurre alguna de las causas previstas en la legislación de extranjería que dan lugar a la suspensión de la ejecución de una orden de expulsión, en cuyo caso obtendrán un estatuto de tolerancia. Esta documentación tiene un carácter muy precario y su renovación depende de que se mantenga la causa que dio origen a la suspensión de la expulsión. Según la reforma de la Ley de Extranjería alemana de 2005, al cabo de 18 meses bajo tolerancia, la persona afectada debe tener acceso a un estatuto de residencia más estable.

En el Reino Unido todo depende asimismo de la decisión del *Home Office* en cuanto a la demanda de asilo. Aquellos menores que reciben una resolución negativa antes de cumplir 18 años suelen obtener un documento de residencia que se prolonga hasta el cumplimiento de los 18 años (*discretionary leave*), aunque pueden darse también casos de menores que reciben una denegación directa. Los casos de obtención del estatuto de refugiado o de otorgamiento de una protección humanitaria que dan derecho a una residencia estable son ligeramente superiores al 5% del total de solicitantes (entre ambas categorías)¹⁵.

En Bélgica, los menores no acompañados que ya han sido tutelados obtienen una documentación (denominada “Declaración de Llegada”) que tiene una validez de 3 meses prorrogables una vez. Transcurrido tal plazo, la Oficina de Extranjeros (en función de cuál sea la solución duradera que se haya previsto para el menor interesado) puede discrecionalmente concederle una segunda documentación (nombrada “Certificado de inscripción al registro de extranjeros”) siempre que cuente con un pasaporte en vigor. Tal documentación- de un año de duración- puede ser renovada hasta dos veces basándose en el cumplimiento de los criterios siguientes: conocimiento de al menos una de las tres lenguas oficiales del país (francés, neerlandés o alemán); acreditación de buenos resultados escolares; que la situación familiar del menor aconseje su permanencia en Bélgica.

En Francia, uno de los puntos más criticados del sistema- además de las detenciones en frontera- ha estado tradicionalmente constituido por la falta de posibilidades de regularización al llegar a los 18 años. Durante la minoridad, la residencia de los menores de edad (estén o no acompañados) siempre se considera como regular. De hecho, tal situación causaba problemas a los menores no acompañados que necesitaban para acceder a determinados ciclos formativos un permiso de residencia que no estaba previsto legalmente. La reforma de la legislación de extranjería llevada a cabo en el año 2006 ha cubierto esta laguna y permite a los menores que hayan sido acogidos por los servicios de protección con anterioridad a la fecha de cumplimiento de sus 16 años acceder a un permiso de residencia que, además, autoriza a trabajar si además cumplen otros requisitos de valoración discrecional (aprovechamiento del itinerario formativo, la naturaleza de los vínculos que eventualmente mantenga con su familia que permanece en el país de origen y la valoración aportada

15_ Fuente: EATH, T., JEFFRIES, R. & PEARCE, S. (2006): “Home Office Statistical Bulletin 14/06: Asylum statistics United Kingdom 2005”. Home Office UK. 22 de agosto de 2006.

por la estructura de acogida sobre su integración en la sociedad francesa.)¹⁶

En cuanto a Italia, la ley prevé que todos los menores que se encuentren en el sistema de protección obtengan un permiso de residencia válido hasta los 18 años y que no autoriza el desempeño de una actividad laboral. Sin embargo solamente un porcentaje minoritario de menores obtiene esta documentación (un escaso 20% según datos del Comitato del mes de abril de 2005.) Existen otras posibilidades de regularización (permiso de residencia por acogimiento familiar o permiso para la protección social) que son otorgados en rarísimas ocasiones.

Una vez que el menor extranjero o solicitante de asilo no acompañado ha alcanzado la **mayoría de edad**, no existen posibilidades excepcionales de regularización en ninguno de los países examinados.

En Alemania y Reino Unido, la situación es invariable, toda regularización queda condicionada a la respuesta emitida por las autoridades competentes en relación al requerimiento de asilo

En Bélgica, las autoridades de extranjería procederán a renovar a los menores no acompañados ya adultos documentados con un Certificado de Inscripción al Registro de Extranjeros en base a los mismos criterios que se aplicaban durante la minoridad.

Francia aplica el mismo criterio de regularización que hemos examinado (menores acogidos antes del cumplimiento de sus 16 años) posibilitando la solicitud de un documento de residencia hasta la fecha en que se cumplen 19 años de edad.

En cuanto a Italia, aquellos menores que cuentan con un permiso de residencia por minoría de edad pueden solicitar su renovación en base al cumplimiento de una serie de requisitos:

- 3 años de presencia en Italia
- 2 años de seguimiento de un proyecto educativo o socio-laboral
- No haber sido objeto de una resolución de repatriación
- Acreditar aprovechamiento escolar o laboral o bien contar con una oferta de trabajo (lo cual resulta extremadamente contradictorio con el hecho de que el permiso por minoría de edad que se pretende renovar no autoriza a trabajar)
- Contar con un alojamiento

En referencia a la posibilidad de **prorrogar las medidas de protección** una vez que el menor extranjero ya es **adulto**, tan sólo el Reino Unido y Francia han previsto soluciones en este sentido.

En el Reino Unido se aplican hasta los 21 años las llamadas “prestaciones de salida del sistema”

¹⁶ Artículo 31 de la Ley 2006-911 de 24 de julio de 2006 relativa à l'immigration et à l'intégration que introduce un nuevo artículo 313-II en el *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

que son establecidas en cuanto a su duración y contenido a partir del tiempo previo que el menor estuvo protegido y al grado de protección que se le venía prestando.

En Francia, los menores que cumplen 18 años pueden beneficiarse de lo que se conoce como un “*contrato jeune-majeur*”, bien por decisión del Juez de menores o bien de los Servicios de protección del departamento, lo que amplía asimismo las disposiciones protectoras hasta la edad de 21 años.

Si llevamos a cabo finalmente un **balance** de los diferentes países estudiados, podemos concluir que el pulso generalizado entre, por un lado, legislación específica de extranjería que busca controlar los flujos migratorios y, por otro, la normativa común de protección de la infancia, sigue siendo dominado mayoritariamente por las normas de extranjería.

Tal situación es especialmente paradigmática en Alemania que representa un sistema especialmente restrictivo de legislación específica, que afecta especialmente a los mayores de 16 años. El sistema de protección común es sin duda adecuado pero solamente tienen garantizado el acceso los solicitantes de asilo que tengan menos de 16 años hasta la fecha en que cumplan tal edad

Bélgica ha creado progresivamente durante los últimos años un sistema global absolutamente específico tanto a nivel de extranjería como de protección (existiendo una normativa, unos organismos y unas prestaciones que se aplican exclusivamente a los menores no acompañados.) En contradicción con la posición que sostienen la mayoría de actores y asociaciones defensoras de los derechos de la infancia en Europa (que promulgan la integración de los menores extranjeros en los dispositivos de derecho común argumentando que un tratamiento específico conduce en la mayoría de los casos a una situación de segregación) el caso belga presenta una evolución interesante en cuanto al tratamiento de los menores no acompañados en la que los diferentes actores implicados (profesionales institucionales, asociativos y privados) trabajan conjuntamente para generar soluciones y respuestas adaptadas a las necesidades y expectativas del colectivo.

Por su parte, Francia presenta un sistema completo predominantemente de derecho común que sufre problemas importantes a la hora de adaptarse a la realidad de los menores extranjeros no acompañados. Los puntos especialmente preocupantes son las detenciones previas a la entrada y las escasas posibilidades de regularización (aspectos regulados ambos por la normativa de extranjería.)

Italia es un sistema muy similar al español que plantea un acceso a la protección y a una tutela así como posibilidades de regularización discrecionales, todo ello conjuntamente con una política de repatriaciones forzosas que se llevan a cabo por decisión administrativa sobre la base de criterios difusos supuestamente en interés del menor. Están en cualquier caso previstos cambios legislativos en un futuro próximo.

Por último el Reino Unido muestra un sistema de protección muy completo con el añadido de que las prestaciones pueden prorrogarse en favor de los jóvenes adultos hasta los 21 años de edad. En contraposición, es criticable la ausencia de un sistema de tutelas así como las escasas posibilidades de alcanzar una regularización estable.

En conclusión, la migración de personas menores de edad de forma independiente hacia Europa se produce desde hace más de 15 años en la mayoría de países sin que ninguno parezca haber en-

contrado todavía una respuesta que consiga a la vez limitar el número de nuevas llegadas respetando al mismo tiempo los derechos internacionalmente reconocidos a la infancia. Independientemente de que el tratamiento que se lleve a cabo de la migración de menores no acompañados sea desde el derecho común de protección de la infancia o bien a partir de la creación de una normativa específica que regule esta manifestación, tenemos el convencimiento de que es errónea la creencia de los Estados de que un endurecimiento de las condiciones de acogida conseguirá reducir las llegadas de menores inmigrantes y consideramos, en consecuencia, que el elemento tuitivo que está vinculado a la condición de menor debe prevalecer en su tratamiento sobre su condición de extranjero irregular o solicitante de asilo. Establecida esta prevalencia, parece claro que la única forma que posibilitará disminuir la migración de menores ha de consistir en el diseño, planificación, financiación, puesta en marcha y tutela, de acciones y proyectos que contribuyan de forma eficaz a generar en su contexto de origen las oportunidades que estos niños, niñas y adolescentes vienen a buscar en los países europeos.

SEPARATED CHILDREN IN SWEDEN, SEVILLE 2007

Eva Larsson Bellander

Save the Children Suecia

Every year several hundreds of children and youngsters separated from their parents or caregivers arrive in Sweden. Last year 820 separated children arrived in our country. (645 of them were young women) The Swedish Board of Migration has confirmed that until 31 of October this year **1017** separated children have arrived. This is the second highest number since the Board of Migration started to count the children.

Out of the 1017 ; 502 arrived from Iraq, 153 from Somalia, and 117 from Afghanistan.

BACKGROUND

During the last 10 years I have worked with separated children in Sweden..The largest groups have come from Somalia, Afghanistan former Yugoslavia (mid-90's) and now Iraq.

Today there are , **6458** children in Sweden - including children in families - in the asylum system waiting for an answer from the Board of Migration.

Totally, the Board of Migration has more than 30.000 persons enrolled in their system.. Sweden has today received more asylum seeking persons (adults) from Iraq than all EU countries together.

This year the number of asylum seekers is estimated to reach 40.000, half of them coming from Iraq. An estimate for 2008 and 2009 anticipates the same amount.

As you can see these children are coming from war-affected areas.

In the last year we also have had a number of children arriving from Russia and Eastern Europe. Mostly these children have a different background than the children coming from far away. Some of them have been living in the streets or have left institutions in Eastern Europe. They are in a socially vulnerable situation and need special care. The majority of the children arriving are between 15 and 17 of age, Every 10th child is between 7 and 12 years old and a few are under 6. (mostly siblings)

The most common thing is that children seek asylum after having entered Sweden, or directly at the airport. To apply for asylum is the only way you can get permission to stay if you do not apply for family reunification. The children are then assigned to a reception centre. Half of the children are however staying with related family members, or younger children in foster families.

The guiding principle for Save the Children Sweden has been articles in the Child Rights Convention, mainly the articles about discrimination ! (article 22) Save the Children Sweden argues that every child irrespective of their status in the society - asylum seeking or without documents -should have the same rights, protection and care as every other child residing in the country, i.e. the same rights a Swedish child enjoys.

RECEPTION

Save the Children Sweden have been fighting for two very important issues: .a) to change and improve the care system for the children and b) to improve the guardianship legislation.

Previously, the children were accommodated in reception centres administrated by the Board of Migration. This meant that they were accommodated by the **same** authority that made the decision on their claim of asylum. Many of these children were very traumatized by war or by a hard trip, and were in need of psychiatric care and treatment, which the Board of Migration could not give them. We felt they needed care personnel, social workers and psychologists to take care of them. Therefore we got very pleased when after years of lobby work towards the government, the care system for the children was changed.

In July 2006 the responsibility for accommodating separated children was transferred from the Board of Migration to the municipalities. Children are now staying in smaller units administered by the municipalities and the social service office.

GUARDIANSHIP SYSTEM

The appointment of a guardian should take place as soon as possible. Save the Children Sweden considers that a separated child should be assigned a guardian with relevant cultural competence and knowledge of taking care of children within 48 hours of its arrival in Sweden,

The guardian substitutes part of the parents' role and should therefore monitor the bestinterest of the child , keep a watch on the child's accommodation, school attendance and economic interests.

Save the Children Sweden have stressed the importance of the child having a competent guardian, not just a formal guardian but also a person taking over some of the parents' responsibilities. We were very happy when in 2005 the legislation was improved. However, the child does not live with the guardian and he or she does not have the responsibility to financially support the child.

Save the children Sweden believe that first and foremost separated children should be treated as CHILDREN and Youngsters, and only secondly as refugees. Numerous reports have shown that these children are very vulnerable because they are separated from their parents and live outside their country of origin. Parental support is crucial for a child.

APPROVAL OR REFUSAL

The rate of recognition and approval has varied between 90 % and 10 %, depending on the group of children arriving. In August this year the rate of approval was 78 %, mainly due to the large amount of Iraqis arriving. A child can, in the same way as an adult, be a refugee in the Swedish Aliens Act. The Act also contains subsidiary protection and humanitarian grounds which is mostly given to the separated children.

Since 1997, the Swedish Aliens Act stipulates that “ In cases concerning children, special consideration is to be given to the child’s health, development and **best interest**”

DISAPPEARING CHILDREN

Children disappear every year from the reception centres. Some years back Chinese children started to apply for asylum in Sweden. After some days or weeks they disappeared from the reception centres. Some Chinese children were found in Italy working in a factory, some were also found in Holland.

CHILDREN WITHOUT PAPERS, (SIN PAPELES)

A number of children also remain in Sweden although they have got a negative answer on their application of asylum. Save the Children Sweden has now opened a helpline, both a web line and a telephone line for this group of children.

If you enter this web site- you can get assistance from professionals working at Save the Children Sweden.

DEMANDS TO OUR GOVERNMENT

All separated children should be notified to the social welfare bodies. The decision should be taken within **three** months from the application. In August this year, the average time of processing an application was 179 days. (about 6 months)

A child should never be sent back to her/his country of origin if the conditions have not been thoroughly investigated and the return planned for.

The best interest of the child should of course always be a primary consideration in the determination of the appropriate action to take. (Article 3 CRC) . Such a decision can be very conflicting, when deciding what is best for a child, i.e. to get permission to stay in the host country or to be returned to the native country. The question requires even greater consideration in the case

of children who are not asylum seekers or refugees. The child may wish to return, but the native country does not accept a child returning without a passport or other documentation stating who he or she is..

LISTENING TO CHILDREN

Finally I want to stress the importance of listening to children and what they are telling you!

Save the children Sweden have for a long time argued that the Board of Migration should have competent staff with special education on children in crises, and on children coming from other cultures.

Now this has turned into reality ! Since a couple of years staff from the Board of Migration are being educated on children's rights by Save the Children Sweden and other organisations.

Save the Children Sweden has built a lot of its work in dialogue with separated children.

They can teach you a lot about how to support them, and assist you in formulating important projects to meet their needs.

LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS Y EL ASILO

Margarita de la Rasilla

Asesora jurídica del ACNUR

Existen en el mundo alrededor de 50 millones de personas desarraigadas, refugiados y personas desplazadas en sus propios países, y casi la mitad de esta población está compuesta por niños. Sólo en Europa Occidental hay más de 100.000 niños separados de sus padres y alrededor de unos 20.000 presentan solicitudes de asilo cada año en Europa, Norteamérica y Oceanía.

Por este motivo, la problemática de los menores resulta de extrema importancia. Existen múltiples causas que pueden impulsar a los menores a salir de sus países, tales como pobreza, catástrofes naturales, desestructuración familiar..., pero uno de los motivos de huida puede ser también el **MIEDO** : Miedo a la persecución, miedo a sufrir las consecuencias de un conflicto armado o graves disturbios en su país de origen, miedo a sufrir situaciones que impliquen violaciones de derechos humanos específicamente dirigidas a menores, miedo a sufrir malos tratos ... Estos menores podrían necesitar una protección especial además de la prevista en la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, y por tanto, ser refugiados de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951.

En España la cuestión del asilo y los menores continúa presentando carencias relevantes. A diferencia de otros Estados de la Unión Europea, los casos de asilo son prácticamente inexistentes, lo que contribuye a que no exista una práctica consolidada. En el caso de los menores no acompañados, resulta fundamental la identificación por parte del personal que trabaja diariamente con ellos, de los posibles casos susceptibles de beneficiarse de la protección que otorga la legislación de asilo.

Los menores suelen tener limitados conocimientos legales sobre los derechos que les asisten en los países de acogida y la institución del asilo es especialmente compleja en este sentido. Existen pocos casos en los que el menor sea consciente de que sus vivencias le convierten en un refugiado. Esta función corresponde por tanto detectarla al abogado del menor y en su defecto a los educadores, guardadores..., que tienen trato diario con él y que se encuentran en una situación privilegiada para ganarse su confianza y conocer su verdadera historia.

Uno de los problemas que existe en la identificación de casos de asilo, es que la gran mayoría de los actores involucrados en la protección de menores tiene el erróneo concepto de que se es refugiado únicamente por motivos políticos, el llamado asilo político, desconociendo que hay otras causales para el reconocimiento de la condición de refugiado, algunas específicas a los menores, como las reseñadas al comienzo de este escrito.

¿QUÉ LEGISLACIÓN REGULA EL ASILO?

La legislación nacional que regula el asilo en España está compuesta por la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 203/1995¹. Las disposiciones contenidas en esta legislación deben ser conformes a la Convención de Ginebra² y al Protocolo de Nueva York³ que constituyen la legislación internacional en la materia. Así mismo, los refugiados y solicitantes de asilo se benefician de todos derechos reconocidos en las convenciones internacionales de derechos humanos.

En el caso de los menores no acompañados solicitantes de asilo, es primordial señalar que debido a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran, no sólo podrían estar protegidos por la legislación mencionada, sino que están protegidos, y de forma prioritaria, por toda la legislación regional, nacional e internacional dirigida específicamente a la protección de los derechos de los niños.

La legislación española de asilo⁴, no prevé un procedimiento diferenciado para la tramitación de las solicitudes de menores no acompañados, por lo que, en principio, están sometidos al mismo procedimiento que los adultos. Sin embargo, los Estados tienen la obligación de respetar en todo momento los derechos de los menores de acuerdo con la legislación internacional y en consonancia con las recomendaciones y Directrices de los organismos internacionales que trabajan en la materia, como es el caso de las Directrices del ACNUR de 1994 sobre protección y cuidado a los niños refugiados, la Declaración de Buenas Prácticas del Programa conjunto ACNUR-Save the Children para Niños no Acompañados en Europa, y las recomendaciones del Consejo de Europa. Por este motivo, en la tramitación de las solicitudes de asilo de menores, se aprecian ciertas garantías y diferencias en relación a las solicitudes de asilo de los adultos. A continuación pasamos a explicar el procedimiento de asilo en general señalando aquellas cuestiones que afectan de manera específica a los menores.

1_ Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la ley 9/1994 de 19 de mayo y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

2_ Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de Julio de 1951.

3_ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967.

4_ Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la ley 9/1994 de 19 de mayo y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

¿QUIEN ES UN REFUGIADO Y POR LO TANTO DEBERÍA SOLICITAR ASILO PARA OBTENER LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS?

La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁵, establece en su artículo I.A.2 que un refugiado es aquella persona que:

...debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

A la hora de analizar la solicitud de asilo de un menor, es importante destacar determinados aspectos que les afectan de forma exclusiva y que deben ser tomados en consideración. Ciertas violaciones de derechos humanos únicamente entrañan una persecución cuando la víctima es un menor. Por este motivo, el enfoque con el que hay que abordar el estudio de una solicitud de asilo difiere sustancialmente dependiendo de la edad del solicitante.

¿DÓNDE SE SOLICITA ASILO?

La persona que desee pedir asilo en España, puede presentar su solicitud en las siguientes dependencias:

- Oficina de Asilo y Refugio (a la que nos referiremos de ahora en adelante como **OAR**), organismo del Ministerio del Interior competente en materia de asilo, con sede en Madrid C/Pradillo nº40.
- Puestos fronterizos habilitados de entrada al territorio español (puertos o aeropuertos).
- Oficinas de Extranjeros.
- Comisarías de policía autorizadas.
- Embajadas o consulados españoles, en caso de que el solicitante esté fuera de España y siempre y cuando se encuentre en un país distinto al de su nacionalidad.

⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de Julio de 1951.

¿CÓMO SE SOLICITA ASILO?

La solicitud se formaliza cumplimentando un cuestionario sobre datos personales. A continuación, se llevará a cabo una entrevista en la que el solicitante deberá proporcionar un relato verosímil y detallado de la persecución sufrida. En caso de que la persona no comprendiese el español, tiene derecho a un traductor. El solicitante ha de ser informado de su derecho a ser asistido por un abogado. En caso de que el interesado no desee beneficiarse de dicho derecho, es necesario que quede constancia expresa de su renuncia en la solicitud de asilo. La asistencia letrada podrá prestarse, por abogado privado, por ONG's especializadas en asilo o por abogado del turno de oficio del Colegio de Abogados correspondiente.

Junto con la solicitud, es necesario aportar fotocopia del pasaporte o título de viaje, así como de cuantos documentos de identidad personal o de otra índole se estimen pertinentes en apoyo de la misma. Si la solicitud es admitida a trámite deberá hacerse entrega del original de la documentación acreditativa de la identidad. Si el solicitante no aportase ningún tipo de documentación personal deberá justificar la causa de dicha omisión⁶.

¿EN QUE CONSISTE EL PROCEDIMIENTO DE ASILO?

El procedimiento de asilo en España tiene dos fases, la primera fase se denomina de **admisión a trámite**, en ella se estudian las solicitudes a efectos de identificar aquellas que corresponden a personas que claramente no necesitan protección o que deben ser estudiadas por otro país en virtud de los acuerdos internacionales suscritos por España⁷, las que serán inadmitidas a trámite. En la segunda fase, es en la que se produce la determinación de la condición de refugiado, y recibe el nombre de **fase de determinación de la condición de refugiado o de elegibilidad**. En ella se lleva a cabo un estudio en profundidad de aquellas solicitudes admitidas a trámite con la finalidad de determinar si el solicitante se encuentra en necesidad de protección internacional.

¿EN QUE CONSISTE LA 1ª FASE DEL PROCEDIMIENTO: FASE DE ADMISIÓN A TRÁMITE?

- Si el solicitante formula su petición de asilo en puesto fronterizo habilitado, el plazo máximo para la resolución no podrá exceder de 6 días naturales desde la formalización de la misma.

Las solicitudes de asilo serán tramitadas por la OAR que deberá enviar al representante del

6_ Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, Art. 8.3.

7_ Las causas de inadmisión están establecidas en el artículo 5.6 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo.

ACNUR en España, en un plazo máximo de 24 horas, toda solicitud de asilo que se presente en un puesto fronterizo.

El solicitante deberá permanecer en las dependencias del puesto fronterizo hasta que se haya decidido la admisión o inadmisión a trámite de su solicitud que deberá notificarse al interesado en un plazo de 72 horas desde su formalización. Dado que el solicitante no se encuentra detenido, podrá manifestar en cualquier momento su deseo de abandonar dicha dependencia lo que entrañará que se acoge a la normativa de extranjería vigente y que renuncia de forma automática a su solicitud de asilo.

Si la solicitud es admitida, el solicitante podrá entrar en territorio español; si por el contrario, la solicitud es inadmitida a trámite el solicitante podrá pedir un reexamen de su petición de asilo en el plazo de 24 horas. En el plazo de 48 horas deberá decidirse sobre la petición de reexamen pudiendo producirse tres situaciones diferentes:

- » La decisión de la OAR es positiva a la admisión y cuenta con el acuerdo del ACNUR: se producirá la admisión a trámite de la solicitud lo que supondrá la autorización de permanencia provisional en España hasta que se decida sobre su necesidad de protección internacional en la segunda fase, llamada de determinación del estatuto de refugiado.
 - » La decisión la OAR es negativa a la admisión y cuenta con el acuerdo del ACNUR: el solicitante tendrá que abandonar el país, salvo que se haya considerado que existen razones humanitarias que aconsejen su permanencia en España. En todo caso, el solicitante tendrá derecho a interponer recurso contencioso administrativo contra la decisión de inadmisión. La sentencia que recaiga en dicho recurso, le será comunicada a través de la Misión Diplomática española en el país donde haya decidido establecerse.
 - » La decisión de la OAR es negativa, mientras que el ACNUR discrepa con la decisión de inadmisión: la solicitud es inadmitida a trámite, pero se autorizará la entrada y permanencia del solicitante en territorio español, siempre y cuando manifieste su intención de interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses fijado por la ley. La decisión de inadmisión o de admisión dependerá en este caso exclusivamente de los tribunales competentes.
- Si el solicitante formula su petición de asilo en *territorio nacional* (OAR, oficina de extranjería o comisarías de policía autorizadas), el plazo máximo para la resolución no podrá exceder de 60 días hábiles (no se computan ni los domingos ni los días festivos).

Una vez cumplimentado el cuestionario y finalizada la entrevista, las autoridades competentes enviarán a la OAR todas las solicitudes que no hayan sido presentadas en sus dependencias. La OAR tendrá la obligación de comunicar la presentación de las mismas al ACNUR en un plazo de 24 horas, y de enviar al ACNUR para su estudio, únicamente aquellas solicitudes para las que haya emitido criterio de inadmisión.

Antes de transcurrir el plazo legal establecido se notificara al solicitante la resolución recaída. Si transcurrido dicho plazo no se ha notificado la resolución se entenderá que ha sido admitida, previa solicitud de certificación que acredite tal extremo. La decisión de admisión conllevará la

autorización de permanencia provisional en España. La decisión de inadmisión estará acompañada de la orden de salida obligatoria del territorio nacional en el plazo que se indique. Contra la resolución de inadmisión se podrá interponer recurso contencioso administrativo ante los Tribunales de Justicia.

- Si el solicitante formula su petición de asilo en una *Embajada u oficina consular española*, fuera de su país de origen, la solicitud se tramitará a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, quien trasladará el expediente a la OAR para continuar los trámites pertinentes. Cuando el solicitante de asilo se encuentre en una situación de riesgo, la OAR podrá someter el caso a la Comisión Interministerial (CIAR)⁸, para autorizar su traslado a España durante la instrucción del expediente, previa obtención del correspondiente visado que se tramitará de manera urgente. En caso contrario, mientras se tramita la solicitud, el solicitante debe permanecer en el país en el que se ha formulado la petición.

¿EXISTE ALGUNA DIFERENCIA EN LA FASE DE ADMISIÓN A TRÁMITE ENTRE MENORES NO ACOMPAÑADOS Y ADULTOS?

Sí, así es y resulta de una enorme trascendencia.

Entre los principales documentos que han influido la práctica a nivel nacional, a pesar de no poseer un carácter vinculante para los estados, se encuentran las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁹, la Declaración de Buenas Prácticas elaborada por el ACNUR y Save the Children¹⁰, y las Directrices del ACNUR para el cuidado y protección de los niños refugiados¹¹.

De acuerdo con estos documentos, y en atención a la situación de extrema vulnerabilidad en la que un menor no acompañado solicitante de asilo se encuentra, la práctica en España es que su solicitud se **admitirá a trámite**, de forma que en ningún caso, podrá ser inadmitido en la primera fase del procedimiento. De esta forma se evita someter al menor a un procedimiento diseñado originariamente para adultos.

Las solicitudes de asilo presentadas por menores no acompañados o separados de su familia, tie-

8_ La Comisión Interministerial está compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Asuntos Sociales; asimismo, a sus sesiones será convocado el representante en España del ACNUR; esta Comisión se reúne con una periodicidad mensual, examina las solicitudes de asilo ya admitidas a trámite en la primera fase del procedimiento y formula las propuestas correspondientes

9_ Entre otras y de forma particular, la Observación General nº6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Comité de los Derechos del Niño, 39º periodo de sesiones 17 de mayo a 3 de junio de 2005.

10_ Programa de Menores No Acompañados en Europa, Declaración de Buenas Prácticas, Tercera edición, 2004.

11_ Niños Refugiados: Directrices sobre protección y cuidados, 1994.

nen prioridad frente a las de los adultos. De forma que la administración **prioriza su estudio** para evitar una larga demora en la toma de la decisión relativa a su caso.

La OAR una vez alcanzada la mayoría de edad del solicitante, analiza la necesidad de protección desde esta nueva perspectiva sin tener en cuenta la edad del interesado en el momento de producirse los hechos que provocaron su temor a sufrir persecución y su consiguiente salida del país. No obstante, desde la perspectiva del ACNUR, aunque el menor alcance la mayoría de edad durante la tramitación de su expediente de asilo, el estudio de su solicitud debería seguir llevándose a cabo desde el prisma de su minoría de edad, ya que la persecución se produjo durante la misma.

Las **entrevistas** se efectuarán por funcionarios del servicio competente, quienes deberán tener conocimiento de la historia, cultura y antecedentes del menor que deberán tomarse en consideración a la hora de evaluar la solicitud de asilo. En la práctica, es frecuente que las primeras entrevistas se lleven a cabo por personal no especializado lo que puede dificultar la obtención de un relato verosímil y coherente por parte del menor.

Para salvaguardar los intereses del menor, todas las entrevistas deberán llevarse a cabo en presencia de su representante legal y si el menor así lo desea o se estima conveniente, en presencia de su tutor.

Es esencial que el menor sea debidamente informado del significado del asilo y de los trámites que va a tener que seguir durante todo el procedimiento.

¿EN QUE CONSISTE LA 2ª FASE DEL PROCEDIMIENTO: FASE DE RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO?

Si la solicitud es admitida a trámite, en frontera o territorio, pasa a ser examinada en profundidad por parte de las autoridades españolas en la fase de reconocimiento de la condición de refugiado. A pesar de que la ley establece que las autoridades dispondrán de un plazo de seis meses para tomar una decisión, la media de duración de esta segunda fase, en el caso de los adultos, oscila entre los 12 y los 18 meses. No obstante, en el caso de los menores no acompañados estos plazos se suelen reducir considerablemente.

La instrucción del expediente se lleva a cabo por los instructores de la OAR. Una vez que el expediente ha sido estudiado, se eleva el expediente a la CIAR y se comunica la propuesta de resolución al ACNUR, que estudiará igualmente cada uno de los casos. Aquellos casos en los que existe un criterio discrepante entre la instrucción de la OAR y cualquier miembro de la Comisión, son discutidos en la CIAR, donde se adoptará la decisión definitiva sobre cada caso. En la práctica se tienden a discutir los casos que son presentados por el ACNUR.

La Comisión está compuesta por un miembro de cada Ministerio que tiene competencia en materia de asilo: Interior que preside, Trabajo y Asuntos Sociales, Justicia y Asuntos Exteriores. La CIAR se reúne una vez al mes y en ella también participa, con derecho a voz pero sin voto, el ACNUR.

Las decisiones adoptadas por la CIAR se elevan al Ministro del Interior para su firma y posterior notificación a los interesados.

La Comisión podrá decidir:

- Reconocer la condición de refugiado del solicitante
- Otorgar la protección internacional subsidiaria o complementaria¹² por considerarse que existe un riesgo real para la vida o la integridad del solicitante, a pesar de no concurrir los motivos contemplados en la Convención de Ginebra para el reconocimiento del estatuto de refugiado.
- Otorgar la protección internacional por razones humanitarias¹³.
- Denegar el asilo al solicitante con la consiguiente obligación de abandonar el territorio español en el plazo previsto en la notificación, excepto si posee algún tipo de autorización de residencia.<
- Archivar el expediente, cuando se requiere información adicional para adoptar una decisión sobre el caso y ello no es posible porque la persona no se ha presentado a requerimiento de la OAR.

Contra la decisión negativa, se podrá interponer **recurso de reposición** ante el órgano que adoptó la decisión desfavorable, o **recurso contencioso administrativo** ante la Audiencia Nacional.

Las personas a las que se haya denegado el asilo podrán solicitar de la OAR un **reexamen** de su expediente en caso de disponer de nuevos elementos probatorios de sus afirmaciones o en caso de considerarse que las circunstancias que justificaban la denegación han desaparecido.

¿DEBERÍA EXISTIR ALGUNA DIFERENCIA EN LA FASE DE RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO EN EL ESTUDIO DE LAS SOLICITUDES DE ASILO DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS Y DE LOS ADULTOS?

Aunque la edad no está específicamente mencionada en la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, se trata de un factor decisivo a considerar para asegurar una decisión adecuada en las solicitudes de asilo formuladas por menores.

12_ De acuerdo con el artículo 17. 2 de la ley española de asilo Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la ley 9/1994 de 19 de mayo y con el artículo 31.3 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

13_ De acuerdo con el artículo 17. 2 de la ley española de asilo Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la ley 9/1994 de 19 de mayo y con el artículo 31.4 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

Es esencial tener presente en todo momento el desarrollo mental y la madurez del menor. Es posible, por ejemplo, que el menor tenga limitados conocimientos sobre la realidad de su país de origen o que sea incapaz de explicar las causas o el contexto en el que se ha producido la persecución sufrida o la persecución que teme sufrir en caso de ser devuelto a su país de origen. Los menores pueden tener dificultades a la hora de expresar sus miedos por diferentes motivos, tales como traumas, instrucciones paternas, falta de educación, miedo de las autoridades de su país de origen, de las personas en posición de poder o de posibles represalias. En ocasiones han sido obligados a contar una historia falsa y será difícil conseguir que cambien su relato. La distorsión de la realidad o la omisión de información vital son frecuentes, y en ocasiones les resulta difícil diferenciar entre la realidad y la ficción, de forma que lo que podría ser considerado como una mentira en caso de un adulto no necesariamente lo es en caso de un menor.

Tal y como hemos indicado anteriormente, resulta esencial en el estudio de las solicitudes de asilo de menores, tomar como referencia todos los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, en particular, aquellos dirigidos específicamente a la defensa de los derechos de los niños, tales como:

- La Declaración de derechos del niño de 1959
- La Convención de derechos del niño de 1989
- El Protocolo Facultativo I de la CDN, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000.
- Protocolo Facultativo 2 de la CDN, relativo a la participación de niños en conflictos armados, 2000.
- Convenio nº182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.
- Convención de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (reglas de Beijing), 1985.

En ocasiones, la persecución sufrida o temida por una persona en un determinado lugar de su país, podría evitarse si esa persona se desplazara a otro pueblo o ciudad. En base a la existencia de esta posibilidad y siempre y cuando se cumplan unas condiciones que han sido establecidas por el ACNUR¹⁴, es posible determinar en la fase de determinación, que no procede otorgar la protección internacional por existir la **alternativa de la huída interna**. Sin embargo, la viabilidad de esta alternativa no debe ser considerada en los casos de menores. Los devastadores efectos psicológicos que el retorno al país de origen puede provocar en el menor, así como las dificultades del acceso a la educación, la necesidad de que existan miembros de su familia y demás factores, debe ser determinante a la hora de juzgar la conveniencia de tal medida de acuerdo con el interés superior del menor.

¹⁴_ Directrices sobre Protección Internacional: “La alternativa de huída interna o reubicación” en el contexto del artículo IA (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 23 de julio de 2003.

En ciertos casos, a pesar de que las personas cumplan con los criterios para ser reconocidos como refugiados, se les puede denegar la protección que establece la Convención de Ginebra, debido a que no se considera que sean merecedoras de la protección internacional de los refugiados por haber cometido delitos graves o actos atroces tales como, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz. Aquellas personas que hayan cometido delitos comunes graves o que hayan actuado en contra de las finalidades y los principios de las Naciones Unidas serán igualmente excluidas de la protección otorgada por la condición de refugiado. Los criterios que se siguen para aplicar las **cláusulas de exclusión** en el caso de los adultos¹⁵, tales como la voluntariedad, el conocimiento de las consecuencias, la intención...no deben ser aplicados en el caso de menores debido a su falta de madurez mental y emocional y a las limitaciones existentes en materia de imputabilidad penal.

Las cláusulas de exclusión no podrán ser aplicadas en ningún caso cuando el menor no haya alcanzado la edad de responsabilidad penal establecida en la ley. Para aquellos casos en los que ya la hubieran alcanzado, es necesario evaluar en profundidad tanto la capacidad y la madurez mental del menor como las circunstancias en que los actos criminales fueron cometidos tales como, crímenes cometidos bajo el efecto de drogas, alcohol ingerido de forma forzosa, posibilidades del menor de no participar en tales actos sin poner en peligro su vida, trato sufrido...etc

Tanto los menores como los adultos pueden ser perseguidos por agentes estatales y por agentes no estatales. Si el **agente perseguidor** no es el propio estado, se requiere para ser reconocido como refugiado, que las autoridades estatales no quieran o no puedan ofrecer la protección requerida. Los menores se encuentran especialmente en riesgo en relación a agentes no estatales, tales como grupos armados, bandas criminales, comunidades o sectas religiosas, empleadores sin escrúpulos o sus propios padres. Resulta esencial tener en cuenta las dificultades que un menor puede tener para acceder a sus autoridades en busca de protección, el grado de credibilidad que las mismas puedan otorgar a sus alegaciones, su capacidad para expresar y exteriorizar sus miedos y vivencias o la conciencia que puedan tener de sus propios derechos. En ocasiones, los menores simplemente huyen sin cuestionarse la posibilidad de adoptar otra alternativa.

¿QUE TIPO DE SITUACIONES DAN LUGAR A QUE UN MENOR SEA UN REFUGIADO?

Los menores pueden sufrir al igual que los adultos, una persecución por cualquiera de las cinco causas previstas en la definición de Refugiado que establece la Convención de Ginebra. Es decir, persecución por motivos de:

RAZA Y NACIONALIDAD:

Por el mero hecho de tener una determinada nacionalidad o de pertenecer a una determinada

¹⁵ UNHCR Guidelines on the Application in Mass Influx Situations of the Exclusion Clauses of Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, febrero 2006.

raza, etnia, comunidad o tribu. Un conflicto étnico puede repercutir con particular gravedad en los menores, al considerar una de las partes el asesinato de los menores de la etnia contraria.

RELIGIÓN:

a) En ciertos Estados la religión asigna unos roles particulares o códigos de comportamiento para las niñas y niños respectivamente, que en caso de ser rechazados pueden dar lugar a severos castigos que constituirían una persecución por motivos religiosos.

b) En aquellos Estados donde la religión está íntimamente relacionada con la política, el hecho de no llevar a cabo un comportamiento acorde con la misma puede ser percibido como un signo de no profesar esa religión y por tanto de tener ideas políticas inaceptables por suponer una amenaza a la estructura de poder del estado.

OPINIÓN POLÍTICA:

a) Imputada: por la opinión política de la familia a la que pertenece o por las relaciones de su familia con una persona políticamente activa, lo cual es particularmente frecuente en el caso de menores.

En ocasiones, la opinión política puede ser automáticamente imputada al solicitante, por ejemplo por el mero hecho de negarse a contribuir económicamente a las acciones de un grupo armado.

b) Por haber colaborado con un determinado grupo armado, con independencia de que dicha colaboración se hubiera realizado sobre la base de amenazas o de reclutamiento forzoso.

PERTENENCIA A UN DETERMINADO GRUPO SOCIAL:

Para entender esta causal de persecución es imprescindible determinar en primer lugar a que nos referimos cuando hablamos de determinado grupo social. Las directrices del ACNUR sobre “Pertinencia a un determinado grupo social”¹⁶, lo definen como el grupo que está unido por una característica inmutable o innata o por una característica tan fundamental para la dignidad humana que nadie debería estar en la obligación de renunciar a ella. La Convención no incluye una lista específica de grupos sociales, pero muchos Estados empiezan a estar de acuerdo aceptando como grupo social las mujeres, las familias, determinados grupos profesionales y los homosexuales, por ejemplo. Un menor homosexual, una niña a la que su familia pretende forzar a contraer matrimonio, un menor que pertenece a una familia de periodistas en Colombia que están siendo perseguidos... cualquiera de estas situaciones podría ser sufrida tanto por menores como por adultos.

Sin embargo los menores, debido a una serie de características comunes e innatas a todos ellos

¹⁶ Directrices sobre la protección Internacional: “Pertinencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1^a(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, 7 de mayo de 2002.

pueden ser considerados en sí mismos como un grupo social determinado, susceptible de sufrir violaciones de derechos humanos que les afectan de forma específica y que entrañan una persecución debido a su especial vulnerabilidad y como consecuencia de su menor grado de tolerancia a las amenazas o daños.

El hecho, por ejemplo, de privar a un menor de ciertos derechos sociales como la educación, la vivienda...podría entrañar una persecución que no podría determinarse en ningún caso tratándose de adultos. Los menores pueden igualmente ser víctimas de otras formas de persecución que si bien pueden ser sufridas en ocasiones por adultos, resultan especialmente graves y frecuentes en los casos de menores. Tales como:

- Reclutamiento forzoso o de menores para grupos armados o para el ejercito.
- Violencia doméstica o familiar.
- Infanticidio.
- Matrimonio forzoso o de menores.
- Mutilación genital.
- Trabajos forzosos.
- Prostitución forzosa.
- Pornografía infantil y Tráfico de menores.
- Niños nacidos en contravención de estrictas legislaciones de planificación familiar.

Sería imposible enumerar las innumerables vivencias que podrían convertir a un menor no acompañado en refugiado o en beneficiario de protección subsidiaria o humanitaria. La casuística es infinita, sin embargo, podemos hacer alusión a algunos tipos de persecución frecuentemente sufridas por los menores.

RECLUTAMIENTO FORZOSO:

El reclutamiento por parte de grupos armados de niños menores de 15/18¹⁷ años constituye una violación del derecho internacional independientemente de que se produzca de forma voluntaria o forzosa. Bajo el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia constituye un crimen de guerra, y podría constituir una forma de persecución basada en la pertenencia a un grupo social determinado.

¹⁷_ Los Estados que han ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 prohíben el reclutamiento de menores de 15 años, de conformidad con su art. 38.3. Sin embargo los Estados que han ratificado el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, que entró en vigor el 12 de febrero de 2002, prohíben el reclutamiento de menores de 18 años, de conformidad con los Art. 2, 3 y 4.

En los casos en los que el menor es mayor de 15/18¹⁸ años y el reclutamiento ha sido en principio voluntario, es muy importante analizar con detenimiento la autenticidad de la voluntariedad. Para ello es necesario tomar en consideración las situaciones de especial vulnerabilidad en la que el menor se encuentra, debido por ejemplo a su situación de pobreza, a la falta de educación, niños huérfanos o separados de sus padres. En ocasiones los menores pueden acceder de forma voluntaria a incorporarse en estos grupos armados con la finalidad de buscar cierta protección o para no poner en peligro a su familia.

De forma que podría constituir una persecución no sólo la comisión forzosa de crímenes de guerra, de asaltos...sino también, cualquiera de las acciones que los menores pueden verse obligados a llevar a cabo o pueden sufrir por parte de estos grupos armados, tales como trabajos forzosos, violaciones, favores sexuales.

Al retornar sus países y comunidades de origen, estos menores pueden ser objeto de acoso, discriminación y estigmatización, lo que debe ser seriamente considerado a la hora de resolver sus solicitudes.

PROSTITUCIÓN FORZOSA:

La prostitución forzosa, pornografía infantil y la explotación sexual constituyen serias violaciones de los derechos humanos y pueden ser equiparados a una tortura, tratamientos inhumanos o degradantes y/o a formas de esclavitud. Debido a que ponen en peligro la vida de la víctima, deben ser consideradas como constitutivas de persecución.

El tráfico de niños para cualquiera de estos fines también ha de ser considerado persecución.

LEYES PERSECUTORIAS:

Una ley puede ser persecutoria en sí misma. En aquellos casos en los que la ley no se aplica en la practica, el mero hecho de su existencia no constituye una persecución salvo si la misma provoca en la población reacciones discriminatorias o estigmatizaciones. Cada caso debe ser analizado de forma individualizada.

En algunos países, determinados actos antes permitidos, han sido prohibidos por el Estado, tales como mutilación genital, matrimonios forzosos, embarazos forzosos, quema de mujeres viudas...sin embargo el estado continúa tolerando o perdonando dichas prácticas o es simplemente incapaz de acabar con ellas. En estos casos, el mero hecho de que la práctica haya sido prohibida no es en sí mismo suficiente para considerar que la solicitud de asilo ha de ser denegada. Esto es muy frecuente en casos de niñas que alegan haber abandonado sus países por temor a sufrir una mutilación genital.

Incluso, cuando las leyes o políticas tienen objetivos justificables, los métodos de aplicación que producen consecuencias de naturaleza sustancialmente perjudicial para los individuos afectados,

18_ Idem.

pueden constituir una persecución. Este es el caso, por ejemplo, de políticas de planificación familiar restrictivas que aún constituyendo una apropiada respuesta a problemas demográficos de un determinado país, pueden dar lugar a una persecución si se aplican a través de técnicas como los abortos forzados o las esterilizaciones forzadas...constitutivas en sí mismas de graves violaciones de los derechos humanos de las personas. Los niños nacidos en contravención de este tipo de políticas restrictivas de planificación familiar que son víctimas de serias formas de discriminación y abusos podrían fundamentar en ello su solicitud de asilo.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR:

La violencia intrafamiliar puede constituir persecución cuando, revistiendo gravedad, se ejerce sobre personas indefensas, como es el caso de los menores. En muchos países no existen sistemas de protección de menores eficaces o simplemente estos son completamente inexistentes. De forma que la grave violación de derechos humanos que constituye la violencia ejercida sobre un menor por parte de las personas responsables de su cuidado, unida a la falta de protección por parte de sus autoridades, podría fundamentar una solicitud de asilo.

¿EXISTEN ALGUNAS PERSONAS SUSCEPTIBLES DE BENEFICIARSE DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN VIRTUD DE SU CIUDADANÍA?

La condición de refugiado depende de las vivencias personales de cada solicitante y cada expediente debe ser estudiado de forma individualizada. Las alegaciones deben ser acordes con la realidad del país de origen del solicitante para lo que resulta esencial consultar fuentes fiables de información. Por este motivo, no se requiere en ningún caso, ostentar una determinada ciudadanía para ser reconocido como refugiado o para beneficiarse de la protección subsidiaria o humanitaria.

Ahora bien, los nacionales de determinados países pueden encontrarse de forma generalizada en una situación de extrema vulnerabilidad debido a la existencia de guerras, conflictos internos o inestabilidad política. Por este motivo, el ACNUR emite, en relación a ciertos países, una serie de recomendaciones internacionales dirigidas a los estados responsables de estudiar las solicitudes de asilo. Estas recomendaciones son conocidas como *Posiciones del ACNUR*, *Llamamientos* o *Guías*¹⁹. Dependiendo de las circunstancias de cada momento se van actualizando y modificando y cuando las causas que impulsaron a emitir dichas recomendaciones internacionales desaparecen, se emite un informe comunicando la mejora de la situación del país en cuestión.

Actualmente, existen llamamientos y/o posiciones del ACNUR en relación a Costa de Marfil, Somalia, Irak, Eritrea, Kosovo, Sudán (zona de Darfur), Afghanistan, Angola, Armenia, Chechenia, Bosnia-Herzegovina, Líbano, Rusia, Sri Lanka, Nepal, Colombia...entre otros.

¹⁹_ En la siguiente página, se accede a todas los llamamientos, Guías y Posiciones del ACNUR:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/rsd?search=legal&source=REFPOL&subject=country+situation+specific+guidelines+positions>

Las recomendaciones difieren dependiendo de la gravedad de las circunstancias del país del que se trate. De forma que, por ejemplo, mientras en el llamamiento de Somalia se pide a los Estados otorgar protección internacional a todos sus nacionales, incluso a aquellos que no hayan sido considerados refugiados, en otros casos, se pide otorgar protección únicamente a determinados grupos que profesan una determinada religión o que forman parte de una determinada etnia.

Por último, en las Guías que elabora el ACNUR para ciertos países, se presentan, junto con el contexto del conflicto que vive el país, una serie de criterios a considerar en el momento de determinar si una persona es o no refugiado. Tal es, por ejemplo, el caso de las Guías sobre Colombia.

El ACNUR no elabora documentos sobre todos aquellos países en los que se producen violaciones de derechos humanos. Por este motivo, el hecho de que no existan recomendaciones relativas a determinados países no significa en ningún caso, que una persona originaria del mismo no pueda ser reconocida como refugiada o beneficiaria de la protección internacional.

¿ES COMPATIBLE LA VÍA DE ASILO CON LA VÍA DE EXTRANJERÍA?

Uno de los obstáculos fundamentales que los menores potenciales solicitantes de asilo podrían encontrar a la hora de tomar una decisión sobre la presentación de su solicitud, es la pretendida incompatibilidad entre la vía del asilo y la vía de extranjería²⁰. Las instituciones encargadas de la guarda de menores han manifestado su preocupación al respecto, señalando que en los casos en los que la mayoría de edad del menor está cercana, esta es la razón fundamental para no solicitar asilo.

De acuerdo con la legislación de extranjería²¹ española, los menores no acompañados que se encuentren bajo la tutela de la Administración pública durante un periodo consecutivo de nueve meses tendrán derecho a obtener el permiso de residencia. El órgano que ostenta la tutela del menor es el encargado de tramitar el permiso que debería otorgarse de forma retroactiva una vez transcurridos los 9 meses.

Es necesario señalar a este respecto que el hecho de que el menor se encuentre documentado como solicitante de asilo no equivale a poseer el permiso de residencia de forma indefinida, ya que esta autorización de permanencia en España únicamente tendrá validez durante el periodo de tiempo en el que se tramita el expediente y se decide sobre su posible necesidad de protección internacional.

La falta de disposiciones dirigidas específicamente a los menores solicitantes de asilo hace nece-

20_ El ACNUR en sus comentarios de 13 de octubre de 2004 al proyecto de Reglamento de Extranjería pidió de forma expresa que no se consideraran incompatibles. El ACNUR entiende que prima el interés superior del menor sobre el de reunificación familiar y que en todo caso no conviene que tras esperar la tramitación del procedimiento de asilo, se exijan nueve meses para poder iniciar la regularización de la situación del menor.

21_ Art. 92, Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

sario recurrir al artículo 92 del Reglamento de extranjería previsto para los menores inmigrantes no acompañados. Una interpretación errónea de este artículo provoca que algunos de los órganos encargados de tramitar estos permisos, consideren que la tramitación del permiso de residencia pasados 9 meses desde que el menor fue puesto bajo la tutela de la administración pública, solamente es posible cuando se han llevado a cabo las oportunas gestiones de localización de la familia del menor. En el caso de los menores solicitantes de asilo, cualquier actuación encaminada a la obtención de información queda paralizada en virtud del principio de confidencialidad, lo que puede dar lugar a que el cómputo de los 9 meses no comience hasta que la solicitud de asilo ha sido denegada. Sin embargo, dicha práctica carece de sustento legal, ya que todo menor solicitante de asilo podría obtener un permiso de residencia en base a su minoría de edad una vez transcurridos 9 meses bajo la tutela de la administración pública.

Para evitar consecuencias perjudiciales en caso de que la solicitud de asilo sea desfavorable una vez que el solicitante haya alcanzado la mayoría de edad, es aconsejable iniciar, de forma paralela a la tramitación del asilo, las acciones encaminadas a la regularización de su residencia por minoría de edad.

¿QUE PROTECCIÓN OTORGA EL ESTATUTO DE REFUGIADO?

La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el **reconocimiento de la condición de refugiado**, conforme a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951. Este reconocimiento supone la protección internacional más estable y completa posible ya que otorga al refugiado los siguientes derechos:

- No ser devuelto al país de origen
- Obtener un documento de identidad, autorización de residencia y trabajo. La autoridad competente expedirá un documento de identidad que habilitará al refugiado y a los dependientes o familiares a quienes se haya reconocido la extensión familiar para residir en España y desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con la legislación vigente en tanto persista su condición de refugiado en España.
- Título de viaje para visitar cualquier país excepto el propio. Se le expedirá el documento de viaje previsto en el artículo 28 de la citada Convención.
- Reagrupamiento familiar de familiares directos.
- Reducción de los plazos de acceso a la nacionalidad española.
- Prestaciones sociales y económicas. Si el refugiado careciese de trabajo o medios económicos para atender a sus necesidades y a las de su familia, podrá beneficiarse de lo previsto en el artículo 15 de este reglamento y de los programas generales o especiales que se establezcan con la finalidad de facilitar su integración.
- Cuando el solicitante hubiese presentado su solicitud en una Misión Diplomática u Oficina Con-

sular española, estas dependencias expedirán al interesado el visado o la autorización de entrada necesarios para viajar a España, así como el documento de viaje si fuera necesario, en los términos previstos en el artículo 16.

¿QUE DERECHOS SE OBTIENEN CON LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA O HUMANITARIA?

Si las autoridades españolas han otorgado al solicitante de asilo **protección subsidiaria o humanitaria** o según lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, dicha persona obtiene los siguientes derechos:

- No ser devuelto al país de origen.
- Autorización de residencia y trabajo por un año de duración, renovable.
- Documentación de identidad si no puede conseguir documentación de sus autoridades.
- Título de viaje si no puede conseguir pasaporte de sus autoridades.
- Reagrupación de familiares directos si se cumplen los requisitos establecidos para extranjeros residentes en España.

MENORES NO ACOMPAÑADOS Y EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL

Elisa García España

Profesora de Derecho penal y criminología. Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

Esta contribución tiene como objetivos conocer los factores de vulnerabilidad criminológica de los menores que inmigran solos a España y las respuestas que nuestro sistema otorga a las conductas desviadas de estos menores.

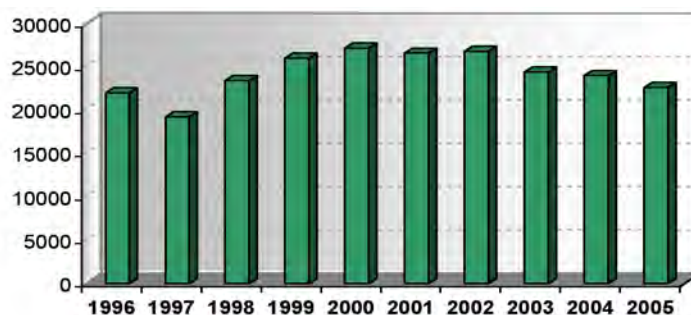
Los factores de vulnerabilidad nos los ofrecen diversas investigaciones criminológicas que han tratado de aportar una explicación sobre las conductas delictivas de jóvenes descendientes de inmigrantes. Una vez que tengamos detectados dichos factores de vulnerabilidad nos centraremos en conocer las respuestas de prevención terciaria de las conductas desviadas de estos menores. No nos centraremos sólo en el ámbito de la protección, sino que avanzaremos sobre el conocimiento de lo que ocurre en reforma, esto es, cuando el menor ingresa en el sistema penal de menores: ¿qué ocurre entonces? ¿Se cumple el fin educativo que exige la ley? ¿Se les repatría? ¿Tienen posibilidad de insertarse en la sociedad española? ¿Tienen los órganos de protección alguna responsabilidad en este último proceso educativo?

II. DELINCUENCIA DE MENORES DE EDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES EXTRANJEROS

Para conocer los factores de vulnerabilidad de los menores marroquíes que inmigran solos a España vamos a comenzar por conocer el volumen y evolución de la delincuencia de los menores de edad (españoles y extranjeros) en España.

El siguiente gráfico muestra la evolución y el volumen de la delincuencia de los menores de edad a partir de datos aportados por la policía. Los datos se refieren al número de menores de edad que han sido detenidos. Por tanto, la tabla nos muestra la delincuencia oficialmente conocida.

Gráfico 1. Evolución de los menores detenidos



Fuente: Anuarios del Ministerio del Interior

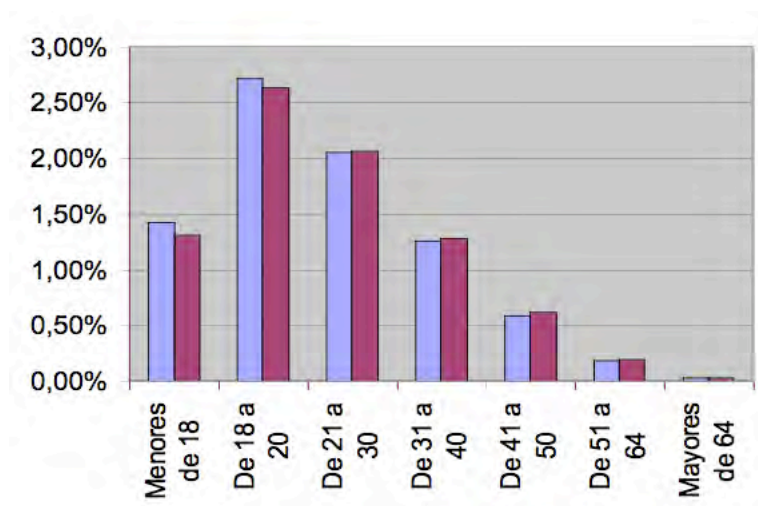
Salvo ciertos altibajos, la evolución de la delincuencia de los menores de edad se mantiene más o menos constante en el tiempo. El número de menores que son detenidos anualmente oscila en una horquilla de entre 20.000 y 25.000 detenciones.

En Criminología existen dos factores que explican mejor que ningún otro las conductas delictivas: la edad y el sexo.

Se ha demostrado que en todas las sociedades los jóvenes alrededor de los 18 años delinquen en mayor número que en el resto de las edades. Es una variable sólida incluso cambiando de país y de época: Un estudio realizado por Gottfredson y Hirshi teniendo en cuenta los datos de hace 150 años de Inglaterra, Escocia, Francia y Estados Unidos dejó ver un alto grado de igualdad en la distribución de la edad, a pesar de una enorme diferencia en las tasas de delincuencia: los picos más altos se daban en las edades más jóvenes para luego descender de manera generalizada.

Si un chico empieza desde temprana edad a realizar infracciones es más probable que cuando llegue a adulto cometa delitos más graves. La mayoría de los delincuentes juveniles no siguen delinquiendo al llegar a la edad adulta (véase gráfico 2), pero aquellos que lo hacen, suelen haber cometido gran cantidad de delitos en los primeros años de juventud.

Gráfico 2: Delincuencia por grupos de edad



Fuente: Anuario del Ministerio del Interior, 2005.

La persistencia en las actividades delictivas está relacionada con la edad de su aparición: la reincidencia es más probable cuando el menor ya pasó por el Juzgado de Menores, cuando se es parte de un grupo en el que los demás miembros son también delincuentes, cuando las relaciones familiares no son satisfactorias o no existe cohesión familiar y cuando la educación no incluye un contenido de disciplina consistente.

Aunque las tasas de delincuencia disminuyen conforme se avanza en la edad de los delincuentes, sí existen diferencias en el momento de aparición y cese de su comisión entre los diversos tipos de delitos. Así, el hurto y el robo de vehículos a motor son infracciones que se realizan mayoritariamente por jóvenes, disminuyendo su proporción en la transición a la edad adulta; no sucede lo mismo, por ejemplo, con la receptación y la estafa que tienen una aparición más tardía y decaen más lentamente. Por su parte, los delitos violentos aumentan al final de la adolescencia, para luego volver a decaer.

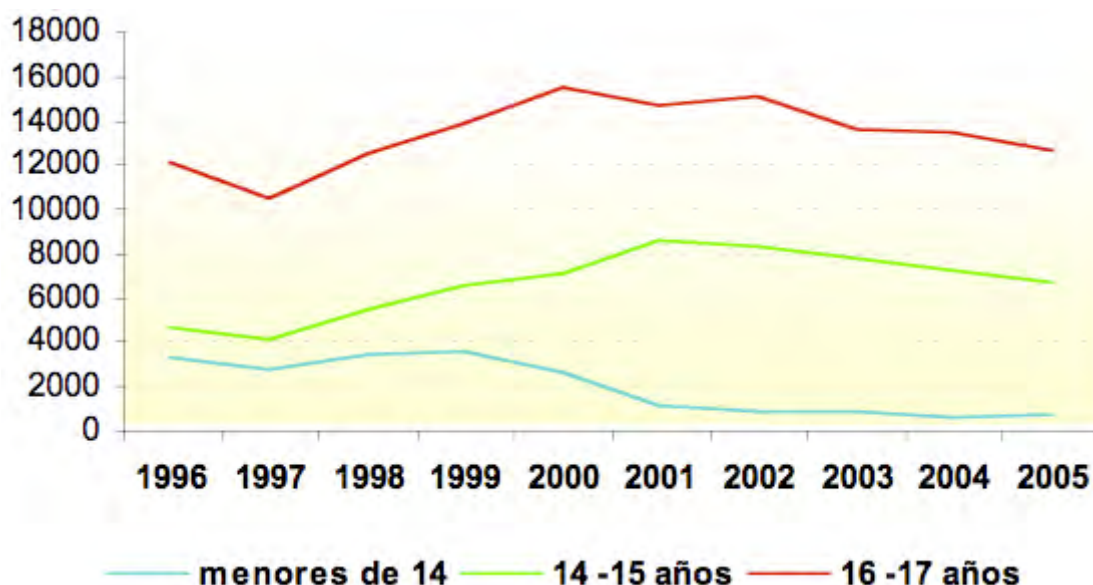
Se ha tratado de buscar una explicación al hecho de que la delincuencia se concentre en la juventud, pero ninguna de las circunstancias que se relaciona con la edad (circunstancias familiares, grupo de iguales, mayor tasa de desempleo, búsqueda de experiencias excitantes, influencia de los medios de comunicación, etc) explica tan bien la delincuencia como la edad por sí misma.

Además de la edad del sujeto, es el sexo la variable que establece la mayor diferencia entre los que delinquen y los que no delinquen. Efectivamente, las estadísticas oficiales de delincuencia como las encuestas de victimización y autoinformes aportan siempre el mismo resultado: Los hombres delinquen más que las mujeres. Esta situación se ha producido en todas las épocas y en todas las partes del mundo.

Pues bien, si nos centramos en los varones que son los que más delinquen con diferencia y dividimos las edades en tramos correspondientes a “menos de 14 años” (que no tienen responsabilidad penal, y en caso de cometer un delito tendrían que ser atendidos por el sistema de protección), “los

de 14 y 15 años” (que según nuestro sistema de bienestar social aun siendo extranjeros irregulares tienen derecho a la sanidad y educación públicas) y “los de 16 y 17 años”, ya que a partir de los 18 años son mayores de edad y serían tratados como adultos, nos encontramos con el siguiente gráfico.

Gráfico 3. Evolución de las detenciones de hombres menores de edad



Fuente: Anuarios del Ministerio del Interior

Este gráfico nos indica que son los menores entre 16 y 17 años los que son más frecuentemente detenidos por la policía, y que conforme se reduce la edad del menor el número de detenciones también desciende.

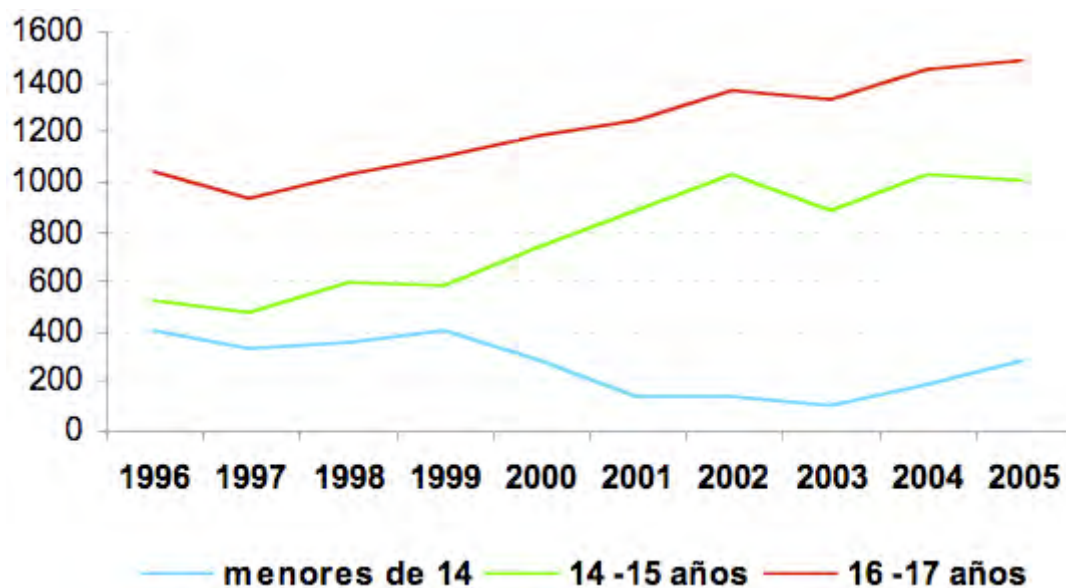
El descenso brusco que se produce en la línea inferior, representativa de los menores de 14 años detenidos, es fruto de la reforma legislativa habida en 2000¹ en donde se subió la edad de responsabilidad penal de los menores de 12 a 14 años. No es que este grupo de menores hayan dejado de delinquir, sino que sus conductas ya no son objeto del sistema penal juvenil, sino del órgano competente en materia de protección.

Como se observa en el gráfico 4, las conductas delictivas de las mujeres menores de edad se diferencian mucho a nivel cuantitativo: Las detenciones de las menores representan aproximadamente un 10% del número de detenciones de los menores. Además, el movimiento de la evolución de la delincuencia de las menores es diferente al de los varones: Mientras que las detenciones de los menores descienden, las de las mujeres menores aumentan.

¹ Cfr. Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 13 de enero de 2000).

Lo que se mantiene constante para ambos sexos es la distribución de las detenciones en función a la edad, es decir, son las menores de entre 16 y 17 años las que son más frecuentemente detenidas, descendiendo el número de actuaciones policiales conforme disminuye la edad. Esto mismo ocurre en el caso de los varones (véase gráfico 3).

Gráfico 4. Evolución de las detenciones de mujeres menores de edad

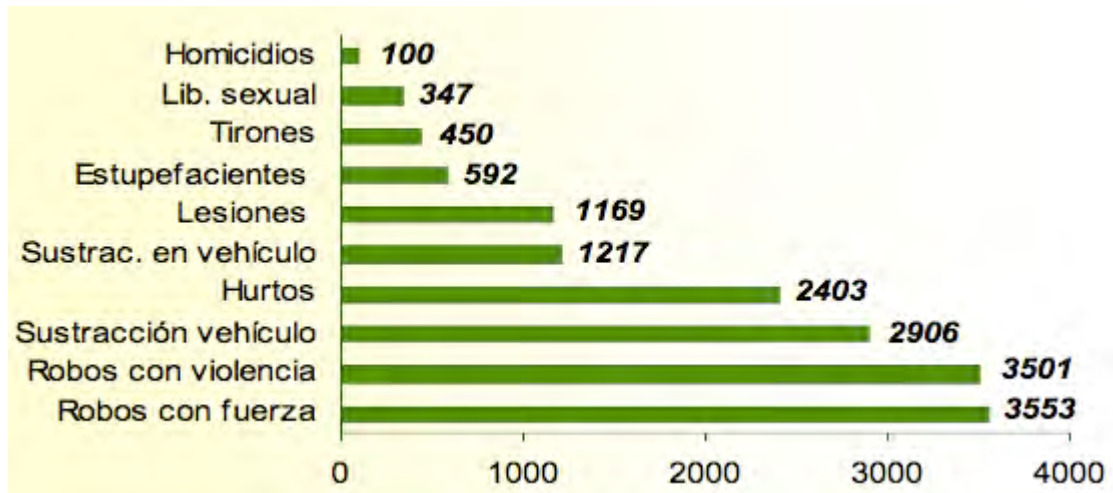


Fuente: Anuarios del Ministerio del Interior

Por otra parte, la **estructura de la delincuencia** de los menores de edad es muy similar a lo largo de los años: La mayoría de los delitos y faltas que se cometen por menores son contra la propiedad. Esta es la misma distribución que entre los adultos, donde los delitos contra la propiedad representan el 85% de todas las infracciones.

Dentro de las infracciones contra la propiedad, destacan los robos con fuerza y los robos con violencia e intimidación (gráfico 5).

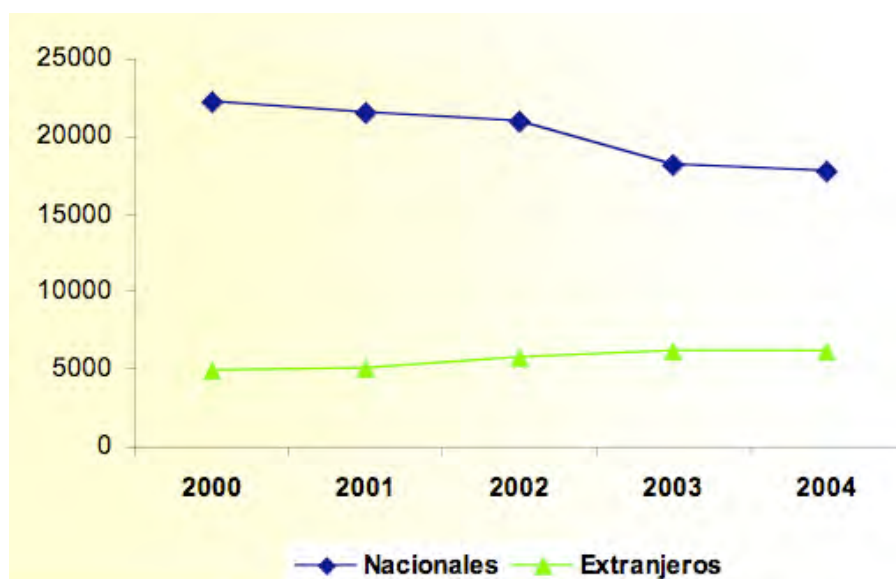
Gráfico 5. Infracciones más frecuentes. Año 2005



Fuente: Ministerio del Interior 2005

Si nos centramos a continuación en el colectivo **de menores que son extranjeros** se observa que sus detenciones han aumentado considerablemente en los últimos años (gráfico 6). Si tenemos en cuenta que la delincuencia de menores no ha aumentado, el crecimiento de este tipo de detenciones se debe a que los menores extranjeros empiezan a tener un mayor protagonismo en ámbitos de exclusión social.

Gráfico 6. Evolución de los menores detenidos nacionales y extranjeros



Fuente: Anuarios del Ministerio del Interior

En resumen, la delincuencia de menores no está creciendo cuantitativamente tras la entrada en vigor de la Ley 5/2000 de responsabilidad penal de los menores. Sí aumentan, dentro de esta estabilidad, los delitos de mujeres y extranjeros.

Con los datos que disponemos hay que destacar que es difícil distinguir cuantitativamente entre dos perfiles diferentes de jóvenes extranjeros: Unos, caracterizados por acompañar en el viaje migratorio a sus padres o, sencillamente, por ser hijos de inmigrantes nacidos en España, esto es, la llamada “segunda generación”²; y un segundo grupo caracterizado por ser menores que realizan la trayectoria migratoria sin un referente adulto. Este segundo grupo se encuentra en una situación de riesgo delictivo y victimológico muy grave, como veremos con posterioridad.

III. EXPLICACIÓN DE LA DELINCUENCIA DE LOS MENORES INMIGRANTES

Pasamos a continuación a conocer las distintas teorías que han intentado aportar una explicación sobre la delincuencia de menores inmigrantes, sin distinguir si realizaban el proceso migratorio acompañados o no.

A. LA TEORÍA DEL CONFLICTO CULTURAL DE SELLIN

En 1938 se publica en EE.UU la obra de SELLIN en torno a la teoría del conflicto cultural. Esta teoría considera que la delincuencia se origina por el conflicto existente entre distintos grupos culturales. SELLIN establece que la causa de un comportamiento anormal es la “personalidad”, entendida ésta como “el significado asignado por el individuo a los elementos sociales o culturales, la institución social, la relación interpersonal, etc”. El problema no está en si una norma es conocida o no por el sujeto o si ésta gobierna su conducta, sino en establecer si esa norma forma parte de su personalidad, tal y como se ha definido. Es decir, se trata de relacionar el conocimiento de la norma con la influencia que el grupo tenga sobre el individuo si éste la transgrede. Esta situación se complica cuando un mismo contexto social puede regularse de distinta manera según el grupo con el que el individuo se identifique. En este caso se produce un conflicto cultural que desencadena comportamientos delictivos.

Pero ¿de dónde surge ese conflicto cultural? Para SELLIN el conflicto entre normas culturales divergentes surge en tres situaciones diferentes: cuando los códigos de dos grupos culturales distintos

² Permítanme que utilice este término para diferenciar a estos menores de los que realizan el proceso migratorio en solitario. Y solicito ese permiso por las connotaciones que sugiere este término: Efectivamente al hablar de segunda generación de inmigrantes estamos reconociendo que ser inmigrantes es un estigma que permanece en el tiempo y se hereda o transmite de padres a hijos, a pesar de haber nacido en otro país, no hablar la lengua paterna de origen ni haber viajado nunca al país de sus padres. Estos son, entre otros los motivos por los que el término segunda generación no está correctamente utilizado. No obstante, y a falta de otros términos que nos identifiquen claramente nuestro objeto de estudio, diferenciado de los menores que inmigran solos, utilizaré el de segunda generación.

se solapan en las “zonas divisorias” entre ambos; cuando la norma de un grupo cultural se extiende sobre otro; o cuando los miembros de un grupo cultural emigran a otro. Es en la delincuencia de este último grupo donde SELLIN encuentra el ámbito específico de aplicación y verificación de su hipótesis sobre la teoría del conflicto cultural. Los inmigrantes cometen delitos como consecuencia del conflicto existente entre las normas de conducta de crianza y las nuevas normas culturales que les acogen, el cambio de un ambiente rural a uno urbano, y el cambio entre una sociedad organizada y homogénea a otra desorganizada y heterogénea. En definitiva se trata del choque que se produce con el nuevo control social del grupo dominante en un determinado territorio.

Sin embargo, a la vista de los datos que se manejan por este autor, existe una clara desproporción entre los primeros inmigrantes que llegan a EE.UU y los hijos de éstos -segunda generación de inmigrantes- en cuanto a la cantidad de comportamientos delictivos registrados. Si el conflicto cultural es la causa directa de la delincuencia de inmigrantes, la primera generación debería tener unos porcentajes mucho más altos de desviación y reducirse éstos con la segunda generación, sobre las que no han recaído dos tipos diferenciados de normas de conducta. La realidad, no obstante, le mostraba lo contrario: Los índices más altos de delincuencia recaen sobre la segunda generación de inmigrantes, debido a que sobre ellos se ejerce una educación paterna anclada en los valores de su cultura de origen, mientras que el niño crece rodeado de los valores de la cultura del país que recibió a sus padres como inmigrantes.

Parece que el conflicto cultural que se produce en esa segunda generación entre la cultura familiar y la adoptiva recibe una respuesta en forma de conducta delictiva.

No obstante, a la conclusión a la que llega este autor después de analizar los trabajos empíricos enmarcados teóricamente en el conflicto cultural, entendido éste como un conflicto de normas de conductas, es que no existen evidencias claras sobre ese factor causal.

La teoría del conflicto cultural fue en un principio acogida por los criminólogos alemanes, quienes la aplicaron a la realidad alemana para comprobar en qué medida podía explicarse la delincuencia de los inmigrantes con ella. Jugó un papel estelar en la década de los 60, pero en los 70 y 80 empezó a cuestionarse su capacidad para dar una explicación convincente de esta delincuencia. La premisa de la que parten tanto sus seguidores como sus detractores son los datos estadísticos. Éstos muestran que ni la cantidad de delitos cometidos por este colectivo, ni el tipo de delitos perpetrados por ellos pueden ser explicados por la teoría del conflicto cultural.

En cuanto a la cantidad de delitos, hay autores que han encontrado argumentos convincentes que explican la poca participación de los *Gastarbeiter* en la delincuencia, lo que neutralizaría en cierto modo los efectos del conflicto cultural y explicaría los datos estadísticos disponibles: En primer lugar se dice que los *Gastarbeiter* (término alemán que no se corresponde exactamente con la definición de inmigrante y que hace referencia a los trabajadores extranjeros procedentes de países menos desarrollados que fueron reclamados o invitados por ese país para que cubrieran, de forma temporal, la falta de mano de obra existente en Alemania tras la II Guerra Mundial), solicitados por Alemania para la reconstrucción del país en la década de los 50, fueron cuidadosamente seleccionados. A esto se unió el hecho de que a los inmigrantes delincuentes se les expulsaba del país, por lo que no incrementaban las tasas de delincuencia. Y, en tercer lugar, se establece la hipótesis de que los primeros inmigrantes experimentaron una notable mejoría en su nivel de vida con respecto al que tenían en sus países, lo cual produciría una satisfacción en relación al proceso migratorio

experimentado en comparación a la situación económica vivida con anterioridad, que les inhibiría un sentimiento de privación relativa, que es el más propenso a la adopción de un comportamiento delictivo.

Puesto que los tipos delictivos cometidos por los inmigrantes no manifestaban la existencia de un conflicto cultural, los partidarios de esta teoría acudieron para su explicación a una distinción contenida en la teoría original de SELLIN. Éste indicaba en su obra que el conflicto cultural podía ser de dos tipos: interno o externo. El conflicto cultural externo se produce cuando una misma situación se regula de distinta forma en el país de origen y en el país de acogida. Se daría el conflicto *cultural externo* cuando el inmigrante resuelve la situación con las normas culturales que rigen en su país de origen. El ejemplo típico es el de los delitos contra el honor. El propio SELLIN da un ejemplo de ello: un inmigrante siciliano mata al pretendiente de su hija de dieciséis años por seducirla. El padre de la chica mostró su sorpresa cuando fue arrestado por la policía. Según su tradición él sólo había limpiado la honra de la familia, sus costumbres le obligaban a ello. Sin embargo, las estadísticas alemanas mostraban que los inmigrantes cometían principalmente delitos comunes -robos, hurtos, asesinatos...-, los cuales estaban también castigados en los países de procedencia. Por tanto, aquí el conflicto cultural externo no se daba de ninguna manera. En estos casos es donde entra en juego la noción de conflicto *cultural interno*, que vendría a explicar la mayor incidencia de la delincuencia en la segunda generación de inmigrantes. El conflicto cultural interno o mental se da en las personas que diseñan sus pautas de conducta a partir de las normas en conflicto de dos grupos diferentes. En la primera generación de inmigrantes el conflicto interno afecta en la medida en que no son capaces de integrarse en la cultura de acogida: El individuo se siente excluido por no identificarse con el grupo dominante. Esta situación produce en el inmigrante una crisis de ansiedad, pues se siente incapaz de adoptar la nueva identidad cultural. También la temporalidad en los planes migratorios de un sujeto podría atenuar los efectos del conflicto cultural. En cuanto a la segunda generación de inmigrantes, el conflicto interno aparece en el interior del hogar, cuando la cultura en la que se educa el niño choca frontalmente con la cultura reinante fuera de su hogar.

No obstante, las críticas vertidas sobre esta teoría han prosperado hasta el punto de ser abandonada como explicativa de la delincuencia de inmigrantes. Se le ha objetado al conflicto cultural su incapacidad por sí solo para explicar la delincuencia de los jóvenes extranjeros. Una vez establecida la confrontación paterno-filial, lo que puede desencadenar una respuesta delictiva será la asociación del joven con un grupo de iguales. Es aquí donde entra en juego la teoría de la asociación diferencial. El control social informal de la familia se debilita, reforzándose la influencia del grupo de amigos. Además, esa confrontación entre padres e hijos no puede tacharse de conflicto cultural, sino más bien de respuesta psico-social ante determinada situación conflictiva dentro del hogar.

Otras críticas apuntan a que las estadísticas sobre delincuencia no muestran que en las sociedades con conflictos culturales existan más delitos que en aquellas sociedades donde no existen tales conflictos. Además no parece obvio que el contacto entre dos culturas que no son criminógenas desencadene una respuesta delictiva.

Otras investigaciones más recientes han intentado demostrar la importancia del factor cultural. El estudio que se realizó en Vaucresson a finales de los años setenta se centró en el proceso de socialización de los jóvenes inmigrantes, basándose en una encuesta realizada a 500 jóvenes, divididos en cuatro grupos: inmigrantes y franceses, delincuentes y no delincuentes. Los resultados de esta investigación muestran que el grupo de magrebíes delincuentes, de forma mayoritaria, se adhería a

los valores franceses y deseaba integrarse en esa cultura y adquirir la nacionalidad francesa. Por el contrario, el grupo de control, compuesto por magrebíes no delincuentes, estaba muy apegado a la cultura islámica y sus vínculos familiares y comunitarios -vecindad, amigos, etc- eran muy sólidos. En el caso de los franceses ocurrió algo semejante pero al revés: Los chicos muy apegados a la cultura francesa, transmitida principalmente a través de fuertes lazos familiares, era el grupo de no delincuentes. Los jóvenes franceses delincuentes presentaban deficiencias de socialización, sin que se sintieran comprometidos con los valores convencionales paternos.

En definitiva, **este estudio se centra en el factor cultural** como variable independiente, y según sus autores los resultados ponen de manifiesto que la cultura marroquí no es criminógena.

Un estudio similar a éste alcanzó las mismas conclusiones: La muestra fue de 81 jóvenes en edades comprendidas entre los 13 y los 16 años, divididos en grupos iguales de generaciones (primera, segunda y tercera generación de inmigrantes), seleccionados de dos colegios de zona urbana de Los Angeles, California. En este estudio se concluyó que la educación mexicana era más saludable que la estadounidense pues los jóvenes con mayor apego familiar y, por consiguiente, más vinculados a la cultura mejicana, tenían índices de delincuencia bastante inferiores a los jóvenes que rompían con la tradición cultural paterna.

Desde mi punto de vista este estudio, al igual que el anterior, se centra erróneamente en el factor cultural, en lugar de resaltar la relevancia del factor afectividad familiar y sentimiento de pertenencia a la familia como inhibidor de comportamientos antisociales con independencia del factor cultural.

En ambos estudios se está poniendo de relieve **dos aspectos importantes:**

En primer lugar, que los jóvenes con menor incidencia delictiva eran en ambos grupos -inmigrantes y autóctonos- los que mayor apego o vinculación familiar presentaban;

Y, en segundo lugar, que lo realmente relevante no es tener apego a los valores de una cultura o de otra, sino que la adhesión a los mismos se haga a través de unos canales adecuados de transmisión, entre los que destaca un entorno familiar sano y afectuoso.

Esta conclusión nos sitúa de plano frente a la teoría de los vínculos sociales de Hirschi.

B. LA TEORÍA DE LOS VÍNCULOS SOCIALES DE HIRSCHI³

Esta teoría es de las más importantes para la Criminología moderna, hasta el punto de que tanto su autor como la mayoría de los autores la llaman la teoría del control, como si fuera la única dentro de este grupo.

El presupuesto de esta teoría es que se explica la obediencia a las leyes a través del interés que el individuo tiene de que su comportamiento se adecue a las expectativas impuestas por el orden

³ Cfr. GARCÍA ESPAÑA, E.: *inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

social. Si sus vínculos con la sociedad son fuertes, la comisión de una actividad delictiva le supondría la pérdida de unos logros ya alcanzados.

Este autor parte de unos datos recogidos empíricamente por medio de un cuestionario suministrado a una muestra estratificada según sexo, edad y raza de 4.077 jóvenes de 17 y 18 años residentes en California, que representaba el 73,5% de la muestra original. Junto a los cuestionarios, analizó también los registros de escolaridad y las estadísticas policiales. Como resultado de su estudio este autor alcanzó la conclusión de que las personas que delinquen están motivadas por el temor al daño que ello produciría en sus relaciones personales e institucionales, y que las personas que delinquen tienen sus vínculos sociales tan debilitados que éstos no los disuaden de cometer actos delictivos.

De esta investigación, además, este autor dedujo los factores que miden el arraigo social de una persona con la sociedad en la que vive:

1. Apego, entendido como el conjunto de lazos emocionales que se establecen con otras personas y que se traduce en afecto o identificación. En esencia, significa ser sensible a la opinión de los demás. La identificación afectiva, el apego, es necesaria y previa a la interiorización de las normas, pues si la persona no es sensible a la opinión de los demás le es indiferente lesionar sus deseos o expectativas y por ello se siente libre para delinquir. Este elemento es el que habitualmente se denomina control interno. A mayor apego más frenos para cometer un delito.

2. Compromisos, referido al grado en que los individuos se encuentran situados en la sociedad convencional, especialmente en la escuela y en el grupo de iguales. La persona que participa en la sociedad adquiere bienes, reputación y estatus, elementos, todos ellos, que pueden perderse si cometen un delito. A mayor compromiso, mayor coste supondría la realización de un comportamiento delictivo.

3. Participación. Define el grado de implicación de los individuos en todas las actividades convencionales (escuela, oficio, etc). Cuanta mayor es la participación, menores son las probabilidades de implicarse en comportamientos delictivos. Ello explica la arraigada creencia de que es necesario de que los jóvenes deben ocupar el tiempo libre mediante actividades deportivas o culturales para evitar que cometan delitos. Hirshi admite que su investigación empírica no consigue comprobar tal extremo, pues los jóvenes que afirmaban pasar más tiempo viendo la tele, o jugando o saliendo con los amigos son también los que admiten la comisión de hechos delictivos. Para este autor la mayoría de las actividades lúdicas convencionales son neutrales respecto a la delincuencia, ni la inhiben ni la promueve. Lo importante no es que hagan algo, sino qué es lo que hacen. Los jóvenes que dedicaban menos tiempo al estudio, delinquían más. Lo cual está vinculado con las aspiraciones que tenga cada uno.

4. T. Creencias. Conjunto de convicciones favorables a los valores establecidos. Hirschi asume que hay unos valores compartidos por todos los grupos sociales, por ello, la cuestión decisiva para él no es el porqué existen sectores sociales que desarrollan otros valores o creencias distintas, sino por qué hay personas que aceptando los mismos valores delinquen. En su opinión, ello es debido a que la creencia en la validez moral de las normas y la obligación de respetarlas está debilitada en algunos sectores de la población, pues las personas varían en el grado de convencimiento acerca de la necesidad de respetar las reglas de la sociedad. Así puede comprenderse porqué la persona finalmente delinque, a pesar de no tener valores opuestos alternativos, a

pesar de manifestar que cree en la corrección del orden normativo y a pesar de manifestar sentimientos de culpabilidad. A mayor consonancia con los valores sociales menos posibilidades de atentar contra ellos.

Hirschi reconoce que las teorías del control social informal no proporcionan una explicación de por qué se delinque. Para que se ejecute la decisión de delinquir basta con que estén ausentes los controles aludidos, pero no establece que factores desencadena la decisión de delinquir. Estos cuatro mecanismos de vinculación social informal pueden desarrollarse en 4 contextos de la vida: vinculación a los padres, a la escuela, al grupo de iguales y a las pautas convencionales.

Con relación a la vinculación o *apego* a los padres, Hirschi desmiente la hipótesis de las teorías culturales de acuerdo a las que los padres enseñan a sus hijos valores desviados, pues todos, independientemente de la clase social o minoría étnica o de progenitores delincuentes, pretenden transmitir a sus hijos valores convencionales.

También es importante el grado de vinculación a la escuela, que se explica a través de la variable competencia académica. Los menos competentes pierden interés por la escuela y dejan de ser sensibles a lo que piensen los maestros, y por tanto dejan de ser una autoridad moral para influir o regular la conducta del joven. El desapego a la escuela hace que el joven deja de experimentar el control social que esta ejerce y se sienta libre para delinquir.

Las amistades con delincuentes, según Hirschi, no motivan o incitan a la delincuencia, sino que estas amistades se obtienen por las mismas causas que surge la delincuencia, esto es, la pérdida de interés en la sociedad convencional.

Por otra parte, la persona que pierde *interés en las metas o recompensas sociales* se siente libre para delinquir, ya que los motivos para no hacerlo se han debilitado o desaparecido. Este factor en su teoría le permite a Hirschi refutar la teoría de la anomia porque constata que los jóvenes con mayores aspiraciones son los que menos delinquen puesto que son los que sienten que arriesgan más; en segundo lugar, constata que no hay un sentimiento de frustración entre los jóvenes porque, en general, las aspiraciones se adecuan a las expectativas, esto es, generalmente uno aspira a lo que más o menos piensa que puede conseguir. En cualquier caso, las aspiraciones para Hirschi juegan como freno, no como motivación para la delincuencia.

De todos ellos Hirschi le concede la mayor trascendencia al apego afectivo de los padres. Según su investigación, los jóvenes delincuentes se hallan menos vinculados a sus padres que los jóvenes no delincuentes. Los vínculos emocionales entre los padres e hijos facilitan los procesos de socialización a través de los cuales los niños reciben ideas, expectativas y valores.

Por tanto, para Hirschi la variable más relevante en la etiología de la delincuencia es el apego emocional a la familia.

De todo lo anterior podemos deducir que un factor inhibitor de comportamientos delictivos es la transmisión de valores convencionales a través del canal paterno, siempre y cuando el niño sienta vinculación e identificación con su familia.

MEDIOS DE TRANSMISIÓN

La familia es el sistema de socialización que ejerce mayor influencia en el individuo y durante más tiempo.

La Criminología, a través de técnicas de autoinformes y observaciones repetidas, ha estudiado dos aspectos esenciales de la familia:

- afecto familiar
- estrategias de control

El afecto familiar es entendido como la aceptación que el niño tiene en su casa, la ocupación o dedicación que se le presta y las respuestas paternas frente a las conductas del niño.

Canter (1982) realizó una investigación en la que demostró que el sentimiento de los adolescentes de pertenencia a una familia, evaluado a partir de su grado de implicación en actividades familiares, se relaciona negativamente con la delincuencia. De ahí que cuanto mayor sea la integración de los jóvenes dentro de la propia familia habrá menor probabilidad de delincuencia juvenil.

Una investigación posterior alcanzó los mismos resultados que Canter: Dentro de un mismo barrio se evaluaron 112 familias de jóvenes varones delincuentes y 51 familias de jóvenes no delincuentes. Sin embargo, estos nuevos investigadores encontraron dos factores que predecían mejor que las malas relaciones familiares las conductas delictivas: contacto con grupo de delincuentes y la edad de la primera detención.

El control paterno es el término que se utiliza para hacer referencia al estilo que los padres tienen de hacer las demandas de sus hijos y de controlar su conducta.

Zinder y Patterson (1987) realizaron una investigación sobre la relación existente entre el control paterno y la delincuencia. Estos autores hallaron como resultado que las familias de delincuentes suelen emplear estrategias de disciplina inefectivas, que no logran controlar la conducta de los jóvenes, ni antes ni después de producirse el hecho penal.

No es infrecuente que los chavales tengan una pelea en el instituto o en la calle o que caigan en la tentación de hurtar en un comercio. Este tipo de hechos los suelen cometer todos los niños entre los 10 y los 14 años y no serán importantes salvo que se repita y prolongue en el tiempo adquiriendo cada vez mayor gravedad. Esto puede ocurrir si no existe una adecuada supervisión paterna y los padres no son capaces de minimizar el contacto de sus hijos con jóvenes delincuentes.

Combinando el afecto familiar y el control paterno nos encontramos con cuatro estilos paternos diferentes:

DIMENSIÓN AFECTIVA

		Alta	Baja
CONTROL PATERNO	Alta	Padres implicados con autoridad: - Alta independencia/responsab -Baja agresión -Alta autoestima	Padres autoritarios: - Déficit en la interiorización de normas - Baja competencia social - Baja autoestima
	Baja	Padres indulgentes, permisivos: -Alta impulsividad -Alta agresividad -Baja indep/responsab	Padres indiferentes, no implicados: - Serios déficit en el desarrollo cognitivo y social

La situación ideal (padres implicados) es la del primer recuadro, en donde hay un alto control paterno acompañado de altas dosis de afectividad.

Ahora bien, si el control paterno es elevado pero se muestra poca afectividad al niño nos encontramos ante padres autoritarios que no educan adecuadamente a sus hijos. Son niños que no aprenden las normas porque están acostumbrados a recibir órdenes de forma caprichosa y rotunda por sus padres sin ningún tipo de explicación sobre la demanda que se les pide. Esto produce en el niño mucha incompetencia social, porque no sabe como actuar, y una autoestima muy baja.

Tampoco es conveniente lo contrario, esto es bajo control paterno y excesiva afectividad. Esto es propio de padres permisivos, que permiten hacer al niño lo que desee, sin exigirles responsabilidad. El resultado son niños agresivos, que consigue las cosas a base de rabietas, e irresponsables.

Pero lo peor de todo es encontrarnos con padres que no se implican en la educación de sus hijos en ninguna de las dos dimensiones, ni controlando ni mostrando afectividad. El resultado en estos casos es nefasto pues nos encontramos con niños con problemas de interacción humana, y déficit en su desarrollo cognitivo y social. Esta sería la categoría que mayor incidencia tendría de cara a comportamientos delictivos.

IV. SITUACIÓN DE RIESGO DELICTIVO TRAS SU PASO POR UN CENTRO DE PROTECCIÓN: INVESTIGACIÓN REALIZADA EN EL IAIC DE MÁLAGA

Si como hemos visto en la adolescencia y primera juventud se concentra el mayor número de actividades delictivas, la labor de protección que se hace desde las comunidades autónomas a los menores en desamparo tiene una importancia de primer orden.

La situación de riesgo delictivo que viven los menores no acompañados tras su llegada a España fue mostrada por los medios de comunicación a finales de los 90: La sensación de inseguridad ciudadana percibida en determinadas zonas turísticas de Barcelona por la comisión frecuente de infracciones leves contra la propiedad por parte de jóvenes marroquíes empezó a relacionarse con el fenómeno de la inmigración de menores no acompañados.

Un estudio llevado a cabo por la Generalidad de Cataluña sobre este colectivo y en el ámbito de esa Comunidad aporta datos más concretos relativos a la realidad criminológica de estos jóvenes. Los resultados de esa investigación demuestran que el 60% de la población analizada entre 1998 y 2002 (N=1.659) había estado institucionalizada previamente en las comunidades autónomas de Andalucía o Madrid. Este mismo estudio revela que el 93,4% de estos menores proceden de Marruecos y que el 27% del total de la población de menores que inmigran solos en Cataluña ha cometido un hecho delictivo de forma presunta (n=252) o probada (n=196). Y, además, que el 72,5% de los hechos cometidos fueron clasificados como delitos contra la propiedad⁴. No cabe duda de que el porcentaje de delincuencia (27%) hallado específicamente para el colectivo de menores que inmigran solos estudiados (N=1.659) es considerablemente elevado.

JUSTIFICACIÓN DE SU TRATAMIENTO CRIMINOLÓGICO

La prevención de la alta tasa de delincuencia de este colectivo, numéricamente poco relevante, puede afrontarse desde distintas perspectivas: La prevención primaria estaría encaminada a evitar la aparición de oportunidades de riesgo delictivo, actuando sobre la colectividad con programas de prevención situacional diseñados para ser desarrollados a largo plazo. La prevención secundaria se orienta a evitar que los problemas se consoliden, trabajando con grupos de riesgo delictivo por presentar rasgos de agresividad, altos niveles de absentismo escolar, consumo de drogas, o cualquier otro tipo de situación que necesite de una adecuada intervención. Y la prevención terciaria recae sobre los sujetos que ya han sido detectados como infractores, siendo su objetivo evitar la repetición de futuras conductas delictivas.

Para el grupo de menores que inmigran solos la prevención primaria debe realizarse en sus países de origen para evitar la aparición de oportunidades de riesgo; la prevención secundaria se centraría en el trabajo de intervención con el grupo de riesgo que son los menores inmigrantes no acompañados en el país de destino, y la prevención terciaria consistiría en desarrollar actuaciones encaminadas a evitar que la conducta delictiva se repita en el futuro. Esta última pertenece al ámbito de la

⁴ Cfr. CAPDEVILA, M. y FERRER, M.: "Els menors estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA)". Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalidad de Cataluña, 2003.

Ley de responsabilidad penal del menor.

A las comunidades autónomas que tienen delegadas las competencias en protección de menores le corresponde realizar actuaciones de prevención secundaria sobre este colectivo. Concretamente Andalucía, que es la primera comunidad receptora de estos menores debido a la localización geográfica con respecto a Marruecos y a la habitual forma de emigrar de estos menores, debería ejercer con especial cautela esta protección.

La actuación de prevención secundaria con respecto a este colectivo debe ir encaminada no sólo a evitar que la situación de riesgo delictivo culmine en la efectiva realización de infracciones penales que crean sensación de inseguridad ciudadana entre la población, sino también para que el menor pueda quedar localizado en un contexto que garantice su seguridad personal.

El protagonismo de Andalucía respecto a este fenómeno motivó que la sección de Málaga del Instituto andaluz de criminología ejecutara un proyecto de investigación exploratorio para conocer el perfil de estos menores y las respuestas que otorga el órgano tutelar a través de los distintos servicios provinciales de atención al niño⁵. En Andalucía se procedió a utilizar métodos cuantitativos y cualitativos: Analizamos 232 expedientes de menores de los que obran en los Servicios de Atención al Niño (SAN) de las Delegaciones provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de un total de 665 expedientes abiertos en 2000 en toda Andalucía. También entrevistamos a responsables y trabajadores de los distintos servicios provinciales. En Marruecos utilizamos la técnica de la bola de nieve para localizar y entrevistar a menores que tuviesen deseos de emigrar solos o hubiesen sido retornados por las autoridades españolas.

Fueron muchos los resultados alcanzados con dicha investigación. Nos centraremos en esta ocasión en un resultado que nos informa de las dificultades que el órgano de protección tiene para ejercer su labor, el referido al motivo del cierre de los expedientes.

De los 232 expedientes del año 2000 que analizamos, 14 continuaban abiertos. Los motivos de cierre del resto de los expedientes se exponen en la siguiente tabla nº 1:

5_ Por orden de 22 de diciembre de 2000 del Consejero de la Presidencia de la Junta de Andalucía fue aprobado el proyecto de investigación presentado por la sección de Málaga del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología sobre "Menores inmigrantes marroquíes en desamparo en la Comunidad autónoma andaluza". Cfr: García España, E. y Khalifa, A: "Los menores en Andalucía" en *Las otras migraciones: los menores migrantes de origen marroquí*. Editorial AKAL, 2005. García España, E.: "Menores inmigrantes en el sistema tutelar andaluz". *Boletín Criminológico*. Nº 74, Junio-julio, 2004. Pp. 1-4.

Tabla nº 1: Motivos del cierre de los expedientes

Motivos	N	%
Expedientes abiertos	14	6,1
Fuga	135	58,2
Repatriación	28	12,1
Retorno familiar	5	2,2
Era mayor de edad	10	4,3
Cumplió mayoría de edad en el	15	6,4
Otros	16	6,9
N/C	9	3,8
TOTAL	232	100

El motivo que en mayor medida conduce al cierre de los expedientes son las *fugas* de los menores. Muchos de los menores (40 de los 135) ya habían protagonizado fugas con anterioridad. Con este tipo de fugas el órgano de protección pierde el control sobre el menor, pero... ¿por qué el menor se fuga? En ocasiones lo hace invitado por el propio centro de acogida que ante el estereotipo de que son menores problemáticos le indican que el centro no se cierra y que pueden marcharse cuando quieran. También se fugan cuando sienten miedo a ser repatriados a Marruecos, por no coincidir sus expectativas con lo que el centro les ofrece, etc.

Las respuestas que el órgano tutelar andaluz le ofrece a unos menores que presentan unos déficit específicos en una etapa de sus vidas que requiere especial atención no parece que hayan sido acertadas hasta el momento.

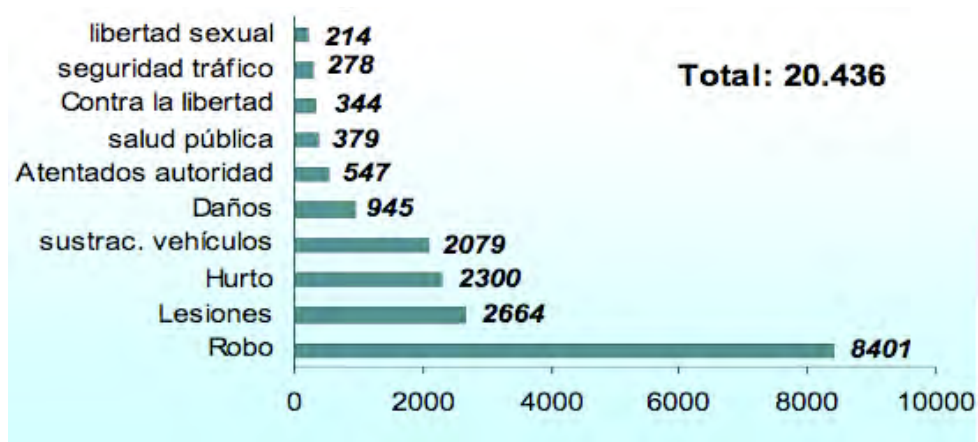
Sin embargo, no debemos simplificar la cuestión hasta el punto de establecer que la ausencia de tutela sobre estos menores, o su defectuoso ejercicio por parte de la Administración autonómica andaluza, es la causa directa de este fenómeno criminológico.

La respuesta del órgano tutelar es una red de contingencia que, desde el punto de vista de la prevención secundaria, debería intentar reducir los déficit de socialización que el menor no ha alcanzado en el ámbito familiar, aun a sabiendas de las dificultades inherentes a esta función.

V. LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

Cuando los menores, españoles o extranjeros, entran en el sistema de justicia juvenil por haber cometido un hecho delictivo, el juez puede imponerles medidas en función no sólo al tipo de delito cometido, sino también en virtud de las circunstancias personales, familiares y sociales.

Gráfico 11. Expedientes con medida. Año 2004

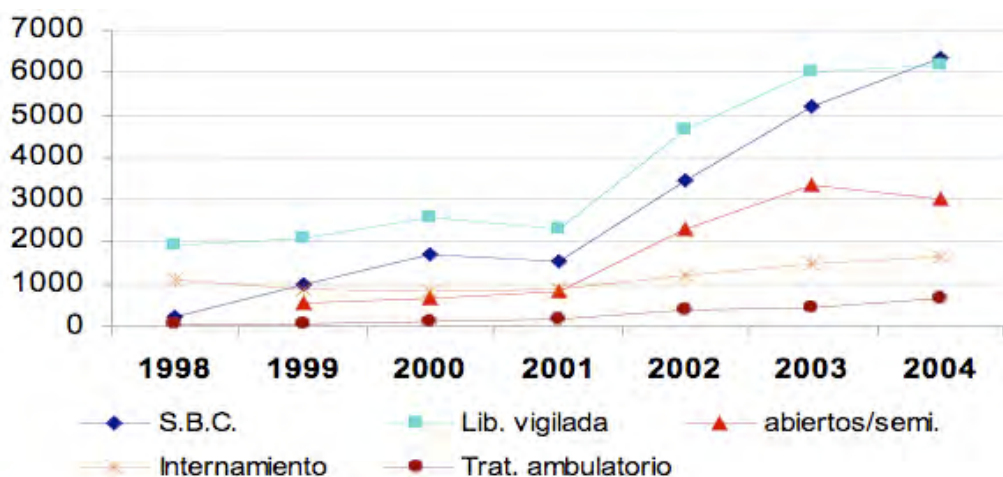


Fuente: Estadísticas INE

La inmensa mayoría de las medidas que se imponen son por delitos contra la propiedad. Muy atrás quedan las lesiones y aún menos relevancia cuantitativa tienen los delitos contra la libertad sexual. Los homicidios dieron sólo lugar a 44 medidas.

Recientemente, tanto el número de medidas como el número que de ellas se imponen han aumentado. Esto es coherente con la ampliación de los medios materiales y personales para la ejecución de las medidas que se ha producido en todo el territorio nacional. Los jueces, al tener más medios a su disposición, los emplean.

Gráfico 12. Evolución de las medidas adoptadas



Fuente: Estadísticas INE

¿QUÉ FACTORES SON DETERMINANTES A LA HORA DE IMPONER LAS MEDIDAS A LOS MENORES?

Hay estudios empíricos, sobre todo en EE.UU., que han examinado los factores que influyen en las decisiones judiciales a la hora de imponer una u otra medida al menor que está siendo juzgado. Es muy importante tener esta información como punto de partida puesto que uno de los elementos que deben influir en la conducta futura del menor es la intervención de naturaleza educativa que se realice con motivo de la medida impuesta. Hay que tener en cuenta que en la justicia juvenil la respuesta judicial, no sólo tiene un contenido retributivo, sino que en igual medida se dota de un contenido que persigue otorgar al infractor posibilidades de recuperar elementos educativos y de integración social, cuya ausencia han influido en su actividad delictiva.

En nuestro país existen algunos estudios que nos pueden informar sobre este tema. Uno de los ellos⁶ se realizó a partir de una muestra de expedientes en varios juzgados de Andalucía al inicio de la puesta en marcha de la L.O. 5/2000. Por medio de un análisis estadístico de la regresión logística se concluyó que es ocho veces más probable para un menor reincidente ser sancionado con una medida de internamiento que para un infractor primario. Sin embargo, son la desestructuración familiar, la personalidad problemática y la escasa vinculación escolar los elementos que hacen más probable la imposición del internamiento.

Otro estudio que nos da información sobre este tema es el de Fernández Molina del equipo de Castilla-La Mancha. Su estudio fue realizado en los juzgados de Castilla-La Mancha sobre una muestra de 471 expedientes incoados entre 2001 y 2002. Uno de los aspectos estudiados es la influencia de determinadas variables en la decisión de desjudicializar un expediente y de imponer una medida de internamiento a un menor. Los resultados vienen a decir dos cosas: 1) los menores que tienen una familia y una escolarización normalizadas o están trabajando tienen mayores probabilidades de ver su expediente desjudicializado, al contrario que si es reincidente; 2) los jueces mantienen un criterio favorable hacia la adopción de la medida de internamiento si el menor es reincidente y especialmente, si la familia se revela como un factor perturbador en el proceso educativo del menor.

En resumen, los elementos que son más importantes a la hora de la toma de decisión judicial son la reincidencia y las **circunstancias sociales desfavorables** que rodean al menor. El tipo de delito cometido no es tan influyente en su decisión.

En cuanto a la tasa de reincidencia en el conjunto de la población juvenil catalana⁷ se sitúa en el 22,7%, si bien en función de algunas variables, como sexo, medida aplicada, delito cometidos, antecedentes, etc, la tasa fluctúa. Por ejemplo, entre las mujeres es de un 12,7% y entre los varones de un 25,2%. Entre los menores que han cometido un delito violento la tasa de reincidencia es mayor (27%) que entre los que han cometido un delito no violento (21,6%).

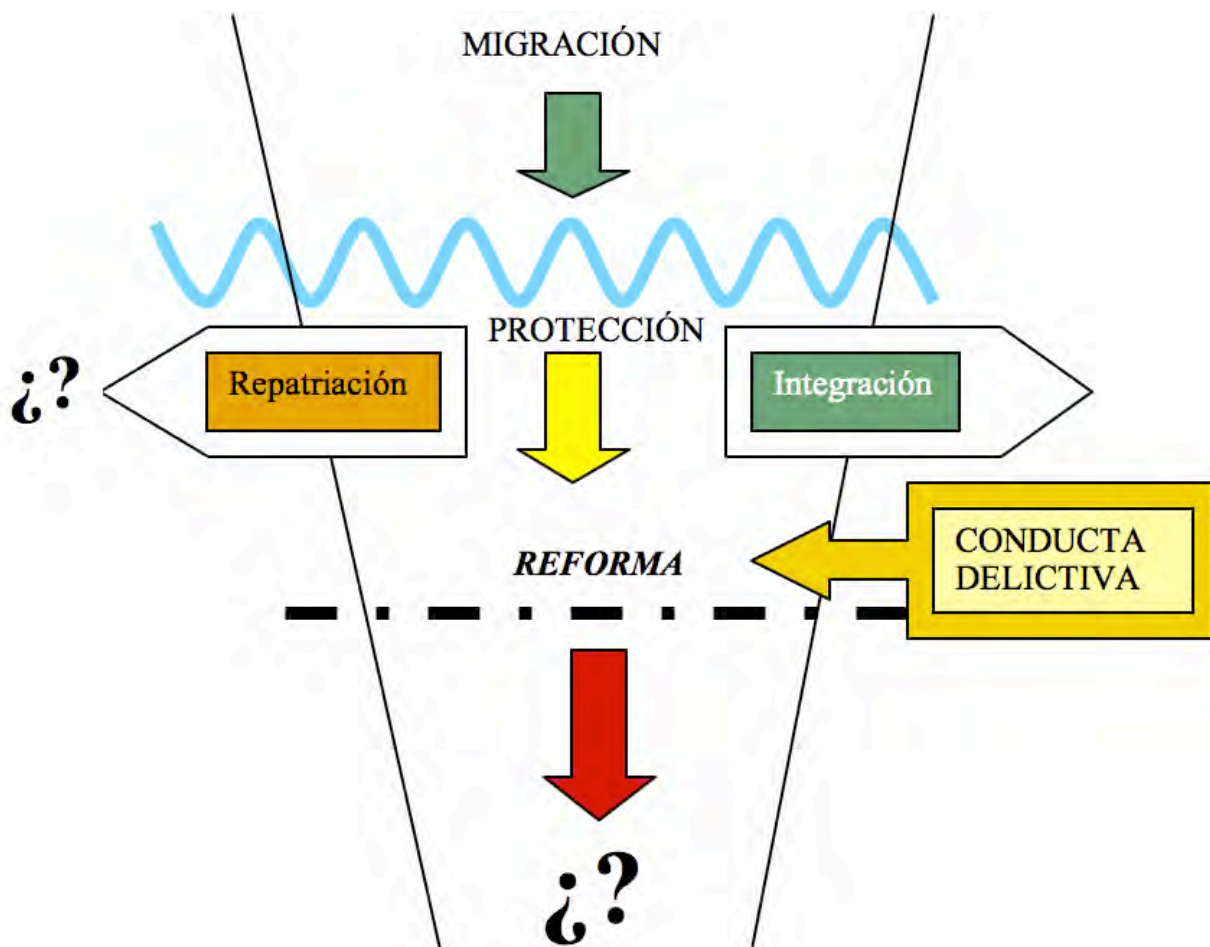
Se tuvieron en cuenta muchas variables explicativas de la delincuencia. Entre ellas, las que tienen más poder explicativo son el sexo, **la nacionalidad**, los antecedentes delictivos familiares, **la situación socioeconómica y el hecho de que el menor viva en la calle**.

6_ PÉREZ JIMÉNEZ, F.: *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

7_ Cfr. Capdevila y otros: *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Centro de estudios jurídicos y de formación especializada. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, 2005.

LA DESOLADORA SITUACIÓN DE LOS MENORES EN REFORMA

Los menores inmigrantes no acompañados que su fugan de los centros de protección y mantienen una estancia más o menos prolongada en la calle, cometen hechos delictivos de subsistencia o necesidad. Tras su detección por la policía, el juez debe imponerles una medida sancionadora, cuyo fin, según la Ley de Responsabilidad penal del menor, es la educación del menor que ha presentado deficiencias en su desarrollo evolutivo.



Con el esquema que se presenta se pretende mostrar gráficamente el proceso. Se comienza con la aventura migratoria, tras la cual puede caer en la red formal de protección. De esta red tiene maneras diferentes de salir: por medio de la repatriación, por medio de la integración o a través de la huida o fuga de dicho sistema. En este último caso, el menor extranjero no acompañado vive en la calle, teniendo que cometer delitos para subsistir. Es entonces cuando puede caer en la red formal del sistema de justicia juvenil. ¿Qué ocurre entonces?

De entre todas las medidas que pueden imponerse, la falta de arraigo social, la ausencia de referente adulto, su pertenencia a un grupo de iguales con semejantes deficiencias, etc lleva al juez a imponer en la mayoría de las ocasiones la medida de internamiento cerrado o en semilibertad.

En Andalucía hay unos 80 menores extranjeros en centros de internamiento, de los cuales 58 son marroquíes (14 están en centros cerrados y 44 en centros semiabiertos).

Esta situación en sí misma ya es injusta, puesto que esos menores son internados penalmente a causa de que la comunidad autónoma que tiene las competencias de su protección no ejerce las labores adecuadas, y una vez que el menor ingresa en el sistema de reforma (sistema penal de menores) el sistema de protección se desvincula por completo de la evolución del menor.

En los centros de reforma (gestionados por entidades privadas debido a un acuerdo con las comunidades autónomas) en los que se gestiona un internamiento cerrado o semiabierto, se encuentran con grandes dificultades a la hora de atender a estos menores, lo que impide alcanzar el fin exigido legalmente: la educación del menor.

Vamos a destacar algunas de las situaciones en las que se verá claramente cómo se dificulta el fin educador perseguido por la medida:

1. ¿pueden ser expulsados por el art. 89 Código penal (sustitución de la medida por la expulsión)?

En el artículo 64.2 del Reglamento de la Ley de Extranjería se dice que “si el menor se encontrase **incurso** en un proceso judicial (es decir, aun no se ha impuesto una medida por el juez), la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. Por tanto el Reglamento de Extranjería, cuando se refiere a menores que están en el sistema de justicia juvenil, no habla de expulsión, sino de repatriación. La repatriación de los menores extranjeros según los tratados internacionales y nuestra normativa interna, solo se podrán llevar a cabo en el interés superior del menor.

Por otra parte, y una vez que la medida está impuesta, según el artículo 13 de la Ley 8/2006 de Responsabilidad penal del menor, el juez solo puede sustituir la medida impuesta por otra siempre que redunde en el interés del menor. Además, el artículo 7.3 de la Ley 8/2006, para elegir la medida se deberá atender de modo flexible, no solo a la prueba y a la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad y el interés del menor. Curiosamente, entre las posibles medidas a adoptar no se prevé la repatriación del menor.

Por tanto, la expulsión no es repatriación, y esta solo es posible, a diferencia de la expulsión, cuando se tenga constancia de que al ser repatriado el menor va a integrarse en un medio favorable para su desarrollo evolutivo. Para ello, requieren siempre la autorización judicial, que se considere que la repatriación es un fin educativo en sí mismo y siempre en el interés superior del menor.

2. Acceso a cursos formativos. Es un instrumento educativo necesario para un menor que está en proceso de formación. Los centros de reforma han encontrado dificultades para incluir a estos jóvenes en dichos ciclos formativos por estar en situación irregular. Sin embargo, esta situación ha variado recientemente con la sentencia del Tribunal Constitucional declarando inconstitucional algunos preceptos de la Ley de Extranjería. Reproducimos a continuación algunos párrafos de dicha sentencia con los que se argumentan que la educación no puede estar condicionada por la situación administrativa de regularidad o irregularidad en la que pueda encontrarse un extranjero:

El punto 7 del artículo primero da nueva redacción al apartado 3 del art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, estableciendo el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria sólo para los extranjeros residentes. El precepto vulneraría el art. 27.1 CE en relación con el art. 39.4 CE, el art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, y el art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al

impedir “de facto” el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de 18 años que no tengan residencia legal en España. El art. 27.1 CE consagra el derecho del niño a ser escolarizado, lo que comprende tanto la enseñanza básica como la no básica (art. 1 Ley Orgánica del Derecho a la Educación), que forma parte del contenido esencial de este derecho.

En relación con la impugnación de la nueva redacción del art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, que reserva la educación no obligatoria a los extranjeros “residentes”, el Abogado del Estado alega que nos hallamos en presencia de un derecho que presupone un cierto grado de vinculación personal o territorial del beneficiario con España y un grado de justificación presupuestaria, y por ello la supresión de aquella palabra implicaría un régimen de absoluta indiferenciación respecto de la legalidad de la situación y del lugar de residencia física. La expresión “todos” del art. 27 CE, prescindiendo de cualquier restricción subjetiva, comprendería a los extranjeros que estuviesen de hecho en territorio español, pero no se sabría como podrían excluirse a los que sin estarlo, pudiesen y desearan ser beneficiarios del derecho. La pretensión de inconstitucionalidad llevaría a una solución discriminatoria en perjuicio de los extranjeros respetuosos con las leyes, que beneficiaría sólo a sus infractores. Por otra parte, ni la Convención de las Naciones Unidas de 1989, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos pueden interpretarse en el sentido de que haya un derecho a la “prosecución de la escolarización” hasta los 18 años puesto que se refieren a la enseñanza básica, primaria o elemental y no a estudios ulteriores.

Aclarados estos extremos, el enjuiciamiento del precepto recurrido debe comenzar examinando el contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado, específicamente en su dimensión prestacional, y después comprobar si es constitucionalmente legítima la exclusión de la educación no obligatoria de aquéllos que no ostentan la condición de residentes en España.

El art. 27 CE dispone que “Todos tienen derecho a la educación” (apartado 1), el cual “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (apartado 2), correspondiendo a los poderes públicos garantizar “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (apartado 5), que cuando es “básica es obligatoria y gratuita” (apartado 4).

Como ha señalado este Tribunal, la estrecha conexión de todos los preceptos incluidos en el art. 27 CE “autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar” (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3).

El art. 27 CE presenta una similitud significativa con el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo primer apartado dispone: “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.” El segundo apartado establece que “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”

El PIDCP sólo se refiere al compromiso de los Estados de “respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuer-

do con sus propias convicciones” (art. 18.4). El derecho a la educación, como tal, se recoge en el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En su primer apartado dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación” (...), mientras en el segundo establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por implantación de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse e intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones del Cuerpo docente.”

Finalmente, el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (Instrumento de Ratificación de 2 de noviembre de 1990, BOE de 12 de enero de 1991), establece: “A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

De las disposiciones transcritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución.

En este sentido, al enjuiciar las disposiciones relativas a las “becas y ayudas al estudio” contenidas en la citada Ley Orgánica 10/2002, declaramos que “De la legislación orgánica aludida se desprende que el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de ‘Estado social y democrático de derecho’ que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales.” (STC 212/2005, de 21 de julio FJ 4).

Ya en relación con su contenido, en la STC 86/1985, de 10 de julio afirmamos que: “El derecho de todos a la educación, sobre el que en buena parte giran las consideraciones de la resolución judicial recurrida y las de quienes hoy la impugnan, incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este art. 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9.º de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.” (FJ 3).

Nuestra jurisprudencia, no limita, por tanto, la dimensión prestacional del derecho consagrado en el art.

27.1 CE a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), sino que esa dimensión prestacional deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE).

Por su parte, al interpretar el art. 2 del Protocolo Adicional al CEDH, el TEDH ha puesto de manifiesto que los trabajos preparatorios del Convenio confirman que las Partes Contratantes “no reconocen un derecho a la instrucción que les obligaría a organizar a su cargo, o a subvencionar, una enseñanza de una forma o a un nivel determinados.” Pero el Tribunal aclara que de ello no se deduce que en ese artículo no se consagre un “derecho”, y que el Estado no tenga una obligación positiva de asegurar, en virtud del art. 1 CEDH, el respeto de tal derecho “a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante” (Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, 23 de julio de 1968, § 3). En esa misma resolución, el Tribunal precisa, sin embargo, que el Protocolo no obliga a los Estados a crear un sistema de enseñanza, sino únicamente a “garantizar a las personas bajo la jurisdicción de las Partes Contratantes el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado”.

Según ha declarado el TEDH, el art. 2 del Protocolo forma un todo ya que el primer párrafo reconoce un “derecho fundamental” de todos a la educación, sobre el cual se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas, consagrado en el segundo párrafo. A pesar de afirmar su carácter negativo, el Tribunal reconoce que el derecho a la educación tiene dos manifestaciones prestacionales, puesto que al prohibir [el Protocolo Adicional] “negar el derecho a la instrucción”, los Estados contratantes garantizan a cualquiera que dependa de su jurisdicción “un derecho de acceso a los establecimientos escolares que existan en un momento dado” y “la posibilidad de obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados” (Caso Kjeldsen, de 7 de abril de 1976, § 52).

De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.

Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones “toda persona tiene...”, o “a nadie se le puede negar...” el derecho a la educación. Según se ha visto, el acceso a los establecimientos escolares y el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado, debe garantizarse, de acuerdo con el art. 1 CEHD, “a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante”. Esta expresión contenida en el art. 1 CEDH, interpretada conjuntamente con el art. 14 CEDH (Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 238; Caso Príncipe Hans-Adams II de Lichtenstein, de 12 de julio de 2001, § 46), debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal.

La supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entrañaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, puesto que aquéllos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador.

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria post-obligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso “residentes” del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

3. El menor sigue siendo menor cuando acaba el tiempo de la medida de internamiento cerrado o semiabierto impuesta por el juez. En estos casos el menor tiene que volver a protección, puesto que es un niño que está en desamparo, y el órgano tutelar tendrá que brindarle todos los medios que esté a su alcance para que ese niño puede culminar con éxito esa etapa de su desarrollo evolutivo. Así lo dispone el artículo 36.3 de la Ley de Justicia Juvenil. Pero las preguntas que quedan en el aire son: ¿Realmente se informa al sistema de protección de que el menor va a salir en libertad vigilada? ¿Se hace cargo el órgano tutelar? ¿Existen medios? ¿Está el órgano de protección preparado para ofrecerle a este colectivo los recursos que necesita? La información que disponemos aportadas por técnicos de protección es que esta respuesta es excesivamente deficiente.

4. ¿Pueden adquirir la residencia legal tras el cumplimiento de la medida: por arraigo social o por las circunstancias excepcionales del art. 31 de la ley de extranjería?

La Ley de Extranjería establece como impedimento para solicitar la residencia legal que el sujeto tenga antecedentes penales. El menor que pasa por el sistema de justicia juvenil no tiene antecedentes penales, ya que las medidas que se le imponen no tienen naturaleza de sanción, como en el derecho penal de adultos. Por tanto, sin tener antecedentes penales y tras pasar ciertos años en España arraigados en el sistema de protección y en el de reforma, es perfectamente posible que puedan solicitar su permiso de residencia. Para ello, el sistema de protección tendrá que certificar que dicho niño estuvo tutelado por ellos, o al menos que el abogado del menor demuestre que en la causa penal el menor estuvo representado por personal de protección.

POLÍTICAS PÚBLICAS Y MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

María Teresa Salces Rodrigo

Asesora del Área de Menores. Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y del Menor

En primer lugar quisiera manifestar en nombre del Defensor del Pueblo Andaluz, también Defensor del Menor de Andalucía, su agradecimiento por la amable invitación que se nos brinda a la Institución para aportar nuestra experiencia en la defensa de los derechos de los menores de edad, y entre ellos los menores extranjeros que llegan a nuestra Comunidad Autónoma sin la compañía de una persona adulta.

Como ustedes bien conocen, la Institución a la que represento ha venido mostrando a lo largo de los últimos años una especial preocupación y atención a los problemas y cuestiones que atañen a los menores extranjeros no acompañados, lo que nos ha llevado a emprender múltiples acciones y actuaciones en defensa de este colectivo, -muchas de ellas de oficio-, e incluso la elaboración de un Informe especial presentado ante el Parlamento de Andalucía al que haré referencia posteriormente.

Quisiera comenzar expresando que, para nosotros, una de las consecuencias sociales más relevantes y contradictorias del fenómeno de la globalización es el incremento experimentado por los movimientos migratorios entre los países menos desarrollados y los encuadrados en el llamado primer mundo. Y destacamos lo contradictorio de la situación, porque los mismos países que abogan por la supresión de fronteras y el libre tránsito como premisas sobre las que construir ese mundo globalizado, supuestamente mejor y más justo, son a la vez los primeros en demandar el cierre de fronteras y las restricciones al libre tránsito, cuando estas premisas se aplican, no a las mercancías, sino a las personas.

Y dentro del complejo mundo de la inmigración, quizás el ámbito donde con mayor claridad se puede observar la contradicción entre las proclamas y la práctica de quienes defienden la globalización como panacea universal sea en relación a las denominadas migraciones de menores.

En efecto, dentro de ese creciente flujo de inmigrantes hacia los países desarrollados, llama la atención la presencia de un elevado número de menores que, sin estar acompañados de adultos, tratan de mejorar sus expectativas de futuro incorporándose a la aventura migratoria. Se trata de personas que a su condición de inmigrantes unen su calidad de menores de edad, lo que en principio los haría merecedores de una especial tutela y protección por parte de aquellos países que proclaman su acendrada defensa de los derechos de los menores como una de las manifestaciones más relevantes de su elevado nivel de desarrollo y progreso.

Sin embargo, estos países, a la hora de afrontar el fenómeno de las migraciones de menores, pare-

ce como si sólo fueran capaces de vislumbrar al inmigrante que pretende participar de sus riquezas y su bienestar, mientras un velo les oculta al menor que demanda su amparo y protección. Quizás sea por ello que la legislación que se pretende aplicar a estos menores inmigrantes sea con preferencia la de extranjería y no la de protección de menores.

España no es una excepción a este panorama. Convertida en puerta de entrada a la opulenta Europa para tantos inmigrantes del tercer mundo, el fenómeno de la migración de menores comenzó hace ya cierto tiempo a hacerse presente en sus costas y en sus ciudades, planteando un difícil dilema a unas autoridades que, por un lado postulan una política de restricciones y limitaciones a la inmigración, pero que, por otro lado, no pueden obviar las responsabilidades asumidas en aras de la garantía de los derechos de los menores en sus normas internas y en los acuerdos internacionales debidamente suscritos y ratificados.

La ubicación de Andalucía en un lugar estratégico para el acceso a Europa de los inmigrantes procedentes del continente africano, tanto magrebíes como subsaharianos, ha determinado que sus costas y puertos se conviertan en zona de llegada para gran parte de la inmigración que accede irregularmente a España y en particular para la inmigración de menores, concitando el interés y en ocasiones la alarma de una sociedad poco acostumbrada todavía al fenómeno migratorio.

Pues bien, la coincidencia durante los años 1999 y 2000 de dos factores –gran afluencia de menores y conflictividad de los mismos- provocó situaciones de alarma social al hacerse eco los medios de comunicación de la presencia en las calles de bastantes ciudades andaluzas de grupos de menores extranjeros que sobrevivían en la marginalidad o estaban implicados en actividades delictivas, a la vez que recogían con alarmismo las noticias relativas a altercados, incidentes o agresiones en los centros de protección que atendían a estos menores.

Es en ese período cuando esta Institución del Defensor del Menor de Andalucía comienza a plantearse la necesidad y la conveniencia de iniciar una investigación en profundidad sobre el fenómeno de las migraciones de menores en Andalucía y sus consecuencias para el sistema de protección de menores.

El resultado de esa investigación es el que aparece recogido en el Informe titulado *Menores Inmigrantes en Andalucía*. El subtítulo del Informe - “*La atención en los centros de protección de menores*”- concreta el objeto específico de la investigación realizada, que no pretende abordar de forma sistemática la enorme variedad de situaciones y factores que rodean el fenómeno de las migraciones de menores, sino que centra su análisis en la atención que reciben los menores inmigrantes acogidos en centros de protección andaluces.

El Informe evalúa el funcionamiento del sistema de protección de menores andaluz y aporta datos respecto de los centros de protección y los menores inmigrantes que estaban incorporados a dicho sistema en los años analizados.

La investigación realizada nos llevó a ofrecer una valoración globalmente positiva respecto de la atención que han recibido los menores inmigrantes acogidos por el sistema de protección andaluz en el periodo analizado. Y ello, por dos razones fundamentalmente:

La primera porque todo menor extranjero que llega a nuestra Comunidad Autónoma y que es derivado al sistema de protección andaluz pudo y sigue pudiendo contar con una plaza en un centro, y además vio adecuadamente satisfechas sus necesidades básicas, tanto materiales, como afectivas, sanitarias o incluso formativas.

Y en segundo lugar porque los diferentes organismos que integran el sistema de protección de menores de Andalucía están asumiendo una serie de competencias y responsabilidades en relación con los procesos migratorios de menores que exceden con mucho a los que les atribuye la legislación vigente, por la actitud pasiva y la falta de asunción de responsabilidades que caracteriza la actuación de la Administración del Estado en el ejercicio de las competencias que claramente le atribuye la legislación de extranjería.

Claro ejemplo de ello es la labor que, de hecho, están realizando la Administración autonómica, y más en concreto los servicios de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social en la elaboración del informe sobre las circunstancias personales y socio-familiares de los menores extranjeros que sirve de base para decidir su futuro, es decir, si retornan a sus países de origen o permanecen en España.

Efectivamente, la Ley de Extranjería, en su artículo 35, obliga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado a adoptar las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores, de lo que se infiere que la Administración del Estado es la responsable de averiguar la identidad del menor y las circunstancias personales y socio-familiares del menor, utilizando cuantas fuentes de información tenga a su alcance, entre las que se encuentra, evidentemente los servicios de protección de menores bajo cuya tutela se encuentre el menor, quien están obligados a facilitar cualquier información que al respecto conozcan.

Sin embargo, nuestra experiencia es que la Administración del Estado no realiza actividad alguna encaminada a realizar dicha investigación sino que se limita a esperar a que sea el Servicio de Protección quien le proporcione la investigación. Es más, la decisión final que se adopta sobre el futuro del menor en una inmensa mayoría de los casos depende exclusivamente de la información que estos servicios faciliten.

Por lo tanto, el Servicio de Protección de Menores pasa de ostentar una función de mero colaborar o auxiliar de la Administración del Estado, a ejercer un papel protagonista en el proceso señalado.

Debemos poner de manifiesto que, a juicio de esta Institución, nos parece acertada y coherente la labor que están desarrollando los servicios de protección en la averiguación de los datos que afectan al menor extranjero, como parte de su función tuitiva, ya que es la única forma de garantizar que el interés superior del menor se va a anteponer a cualquier otra consideración.

No obstante, aun haciendo esta valoración positiva de los Servicios de Protección de Menores de Andalucía, también en el curso de nuestra investigación detectamos carencias y deficiencias que ponían en cuestión la validez y eficacia de dicho Sistema, y que necesitaban ser objeto de mejora.

Como ejemplo, tenemos que referirnos a las grandes diferencias en la actuación desarrollada por

las distintas provincias andaluzas en relación a los procesos migratorios de menores, que determinan un panorama disperso, confuso y, en ocasiones, caótico, respecto de cómo deben desarrollarse las distintas fases que integran el proceso migratorio de los menores y cuales han de ser los criterios que han de regir su desarrollo, sin que en ningún caso existan razones derivadas del número o características de los menores inmigrantes afectados que justifiquen tales divergencias.

También podemos citar la inexistencia de instrucciones claras sobre cual debe ser el procedimiento a seguir en los casos en que se haya acordado el retorno de un menor inmigrante, en cuanto a los derechos que asisten a dicho menor y los cauces procedimentales que debe respetar la autoridad gubernativa para ejecutar dicha decisión.

Tampoco consideramos acertado la persistencia de la situación en la que las posibilidades de que un menor inmigrante permanezca en España y sea regularizada su situación o sea retornado a su país de origen, dependen, no ya de cuales sean sus circunstancias personales y socio-familiares, sino de cual sea la provincia en que se encuentra ubicado el centro de protección que lo ha acogido.

Las circunstancias y hechos puestos de relieve nos llevó a dirigir a la Administración una serie de Recomendaciones y Sugerencias. Queremos aprovechar este foro para reiterar el cumplimiento de algunas de las medidas que entonces proponíamos.

En primer lugar, consideramos como prioritario que los poderes públicos asuman el principio de que la migración de menores es una cuestión de interés nacional y que, en consecuencia, debe elaborarse una política nacional orientada a ordenar y regular los flujos migratorios de menores, partiendo para ello de los principios de racionalidad y eficacia administrativa, equidistribución de cargas y recursos entre todas las Administraciones implicadas y solidaridad y lealtad institucional.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta a la práctica de concentrar a los menores en los centros de protección de las provincias donde son detectados, consideramos que debe establecerse una política de distribución equilibrada de los menores entre los diferentes centros de protección de Andalucía, repartiendo equitativamente la carga entre todas las provincias andaluzas a fin de mejorar la eficacia en la atención a estos menores y evitar las situaciones de saturación o sobrecarga que actualmente soportan algunas provincias situadas en el paso de las rutas migratorias.

Todos recordaremos los problemas de saturación de centros en Almería y Motril que se produjo en el mes de junio de este año ante la llegada a sus costas de pateras con inmigrantes menores de edad.

Por lo que se refiere a la acogida inmediata a los menores inmigrantes consideramos que los centros de protección específicos deben estar dotados con profesionales que compartan la lengua y la cultura de dichos menores. El plazo de estancia en dichos centros no debe superar los seis meses y durante el mismo debe completarse la fase de investigación sobre las circunstancias personales y socio-familiares del menor.

Una especial preocupación nos merece el tratamiento educativo personalizado a cada menor inmigrante acogido por el sistema de protección, diferenciando a los mismos en función de su edad y

sus perspectivas migratorias: formación reglada, programas de garantía social o cursos impartidos por el SAE. Por ello, solicitamos que se solventaran los problemas de índole jurídico y burocrático que, en ocasiones, impiden el acceso de los menores inmigrantes a los cursos del SAE por no tener la condición legal de desempleados y que se incremente el número de plazas en escuelas taller reservadas a estos menores y adaptadas a sus necesidades formativas.

Y además, recomendamos que el Servicio de Protección de Menores asuma como propia la tarea de conveniar con empresas situadas en el entorno de los centros de protección la realización en las mismas de prácticas laborales remuneradas con opciones de acceso a puestos de trabajo estables, tanto por parte de los menores inmigrantes acogidos como para extranjeros extutelados.

Por lo que respecta al fenómeno de la inmigración de menores, queremos dejar constancia de que en nuestra Institución no creemos que las migraciones de menores estén originando en España un grave problema de convivencia que genere una alarma social por el incremento de los niveles de delincuencia y marginación.

Las estadísticas demuestran que el grado de incidencia de las migraciones de menores en los niveles delictivos ha sido relativamente escasa y poco significativa. Por otro lado, los estudios efectuados constatan que, en la mayoría de los casos, la delincuencia protagonizada por menores inmigrantes está provocada más por deficiencias en los programas de atención e integración de los mismos que por circunstancias endógenas del propio fenómeno migratorio.

En otras palabras, los menores que acceden mayoritariamente a nuestras costas andaluzas no son marginados ni delincuentes que buscan aprovecharse de nuestro sistema de libertades para persistir en sus actividades al margen de la Ley. En su mayoría se trata de menores procedentes de ambientes familiares pobres, pero estables y estructurados, que emprenden la aventura migratoria con una motivación esencialmente económica: buscan participar en el *Eldorado* europeo que diariamente contemplan a través de las pantallas de televisión. No vienen a delinquir o vivir en la calle de la mendicidad; vienen buscando un trabajo digno que les permita mejorar sus expectativas de futuro y abandonar para siempre la miseria en la que vivían.

Pero lamentablemente cuando llegan a España comprueban la enorme diferencia existente entre el espejismo que muestran las televisiones y la realidad socio-laboral de nuestro país. A lo que se añade un ordenamiento jurídico que les impide acometer de inmediato su objetivo migratorio de trabajar al carecer de edad suficiente para ello y les obliga a permanecer recluidos en centros de protección sin ofrecerles garantías de una futura regularización o un posible acceso al mundo laboral.

Todo lo cual provoca en estos menores situaciones de frustración, ansiedad y rebeldía que muchas veces se traducen en fugas de los centros de protección y una vivencia en las calles que les pone en contacto con unas mafias, siempre dispuestas a aprovecharse de este tipo de situaciones.

Aún así, son porcentualmente pocos los menores extranjeros que terminan su periplo migratorio en las calles de nuestras ciudades viviendo en la marginación o la delincuencia; una mayoría permanecen en centros de protección formándose y esperando la ansiada documentación y la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo.

Hechas estas premisas , y partiendo de esta base, no cabe por menor que hacernos la siguiente pregunta: ¿De dónde surge, entonces, el problema político de la migración de menores?

Evidentemente no es fácil responder a esta pregunta, pero, en el criterio de nuestra Institución, un factor que incide especialmente es el importante volumen de recursos que detraen del siempre precario sistema de protección de menores nacionales, cuya subsistencia amenazan si no existen aportaciones sustanciales de nuevos recursos.

Por consiguiente, nosotros entendemos que nos encontramos ante un problema básica y principalmente económico, aunque se quiera presentar como un problema social para poder aplicarle soluciones políticas.

También queremos hacer un pronunciamiento sobre la posición de esta Institución en relación con los anunciados retornos de los menores extranjeros no acompañados a su país de origen, principalmente Marruecos, de los que venimos hablando y opinando en los últimos meses.

Al respecto tenemos que indicar que si tomamos en consideración las estipulaciones contenidas en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, lo dispuesto en la Resolución del Consejo de Europa de 1997 o lo que expresamente señalan las normas de protección de menores de ámbito estatal o andaluz y la legislación de extranjería, habría que decir, como primera conclusión, que la opción prioritaria ante la presencia de un menor extranjero no acompañado en España sería la salvaguarda del interés superior de ese menor.

Un concepto éste, el del interés superior del menor, que como bien conocemos se encuadra dentro de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, en la medida en que no hay una definición clara y terminante sobre cuál sea ese interés superior, que pueda aplicarse a cualquier menor sin distinción. Por lo que habrá que analizar cada caso en particular para determinar qué medida de protección sería la más adecuada para satisfacer el concreto interés superior del menor en cuestión.

No obstante, parece existir un amplio acuerdo sobre la conveniencia de que todo menor se forme y desarrolle en el entorno socio-familiar que le es propio, siempre que no concurran circunstancias que aconsejen la separación del menor de dicho entorno por existir en el mismo elementos que pongan en riesgo la integridad de sus derechos.

En este sentido, cabría postular como opción preferente para un menor extranjero no acompañado la repatriación del mismo, ya sea para ser reagrupado con su familia o, caso de no ser esto posible, para su puesta a disposición de los Servicios de Protección de Menores del país de origen, y al respecto nada hemos de objetar.

Nuestra Institución no tiene dudas en cuanto a que estas opciones son, a priori, las más acordes con la defensa del interés superior del menor, que debemos cifrar en el derecho del menor a desarrollarse y formarse en su entorno socio-familiar.

Ahora bien, en el caso de los menores inmigrantes que son detectados en Andalucía, cuya nacionalidad es marroquí en una abrumadora mayoría de casos, debemos cuestionarnos la viabilidad de estas opciones.

Y ello por los siguientes motivos: En el caso de la reagrupación familiar, la misma puede devenir imposible en aquellos casos en que la familia no puede ser localizada o, que una vez localizada, la misma no esté en condiciones de hacerse cargo del menor o la devolución del mismo conlleve un riesgo para el menor o para la propia familia.

Sólo en aquellos casos en que la evaluación objetiva y contextualizada de la situación personal y familiar del menor llevase a concluir que la reagrupación del mismo con su familia es una decisión acorde con el espíritu y la letra de las disposiciones internacionales sobre protección de los derechos de los menores, cabría plantear la opción del retorno para la reagrupación como solución idónea al supuesto planteado.

En los demás casos, sólo procedería plantearse el retorno del menor cuando dicho retorno tuviese por objeto su puesta a disposición de los Servicios de Protección de Menores de Marruecos.

A este respecto, podemos decir, con las debidas reservas, que todas las personas consultadas - formal o informalmente- sobre la situación del Sistema de Protección de Menores en Marruecos coincidían en calificar de primario y deficiente dicho sistema, considerándolo escasamente preparado y dotado para atender las necesidades del elevado número de menores que padecen situaciones de riesgo en Marruecos y claramente incapaz de afrontar con garantías la incorporación al mismo de un elevado número de menores como el que podrían ser retornados desde nuestro país si se llevan a cabo los acuerdos que se prevé firmar entre los Reinos de España y Marruecos.

En conclusión, y por todo lo expuesto, parece que el retorno de los menores a Marruecos sólo procedería en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias socio-familiares del menor, se acreditara que lo más conveniente para el mismo es su reagrupación familiar y siempre que se garantizara que dicha reagrupación familiar se va a llevar a cabo con arreglo a un procedimiento que permita salvaguardar en todo momento los derechos del menor y no suponga un riesgo para él o su familia.

Y en los demás casos, habría que optar por la permanencia del menor en nuestro país, si quiera hasta tanto se solventan las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen.

A este respecto, y por lo que se refiere a los menores marroquíes actualmente acogidos en centros de protección andaluces e inmersos en proceso formativos y de integración social, creemos que resultaría inadecuada cualquier medida que pretendiese forzar su retorno a Marruecos en contra de su voluntad. El proceso de integración de estos menores no debe truncarse por la aplicación automática de decisiones políticas sobrevenidas, por lo que abogamos porque cualquier decisión que se adopte en este sentido excluya los menores ya acogidos en centros de protección andaluces e incluidos en proyectos de integración socio-educativa.

Somos conscientes de que al realizar estas afirmaciones estamos defendiendo una postura que podría tener como consecuencia la permanencia de la mayoría de los menores extranjeros en nuestro país, y que ello pudiera derivar en un “efecto llamada”, y de los problemas que de ello se derivarían para el Sistema de protección de menores de Andalucía.

Sin embargo, desde una Institución que se proclama como defensora de los derechos de los menores y que debe ejercer su función tuitiva sin atender a la nacionalidad o al origen étnico de quienes reclaman nuestra colaboración y atención, no puede plantear soluciones que, en aras de un pretendido pragmatismo, puedan ser utilizadas para justificar unas decisiones de retorno indiscriminado de menores extranjeros en nuestro país.

Por otro lado, estamos convencidos de que es cada día más conveniente, para aliviar la carga que actualmente padecen los centros de protección, iniciar campañas de promoción entre las familias inmigrantes asentadas en nuestro país, cuyo número se está incrementando, orientadas a fomentar el acogimiento familiar de los menores extranjeros. Y ello sin olvidar el desdeñable número de familias españolas que estarían dispuestas a acoger a estos menores.

Tenemos el convencimiento de que de fomentarse debidamente el acogimiento familiar, no sólo se deducirían ventajas para el proceso de integración social de los menores inmigrantes, sino que además aliviaría la creciente incidencia que la presencia continuada de estos menores tiene en el Sistema de Protección.

Por ello, los Servicios de Protección de Menores deben trabajar con mayor ahínco las posibilidades de acogimiento familiar de los menores inmigrantes, solventando los obstáculos que actualmente impiden los mismos o explorando nuevas alternativas que no pasen por los familiares directos de los menores. En este sentido, debería impulsarse la creación de bolsas de familias dispuestas a acoger a este tipo de menores, aunque no mantengan lazos de sangre con los mismos, incidiendo especialmente sobre las familias con un origen y una cultura similar a la de los menores inmigrantes.

La forma en que se puedan materializar los retornos de los menores, preocupa sobremanera al Defensor del Menor de Andalucía, porque aunque nuestra Oficina no ha realizado ningún estudio en profundidad sobre este asunto, tenemos conocimiento de las voces que denuncian la falta de garantías con las que se efectúan las repatriaciones.

Según los datos de que disponemos, una vez que los menores son puestos a disposición de los Jueces, éstos los condenan al pago de una multa, o bien los pone en libertad sin cargos, o la práctica más común es que ordenen su ingreso en calabozos de dependencias judiciales durante varios días, sometidos a malos tratos y otro tipo de abusos, hasta que finalmente son puestos en libertad a cientos de Kilómetros de su lugar de residencia, sin que las familias sean advertidas de la llegada del menor.

Por ello, nuestra Institución debe exigir que estas denuncias sean investigadas con el rigor con la situación merece para comprobar su autenticidad, y en caso de ser así, que se adopten las medidas necesarias para garantizar que los procesos de repatriación de los menores se realizan con pleno respeto a la normativa de protección de los derechos de los menores.

Una posible alternativa que venimos planteando que permitiría conjugar la conveniencia de hacer efectiva las reagrupaciones familiares con las garantías del retorno podría consistir, siempre previo acuerdo entre el Gobierno de España y el Reino de Marruecos, que se concertara con una asociación u organización radicada en Marruecos y dedicada específicamente a asuntos relacionados con la infancia, de reconocida solvencia y capacidad, su intervención en el procedimiento de repatriación

de menores inmigrantes para su reagrupación familiar, con el objetivo de garantizar que el mismo se efectúa con pleno respeto a las disposiciones legales de protección de los menores.

La función de esta asociación sería la de localizar a la familia del menor e informarle de su retorno, adoptando las medidas oportunas para que la misma pueda hacerse cargo efectivo del menor una vez llegue a territorio marroquí, ya sea desplazándose al lugar de arribo o facilitando al menor medios para llegar hasta su localidad de residencia. Las cuestiones administrativas o judiciales derivadas de la inmigración ilegal del menor deberían ser solventadas por dicha asociación, tras el oportuno acuerdo con las autoridades marroquíes, de forma que se evitara el ingreso del menor en prisión y cualquier posibilidad de abusos o malos tratos.

En todo caso, entendemos que dado el incremento de menores extranjeros no acompañados que esta llegando a nuestras costas (de enero a septiembre han sido 205 mientras que en el año anterior fueron 117), cada vez se hace más imprescindible adoptar conjuntamente y desde el consenso que las situaciones de profundo contenido humano reclaman, las medidas adecuadas, siempre bajo el prisma del interés de los menores, aún cuando no siempre sea fácil de delimitar.

Desde el análisis de la situación individual de cada menor, cada uno con su historia y circunstancias personales, y desde la búsqueda de qué es lo que más le conviene en el presente y en el futuro de sus vidas, debemos definir políticas coordinadas con el Reino de Marruecos, lugar de procedencia de la mayoría de ellos, que no se basen exclusivamente en la repatriación de los menores.

En este sentido, sería necesario que el acuerdo entre los países abarcar la creación de centros de protección en el Marruecos mantenidos y gestionados por ONG,s especializadas y sensibilizadas con los menores; desarrollo de programas de prevención en los barrios más vulnerables; la creación de centros de día y de participación social y, en general, un impulso al sistema de atención a la infancia. Con estas medidas contribuiríamos a evitar muchas frustraciones que conduzcan a los menores a la marginalidad y al consiguiente rechazo de nuestra sociedad.

Entendemos que una política excesivamente restrictiva sobre la permanencia en España de los menores extranjeros y propicia a retornos rápidos para todos los menores detectados e ingresados en centro de acogida no traería como consecuencia acabar o limitar la entrada irregular de menores, tenemos la convicción de que los mismos seguirán entrando en igual o parecido número pero tratando de eludir en lo posible su detección y, sobre todo, en el caso de ser detectados, fugándose de inmediato de los centros de protección, lo que incrementaría las bolsas de marginación y pobreza en que algunos ya están instalados o cayendo en las redes de organizaciones mafiosas o de delincuentes.

Es nuestro deseo que las reflexiones que he tenido la oportunidad de realizar desde la Institución a la que represento sirvan para trasladarles la necesidad de que valoremos en su justa medida el fenómeno de las migraciones de menores no acompañados en nuestra Comunidad Autónoma, para que así puedan decidir de forma objetiva si el mismo constituye un auténtico problema social, merecedor de expeditivas soluciones políticas, o si, por el contrario, es un fenómeno social, consecuencia del proceso de globalización que vivimos, y merecedor por tanto de los mismos esfuerzos de integración y apertura que se reclaman para los movimientos internacionales de bienes y mercancías.

Aprovechamos la oportunidad que se nos brinda en esta Mesa para pedir de los poderes públicos mesura, prudencia y reflexión antes de acometer políticas en materia tan delicada como la que hemos tenido ocasión de analizar en estas jornadas, porque las decisiones apresuradas podrían llevarnos a que el remedio resultase peor que la enfermedad.