

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: ENTRE LA REPRESIÓN Y LA PROTECCIÓN

Public Administrations and Unaccompanied Children: Between Repres-
sion and Protection

FRANCISCO JAVIER DURÁN RUIZ

SUMARIO:

I. El fenómeno migratorio de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea y en España: causas, características y motivaciones. II. Derechos de los menores inmigrantes no acompañados y normativa de protección aplicable. III. Represión de la inmigración ilegal vs. protección del menor extranjero. IV. La determinación de la minoría de edad del menor extranjero no acompañado. V. La declaración de desamparo del menor extranjero no acompañado y la adaptación de las medidas protectoras a su situación. VI. La decisión gubernativa sobre la repatriación o permanencia de los MINA: 1. Investigación de las circunstancias personales y socio-familiares del menor como base de la decisión. 2. Criterios de decisión para determinar el retorno o permanencia del menor en España. 3. Consecuencias de la decisión de repatriación o permanencia. VII. Integración de los MINA a través de las medidas de protección. VIII. A modo de conclusión: algunas consideraciones ante las tendencias actuales de actuación con los menores inmigrantes no acompañados a nivel estatal y autonómico

I. EL FENÓMENO MIGRATORIO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

La inmigración, un fenómeno que ha acompañado al ser humano desde sus orígenes y que sólo a partir del siglo XX se viene considerando un «problema» (por parte, fundamentalmente, de los países receptores de inmigrantes¹), ya no es un proyecto exclusivamente de adultos. Un nuevo

¹ En este trabajo nos referimos a la inmigración como fenómeno social que, como cualquier otro, presenta aspectos positivos y negativos. En España, la errónea cobertura me-

fenómeno migratorio se está produciendo en Europa, el fenómeno de la inmigración irregular de menores de edad –niños y niñas, jóvenes y adolescentes– solos, sin sus familias. Esta situación, existente en toda Europa desde hace años, se ve agudizada en algunos casos por la cercanía entre los países receptores y los países de origen de los menores inmigrantes, es el caso de Italia con los menores albaneses o de España con los marroquíes, donde ha tomado relevancia sobre todo a partir de la segunda mitad de los 90.

El MINA (menor extranjero inmigrante no acompañado) en el Derecho comunitario se define como «el menor de dieciocho años que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable de él» (Directivas 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003² y la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001³). Además, en este concepto se incluye también «a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros». Ambas definiciones tienen su origen en la Resolución del Consejo de Europa 97/C 221/03, de 26 de junio 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros⁴, aunque esta no incluía los menores que se quedan solos después de entrar en territorio de la Unión.

diática del fenómeno migratorio, así como prejuicios y otros factores, llevan a percepciones equivocadas de la inmigración por parte de los ciudadanos españoles. Así, se realiza un énfasis continuo de la inmigración irregular en “patera” o “cayuco”, mientras que la inmensa mayoría de los inmigrantes irregulares existentes en España son “ex-turistas” que entraron legalmente cruzando nuestras fronteras por los distintos aeropuertos. Esto provoca situaciones tan curiosas como la reflejada en el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), que en abril de 2006 situaba la inmigración como el segundo mayor problema de España (para un 29,8% de los encuestados, sólo superada por el paro con un 49,7%), mientras que, a nivel personal, sólo afectaba a un 9,7% de la población, ocupando un discreto sexto lugar (vid. en www.cis.es).

No cabe duda de que para quién representa realmente un problema y una tragedia la inmigración es para el país de origen, que no es capaz de ofrecer suficientes oportunidades a su población, lo que motiva que muchos de sus ciudadanos y, en la mayoría de ocasiones, los mejor preparados, se vean forzados a emigrar como única opción para tener acceso a una calidad de vida mayor para sí y para su familia, con la pérdida enorme de capital humano que ello supone para los países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

² Diario Oficial L 031 de 06/02/2003, p.18, Directiva por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, art. 2.h).

³ DO L 212 de 07/08/2001, p. 12, Directiva relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, art. 2.f).

⁴ Diario Oficial C 221 de 19/07/1997, pp. 23-27. Define los MINA como: «Niños y adolescentes menores de dieciocho años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección de un familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres».

Los menores no son un grupo homogéneo en cuanto a sus motivaciones y su situación, aunque la mayoría viene a España con marcadas expectativas laborales. Este es el origen de su problemática social y jurídica. Mientras que en su país viven, se comportan y son tratados como adultos, se encuentran un sistema que los trata como niños, protegiéndolos desde una óptica que no es la suya, y que de hecho impide la realización de su proyecto migratorio, conducente más a la mejora de su situación económica y la de su familia que a la de mejorar su formación o su salud.

Su situación también es más compleja desde el punto de vista del derecho, aún dentro del colectivo de los inmigrantes, puesto que los MINA plantean una situación dialéctica por su doble condición: de inmigrantes irregulares con la restricción de derechos que esta situación conlleva, por un lado, y su condición de menores de edad, que les garantiza una protección que no siempre coincide con la ayuda que ellos desean o necesitan, por otro.

Dentro del proyecto «Niños No Acompañados en Europa» llevado a cabo por la Alianza Save the Children y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), se ha realizado una Declaración de Buena Práctica. Dicha Declaración pretende recoger las políticas y prácticas para la protección de los derechos de los menores no acompañados en Europa. Se establece una diferencia entre los menores que pueden solicitar asilo a causa de conflictos armados en su país o ante el riesgo de ser víctimas de tráfico sexual, y los menores que escapen de una situación económica grave.

La Declaración de Buena Práctica, define a los menores inmigrantes no acompañados como «niños, menores de 18 años, que se encuentran fuera de su país de origen, separados de su padre y de su madre o de su anterior principal tutor legal/habitual»⁵. Considera menores no acompañados a los que no se encuentran completamente solos, puesto que en ocasiones pueden estar viviendo con parientes lejanos⁶.

Estos menores emigran sin familia, de manera irregular y se encuentran en el territorio español sin representación legal y en situación de desamparo. No ofrece dudas el hecho de que las medidas de protección existentes en nuestro ordenamiento jurídico son también extensibles a estos menores, aunque veremos que no siempre ocurre de esta manera.

⁵ ACNUR y SAVE THE CHILDREN (2004) Programa de menores no acompañados en Europa. Declaración de Buenas Prácticas, 3ª Ed. 2.

⁶ El Programa de Menores no acompañados en Europa en su versión original en inglés prefiere utilizar el término de menores «separated» (separados), en lugar de «unaccompanied» (no acompañados), ya que define mejor el principal problema que están afrontando esos menores, es decir, se encuentran sin los cuidados y la protección de sus padres o de su tutor legal y, como consecuencia, sufren, a nivel social y psicológico, los efectos de esa separación.

Marruecos es el principal país de procedencia. Esto no es de extrañar para Murillas Escudero⁷, si consideramos, entre otros factores, la juventud de la población marroquí –dos tercios son menores de 20 años-, la alta natalidad –de 3 a 4 hijos por mujer-, el alto índice de paro juvenil –superior al 25%–, el índice de analfabetismo –que alcanza al 65% de la población–, añadiendo a esto que un tercio de la población vive por debajo del umbral de la pobreza y que existe un reparto profundamente desigual de la riqueza.

A grandes rasgos, son tres las situaciones en que pueden encontrarse estos menores extranjeros inmigrantes no acompañados una vez en España: en primer lugar están los que son introducidos por mafias de tráfico de personas que en muchas ocasiones les conduce a situaciones de cuasi esclavitud, abusos y explotación sexual y de todo tipo⁸; están también los menores que ya vivían en situación de riesgo o desamparo en sus países de origen, sin una familia de referencia, que terminan viviendo en la calle y manteniéndose cometiendo pequeños delitos⁹. El tercer grupo, desgraciadamente el más limitado, sería el formado por los menores que consiguen insertarse en la sociedad a través de los sistemas de protección de la infancia y regularizar su situación administrativa¹⁰.

II. DERECHOS DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y NORMATIVA DE PROTECCIÓN APLICABLE

Los menores inmigrantes tienen derecho a la protección pública en igualdad con los menores españoles. La protección deriva, en primer lugar, de la propia Constitución española de 1978, cuyo artículo, apartado 4 de este artículo 39 de la CE, dispone: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Esta referencia a los menores, en la que nuestra Constitución se encuentra entre

⁷ J.M. MURILLAS ESCUDERO, «Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 7, 2002, 1814.

⁸ Vid. J.M.^a LÓPEZ CERVILLA, J.M.^a, «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior* num. 1977, 2004, pp. 5-38, y «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (y II)», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1978, 2004, pp. 5-36; J.M., OLIVER DE JULIÁN, «El tráfico de migrantes y la trata de personas. Problemas e intentos de solución», en *Anales de Derecho. Colección Huarte de San Juan*, núm. 3, 2002, pp. 139-156.

⁹ Vid. D. MARTÍNEZ, «Los “niños de la calle” en Ceuta», *Rev. Página Abierta*, núm. 119, 2001, pp. 4-7; M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ, «Los niños en la calle en la medina de Tánger y los menores inmigrantes marroquíes indocumentados solos en Andalucía», *Rev. Ofrim*, núm. 3, 1999, pp. 165-181.

¹⁰ Vid. C. BEL ADELL y J. DÍAZ AGUILERA, «La inserción sociolaboral de los menores inmigrantes», *Anales de Historia Contemporánea*, n. 19, 2003, pp. 187-211.

las pioneras¹¹, marca una nueva tendencia en los textos constitucionales más recientes, como la Constitución federal de la Confederación suiza, en vigor desde el 1 de enero de 2000, que considera a los menores como un sector de la ciudadanía especialmente vulnerable y necesitado de una especial atención¹².

En materia de protección a la infancia se intensifica la protección de los derechos, y la Constitución no diferencia entre menores españoles y extranjeros, puesto que los textos internacionales relativos a los derechos de los menores expresamente impiden la posibilidad de que se produzca ningún tipo de discriminación. Tampoco permiten estos textos las producidos en razón de la nacionalidad, que es la circunstancia introducida como elemento diferenciador o discriminador en la legislación de extranjería¹³.

La remisión de la CE a los tratados internacionales en lo relativo a la protección de la infancia, supone que a raíz de la ratificación por España de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN)¹⁴ por instrumento de 30 de noviembre de 1990, que la Convención se convierta obligatoriamente en un texto normativo necesariamente válido como referencia en el campo de los derechos fundamentales de los niños.

Este texto jurídico destaca por su brevedad y simplicidad. Consta de diez principios, siete de ellos podríamos considerarlos derechos fundamentales del menor¹⁵ y los tres restantes responderían a medidas de protección

¹¹ El hecho de que se cite y proteja expresamente a los menores en nuestra Constitución constituye una auténtica novedad que sólo se encuentra en constituciones elaboradas en las últimas décadas, como son la portuguesa de 1976 o la polaca (K. STERN, «La influencia de la Ley Fundamental de Bonn sobre las constituciones extranjeras», Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núm. 25, Valencia, 1998, pp. 5-29.

¹² Destacan Sánchez Ferrer y García Soriano el hincapié que realiza la Constitución suiza en la formación de los niños y jóvenes como personas socialmente responsables, adoptando de este modo un nuevo y necesario enfoque en que los menores, además de ser sujetos de derechos, también lo son de deberes (R. SÁNCHEZ FERRER, y M.V. GARCÍA SORIANO, *Suiza, sistema político y constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, p. 36.

¹³ Así, el art. 2 de la CDN establece que los Derechos del niño se aplicarán a todos los niños sin discriminación alguna, mencionando entre los motivos de discriminación la nacionalidad.

¹⁴ BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

¹⁵ Los derechos recogidos en la CDN, los resumimos del siguiente modo: 1. «El niño disfrutará de todos los derechos reconocidos en la Declaración». Es evidente que al niño se le asigna una posición jurídica muy relevante, al ser sujeto de derechos, y por ello determinante de su propio destino.- 2. Se establece el derecho de obtener «oportunidades y servicios» en orden a su desarrollo físico, mental, moral e intelectual, reconociendo el principio que han de asumir las legislaciones de proteger el «interés superior del menor».- 3. Derecho a un nombre y a una nacionalidad.- 4. Derecho a la Seguridad Social, y a crecer y desarrollarse con buena salud.- 5. Derecho del niño física o mentalmente impedido a obtener servicios y prestaciones, entre ellos tratamiento médico, educación y cuidados especiales.- 6. Derecho a unas relaciones familiares y a crecer y desarrollarse en un ambiente de afecto. Se establece expresamente el principio de primar la convivencia del niño con su madre, tolerándose su separación sólo en supuestos excepcionales.- 7. Derecho a la educación, juego y recreo.

a la infancia, que en realidad son previsiones de reacción frente a posibles vulneraciones de los derechos antes reconocidos. Así, destaca la primacía del niño a la hora de recibir protección o socorro, la protección del niño frente a la explotación, el abandono o el trato cruel¹⁶, y la protección frente a la discriminación racial, religiosa o de otra índole.

En lo relativo a la inmigración el art. 8 de la CDN prevé el derecho de todo niño a preservar su identidad, esto es, no sólo a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer su procedencia, sino que obliga a las autoridades de los Estados que la suscribieron a utilizar todos los medios que estén a su alcance para que el niño no pierda dicha identidad. En el caso de menores extranjeros dicho derecho se concreta en la obligación que tienen las autoridades españolas de reconocer al menor extranjero a través de su propio nombre, edad, nacionalidad, procedencia, origen, cultura, así como otros rasgos conformadores de su personalidad.

Por último, conforme a la CDN al niño también le corresponden determinados derechos de prestación social, que si bien pueden tener algunas restricciones en referencia a los adultos, no las tienen cuando se trata de su disfrute por los menores de edad. Por tanto, el derecho a la asistencia sanitaria y a la educación corresponde en todo caso a los menores extranjeros en condiciones de igualdad con los nacionales, con independencia de su situación regular o no en España. Así lo disponen los artículos 9.1¹⁷ de la LO 4/2000¹⁸, de 11 de enero de 2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEXIS), respecto del derecho a la educación, y el art. 12.3¹⁹, en cuanto a la asistencia sanitaria.

¹⁶ Se alude expresamente a una edad mínima por debajo de la cual no sería tolerable que el niño trabajase. También en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, se establece que la edad mínima para trabajar no debe ser inferior a la edad en que cese el período de escolaridad obligatoria, y en ningún caso inferior a los 15 años, además la duración del trabajo de los menores de 18 años deberá ser limitada y el trabajo nocturno prohibido, salvo aquellos empleos determinados por las legislaciones o reglamentaciones nacionales.

¹⁷ Artículo 9 de la LOEXIS «1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite».

¹⁸ Publicada en el BOE de 12 enero de 2000 (corrección de errores BOE de 24 enero), y modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 307 de 23 diciembre de 2000), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre).

¹⁹ «Art. 12. Asistencia Sanitaria. 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». No debemos olvidar que este derecho no corresponde a todos los inmigrantes,

En el ámbito comunitario ya hemos hecho referencia a la Resolución del Consejo de la Unión de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados procedentes de terceros países, que se refiere a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea de menos de dieciocho años de edad que entren en el territorio de los Estados miembros sin ir acompañados por un adulto responsable de ellos²⁰.

Contempla dicha Resolución la posibilidad de negar en la frontera el acceso a su territorio a menores no acompañados cuando éstos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas²¹. No obstante, en el caso de menores no acompañados que soliciten asilo, prevé la aplicación de la resolución sobre las garantías mínimas de los procedimientos de asilo, entre las cuales se incluye como es sabido el principio de «*non refoulement*» o «no devolución» de los solicitantes de asilo, que impide cualquier medida de expulsión o alejamiento del territorio del país en que se encuentren.

Otra de las garantías incluidas en la Resolución es la necesidad de tratar de determinar cuanto antes la identidad del menor tras su llegada, así como la circunstancia de que no va acompañado, especificando diferentes medios para la obtención de los datos sobre la identidad y la situación del menor, en particular mediante una entrevista que debería celebrarse lo antes posible y en condiciones adecuadas a su edad.

Por último, la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 prevé que cuando un menor no esté autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión sólo podrá devolver el menor a su país de origen o a un tercer país dispuesto a admitirlo si se comprueba que, desde el momento de su llegada, será recibido y pasará a estar a cargo (de forma adecuada y en función de las necesidades de su edad y grado de autonomía), bien de sus padres o de otros adultos que se ocupen de él, bien de instancias gubernamentales de su país de origen o de terceros países a fin de encontrar una solución duradera adecuada, o bien de organizaciones internacionales como ACNUR y UNICEF, que ya hayan participado activamente en las consultas de los gobiernos sobre directrices para abordar el problema de los menores no acompañados, y cuando sea

sólo aquellos inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente tendrán derecho a la asistencia sanitaria completa, mientras que aquellos en situación administrativa irregular y no inscritos en el padrón sólo pueden acceder a la asistencia pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes. En el caso de los menores, el derecho a la asistencia sanitaria es independiente de que estén o no inscritos en el padrón municipal y de su situación administrativa regular o no».

²⁰ En su artículo 1 también define como menores «no acompañados» a efectos de la aplicación de la Resolución, a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.

²¹ A este respecto, la resolución impele a los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas, con arreglo a su legislación nacional, para impedir la entrada irregular en su territorio de menores no acompañados y a la cooperación interestatal en tal sentido.

oportuno, con organizaciones no gubernamentales, para garantizar la acogida y los cuidados debidos en el país al que se devuelva al menor.

En el ámbito comunitario, destaca la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada el 18 de julio de 1992 por Resolución del Parlamento Europeo²², en la que se recoge la petición expresa del Parlamento Europeo a los Estados miembros para ratificar sin reservas al Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y la sugerencia a la Comunidad Europea de adhesión al mismo, tan pronto como la hubiesen ratificado todos los Estados que la integran. En su contenido llama la atención la petición de un defensor de los derechos del niño tanto a nivel comunitario como de cada uno de los Estados miembros, y la demanda a la Comisión de propuestas para emprender acciones de política familiar y una Carta Comunitaria de los derechos de los niños. Al mismo tiempo, se afirma un amplio catálogo de derechos de los niños²³.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁴, que fue integrada en el malogrado proyecto de Constitución Europea, dedica su art. 24 a los derechos del menor, destacando el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, su derecho a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez, la supremacía del interés del menor que debe presidir toda actuación respecto a ellos por autoridades públicas o instituciones privadas, así como el derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, hace una mención específica a los derechos de los menores inmigrantes, aunque aquellos derechos que contempla para los menores en general son de completa aplicación también a los extranjeros, al ser éstos titulares de derechos en condiciones de igualdad con los menores nacionales. La Ley, según lo dispuesto en su artículo 1, incluye en su ámbito de aplicación a «los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español...», es decir, a todos los menores sin distinción por razón de nacionalidad,

²² DO C 241 de 21/9/1992, pág. 67.

²³ Recoge los derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, el derecho al nombre y a la nacionalidad, a la protección de su identidad, a gozar de unos padres, personas o instituciones que los sustituyan, a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, a vivir con ellos, a establecerse con su padre o madre en el territorio comunitario y a residir en él, a circular libremente, derecho a la integridad física y moral, a la objeción de conciencia, a la libertad, a la seguridad jurídica, a la libertad de expresión, de conciencia, pensamiento y religión, derecho a gozar de su propia cultura, derecho al ocio, a su vida privada, derecho a la salud, igualdad de oportunidades, derecho a la educación, a la protección contra toda explotación económica y a la protección de su dignidad.

²⁴ DO C 364 de 18/12/2000, pp.1-22. Proclamada solemnemente por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo en Niza el 7 de diciembre de 2000.

aunque añade «salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad».

Esta última referencia parece particularmente dirigida a los menores inmigrantes y existe cierta polémica respecto de la cual profundizaremos más adelante a cerca de la posible consideración como mayor de edad a los extranjeros menores de dieciocho años.

III. REPRESIÓN DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL VS. PROTECCIÓN DEL MENOR EXTRANJERO

Tanto la minoría de edad como la extranjería constituyen dos condiciones personales con una importante repercusión jurídica. El ordenamiento jurídico atribuye consecuencias jurídicas tanto al hecho de que la persona sea menor como de que sea extranjero, pero entre estas dos situaciones se produce una clara tensión, puesto que en atención a la especial protección que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico español otorgan a los menores, independientemente de su nacionalidad u origen, la legislación de extranjería otorga a los menores extranjeros, en particular a aquellos no acompañados por adultos que los tengan a su cargo, un régimen jurídico particular que dista del que se aplica a los extranjeros mayores de edad, sobre todo a aquellos que se encuentran en España sin cumplir los requisitos administrativos de residencia.

Como expresa Ruiz Legazpi²⁵, la cláusula social del Estado de Derecho ha consagrado un tratamiento universal de protección a la infancia que desplaza, en el ámbito de la extranjería, cualquier tratamiento normativo inspirado de forma exclusiva en el control de los flujos migratorios. La protección que se debe al menor de edad de acuerdo con la remisión del art. 39.4 de la Constitución a la Convención de Derechos del Niño evita que éste pueda ser objeto de una medida de expulsión, es decir, que reciba el tratamiento que el ordenamiento dispensa a los extranjeros que se encuentran en situación de irregularidad administrativa.

Se desprende también del art. 35 LOEXIS y del art. 92 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que la desarrolla (ReLOEXIS, en adelante)²⁶, esta prohibición de expulsión de los menores extranjeros, pese a no contar con la documentación que acredite su estancia legal en

²⁵ RUIZ LEGAZPI, A., «Los problemas jurídicos de la repatriación y la expulsión de los menores extranjeros», Actas del 4º Congreso de la Inmigración extranjera en España, Gerona, 10 al 13 de noviembre de 2004 (actas editadas por la Universidad de Gerona en soporte electrónico).

²⁶ 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 (BOE núm. 6, de 7 enero de 2005, vino a sustituir al Reglamento 864/2001, de 20 de julio).

España, aunque es necesario extraer dicha interpretación de las medidas previstas en dichos artículos, pues no se recoge expresamente la prohibición de expulsión de los menores como hacía el artículo 13 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero²⁷, que aprobó el Reglamento de la primera Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, la LO 7/1985, de 1 de julio.

La Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería reafirma esta idea de imposibilidad de expulsión de un menor no acompañado, al manifestar que «aunque el actual Reglamento de la Ley de Extranjería no lo afirme expresamente con la rotundidad con que lo hacía el art. 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión».

No obstante, en la práctica vamos a comprobar que en muchas ocasiones los derechos de los menores inmigrantes extranjeros no se respetan y lo que en principio son garantías establecidas en su interés, se convierten en subterfugios que encubren auténticas expulsiones llevadas a cabo sin las salvaguardas que lleva aparejadas una medida tan severa para el inmigrante.

Esta falta de respeto por las diferentes administraciones públicas de los derechos de los menores extranjeros se ha puesto de manifiesto no sólo en relación con los procesos que implican su repatriación, sino también respecto de la lentitud administrativa, cuando no inactividad directamente, en lo que se refiere a la tramitación de su residencia en España cuando no sea posible o aconsejable su reagrupación o simplemente cuando transcurra el tiempo máximo de nueve meses tras la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de dicho menor (art. 92.5 ReLOEXIS)^{28 29}.

²⁷ El art. 13 del RD 155/1996, titulado «menores en situación de desamparo», disponía: «1. Cuando se trate de menores en situación de desamparo en los términos establecidos en la legislación civil, éstos serán encomendados a los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. En ningún caso, estos menores podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento».

²⁸ Art. 92.5 ReLOEXIS «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 (...)».

²⁹ Dos importantes ONGs de ámbito internacional han denunciado en sus respectivos informes la vulneración de los derechos de los menores extranjeros en Ceuta y Melilla, particularmente en los procedimientos de reagrupación familiar que se convertían en procedimientos de expulsión del menor sin las garantías con que cuentan estos procedimientos. Así, el informe de Human Rights Watch presentado en mayo de 2002, titulado «Nowhere to turn: state abuses of Unaccompanied children by Spain and Marocco» (<http://www.hrw.org>); Amnistía Internacional, por su parte emitió un comunicado de prensa el 16 de agosto de 2001 que tituló «Los niños de la calle también tienen derechos» ([http://www.a-i.es/com/2001\(com_16ago01](http://www.a-i.es/com/2001(com_16ago01)

La minoría de edad del menor otorga una serie de derechos al menor de edad extranjero que no ostentan los mayores de edad, y determina la aplicación de las medidas de protección previstas en el ordenamiento (declaración de desamparo y posterior acogimiento o adopción), pero el hecho de que el menor pueda ser declarado en desamparo y que sobre él se actúen las medidas de protección previstas en la legislación estatal y autonómica no evita que, una vez adquirida la mayoría de edad, prime su condición de extranjero sobre la de tutelado, y pueda ser objeto de medidas sancionadoras en caso de encontrarse de manera irregular en nuestro país.

Por ello resulta trascendental establecer protocolos de actuación que determinen la documentación con un permiso de residencia de aquellos extranjeros que, habiendo estado bajo tutela de una administración pública sin que se haya tramitado su permiso de residencia, hayan accedido a la mayoría de edad, y en este sentido se ha introducido alguna modificación en el art. 92 del nuevo Reglamento de la LO 4/2000. Habrá que tener en cuenta en todo momento el apartado 4 del art. 35 de la LOEXIS, que dispone que «se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública», respecto del cual haremos las oportunas consideraciones más adelante.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

La primera cuestión jurídicamente relevante respecto de los menores extranjeros no acompañados es la comprobación efectiva de su minoridad. Su condición de «menor» unida a su estado de separación de los adultos que normalmente se encargan de él, su «no acompañamiento», determinará la preceptiva declaración de desamparo y la subsiguiente asunción de la tutela por la administración siempre que no se encuentre emancipado.

La edad del extranjero normalmente se prueba, como su identidad, por medio de un documento identificativo, normalmente el pasaporte u otro documento válido, aunque en el caso de la acreditación de la edad por parte de los menores se acepta cualquier documento identificativo al que la legislación nacional del extranjero otorgue eficacia en este sentido y que permita conocer la edad del menor de forma fehaciente.

htm). El 7 de junio de 2002, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas formuló al Gobierno español serias recomendaciones sobre el tratamiento que reciben estos menores en España (Committee on the Rights of the Child, thirteen session CRC/C/15/Add. 185, 7 junio 2002. El 11 de junio de 2002, el informe anual del Defensor del Pueblo presentado en el Congreso de los Diputados se refería específicamente a esta cuestión (BOCG VII Legislatura. Serie A. Actividades Parlamentarias, núm. 316, 11 junio de 2002). En sus últimas memorias anuales, el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid ha expresado su preocupación por la falta de diligencia de la administración autonómica en la documentación de estos menores.

Sin embargo, como es conocido, lo normal es que los menores que entran en nuestro país de manera irregular lo hagan sin documentación, e incluso que se deshagan de ella para poder beneficiarse del régimen jurídico aplicable a la menores de edad, que no conlleva la aplicación de medidas de alejamiento del territorio nacional con carácter sancionador (expulsión) sino únicamente por motivos de reintegración familiar del menor. Muchos de los supuestos menores extranjeros que son detectados por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, una vez determinada su edad, resultan ser mayores³⁰. Cuando no se pueda comprobar la verdadera edad del supuesto menor extranjero porque carece de documentos o porque los que muestra resulten falsos, será necesario que el ordenamiento jurídico arbitre mecanismos que permitan (aunque no siempre de forma totalmente fiable y certera, como veremos), la determinación de su edad.

Por estos motivos, cuando se localiza a un menor extranjero no acompañado, prácticamente la primera actuación que se llevará a cabo será la determinación de su edad. Así lo dispone el legislador estatal en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, que conforme al texto introducido por la Ley Orgánica 8/2000³¹, se refiere a los menores inmigrantes. Dicho artículo, bajo la rúbrica «Residencia de Menores» dice literalmente 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 en 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(...) ».

La determinación de la edad del menor reviste gran trascendencia en tanto en cuanto de ella va a depender la administración pública que se debe hacer cargo del supuesto menor. Así, en caso de que tras la determinación de la edad resulte que se trata de un extranjero indocumentado mayor de edad, se convertirá automáticamente en infractor, por encontrarse irregularmente en territorio español, conforme al art. 53.b) LOEXIS, hecho que constituye como es sabido una falta grave de las que pueden ser sancionadas con expulsión del territorio nacional conforme al art. 57 LOEXIS³². En caso

³⁰ Se ha comprobado por ejemplo en Andalucía, que un 50% de los que habían alegado ser menores de edad eran en realidad mayores (J.M. SÁNCHEZ BURSÓN, «La atención de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía» en *Menores extranjeros no acompañados*, Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF, en Madrid, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2001, UNAF, Madrid, 2001, p. 99).

³¹ El referido artículo 35 no ha sido posteriormente modificado por las sucesivas Leyes Orgánicas 11 y 14 de 2003.

³² El Art. 53 LOEXIS dispone que «son infracciones graves: a) encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de

de que tras la determinación de la edad se confirme que estamos ante una persona menor de edad, deberá ser puesta a disposición de los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad autónoma de que se trate.

La minoría de edad del extranjero indocumentado se convierte en criterio determinante del reparto competencial entre las distintas Administraciones Públicas. El artículo 35 de la LOEXIS se refiere a las situaciones en las que la minoría de edad del extranjero «no pueda ser establecida con seguridad». La redacción del apartado 1 del art. 35, al incluir la frase «se le dará por los servicios competentes de protección de menores la atención inmediata que precise», induce a confusión sobre quién es la Administración responsable del extranjero indocumentado hasta tanto se determina su mayoría o minoría de edad.

No obstante, a nuestro entender, el resto del precepto es claro y del mismo cabe deducir que la responsabilidad sobre el extranjero indocumentado recae exclusivamente sobre la Administración del Estado hasta el momento en que se verifique con certeza que el mismo es menor de edad, momento en el cual pasará a depender de la Administración autonómica competente en materia de menores.

Esta distribución competencial no se ve alterada por el hecho de que en el mismo precepto se regule –inapropiada y desacertadamente a nuestro juicio– el supuesto excepcional de que tras su detección no fuera posible determinar de forma inmediata la edad del extranjero, presunto menor, y además el mismo precisase de algún tipo de atención urgente –sanitaria, alojamiento, alimentación, etc.– en cuyo caso el texto legal prescribe que dicha atención se le dispensará provisionalmente por la Administración Autonómica competente en materia de menores³³.

El art. 35 de la L.O. 4/2000 se aplicará por tanto en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos

autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

³³ El criterio de la Fiscalía es restrictivo en este sentido. Así, la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, manifiesta que: «En primer lugar, hay que evitar que el presunto menor, una vez localizado por la policía, sea trasladado con cierto automatismo a un centro de internamiento de menores. Ello sólo será preciso, conforme al espíritu y letra de la ley, en aquellos supuestos excepcionales en que precise una atención inmediata que sólo le pueda ser prestada en un centro de esa naturaleza. En la mayor parte de los supuestos, por el contrario, o bien no necesitarán dicha atención o les podrá ser proporcionada por los propios agentes policiales, quienes inmediatamente deberán poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. En caso contrario, el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar a posteriori que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años».

de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad. La finalidad de este artículo es que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador (por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquéllos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento), contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad. En caso contrario, de establecerse su minoría de edad, el artículo 35 LOEXIS pretende poder proporcionar al menor las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor que se encuentre en nuestro territorio, sea español o extranjero, conforme al art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996.

Tras la localización del menor extranjero indocumentado, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para su identificación, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección (art. 35.5 LOEXIS). La Ley añade que estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta, aunque si de ellos resulta que el extranjero es mayor de edad, se introducen sus huellas dactilares en el SAID (Sistema Automático de Identificación Decadactilar), para evitar que, si vuelve a ser detenido, se haga pasar de nuevo por menor.

El responsable último de determinar la minoría o mayoría de edad del extranjero es el Ministerio Fiscal, de conformidad con el apartado 1 del art. 35 de la LOEXIS, que ha sido bastante clarificador en este sentido, puesto que como pone de relieve Adroher Biosca³⁴, conforme al precepto el Fiscal es quién «dispone» la prueba de la edad, arrojando luz sobre la cuestión tras una época de incertidumbre en la que tal iniciativa se había reconocido en unos casos a la Entidad Pública de protección de menores y en otros casos a los Cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, o a los Juzgados de menores³⁵.

Esta encomienda al Ministerio Fiscal la confirma el art. 92 del ReLOEXIS³⁶, y para llevarla a cabo –a falta de elementos documentales– recurrirá

³⁴ S. ADROHER BIOSCA, «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», en *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, I.E LÁZARO GONZÁLEZ, y I.V. MAYORAL NARROS (Coords.), Universidad de Comillas: Madrid, 2003, p. 265.

³⁵ El art. 32.2 de la LO 4/2000, en su redacción original decía que «En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a una persona indocumentada respecto de la que no pueda ser establecida con exactitud si es mayor o menor de edad, lo pondrán en conocimiento de los Juzgados de menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares».

³⁶ Éste se expresa en términos similares al art. 35.1 LOEXIS, manteniendo el contenido del derogado art. 62 del derogado RD 864/2001, disponiendo que «1. En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de, o localicen en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida

a ordenar prácticas periciales que permitan deducir científicamente y de la forma más exacta posible la edad del interesado.

Actualmente 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.

No existe aún un método científico capaz de determinar con total exactitud la edad. Existen diversas técnicas, entre las cuales la técnica más utilizada es la denominada Greulich y Pyle que se basa en el análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda, y su posterior comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades³⁷. También se suele utilizar el método TW-2, desarrollado por Tanner y Whitehouse, consistente en estimar la edad a través de la madurez ósea, mediante radiografías de la mano³⁸. Estas técnicas realmente no determinan la edad de una persona, sino que realizan una estimación de la misma con un margen de error que los expertos cifran en una franja de dos años arriba o abajo.

La principal crítica a esta técnica de determinación oseométrica de la edad por parte de las personas implicadas en la atención a menores

con seguridad, informará a los Servicios de Protección de Menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias».

³⁷ Las medidas de referencia fueron establecidas por los científicos estadounidenses de los cuales toma nombre esta técnica, en 1935, con el objeto de determinar patologías en el crecimiento. Este estudio no fue realizado específicamente para determinar la edad, por lo que no tiene en consideración diferencias de carácter interracial. Por ello se ha criticado y afirmado que su grado de fiabilidad no es alto y existe un margen de error de unos dieciocho meses. Muchos países que utilizaban este método como Alemania, Austria o Suiza, han dejado de hacerlo, aunque sigue utilizándose en varios países europeos como Bélgica, Finlandia, Lituania o Francia, al igual que en España. En Inglaterra el Real Colegio de Radiólogos de Londres aconseja a sus miembros que es «inapropiado» realizar radiografías con propósitos de estimación de la edad (vid. K. HALVORSEN, *Separated Children in Europe Programme. Workshop on Age Assessment and Identification Report*, Bucarest, 20-22 de marzo de 2003, p. 6).

³⁸ Este método está basado en la comprobación de la madurez ósea para la predicción de la edad y se aplica, por ejemplo, en Bélgica. Cada uno de los 20 huesos de la mano se compara individualmente con una serie de fotografías del desarrollo óseo del hueso concreto. Los estándares de referencia que se usan fueron establecidos en los 50 y los 60 y por tanto están desfasados en cierta medida, puesto que actualmente se sabe que la madurez ósea se alcanza antes que hace cuatro o cinco décadas. Además, puede depender del origen étnico, hábitos nutricionales y otros factores individuales que no se tienen en cuenta en esta método. Helena Ranta, una famosa científica forense de la Universidad de Helsinki, afirma que este método no es aplicable ya a personas mayores de 16 años. Otros científicos han concluido que este método es bastante impreciso porque no tienen en cuenta diferencias étnicas y raciales y es menos fiable en grupos de mayor edad, entre 15 y 18 años (K. HALVORSEN, *Ibidem*, p. 7).

inmigrantes, se centra en el hecho de 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 verdadera³⁹.

La posibilidad de que el extranjero se niegue a la realización de las pruebas plantea un problema, sobre todo porque en tal caso queda desubicada la posición del Ministerio Fiscal que tiene como cometido disponer su realización, pero cuya autoridad a la hora de obligar al supuesto menor a someterse a las pruebas es discutible. El juez de menores Emilio Calatayud duda a cerca de la constitucionalidad de la Ley de extranjería en este sentido, preguntándose si el Ministerio Fiscal puede autorizar u ordenar pruebas radiológicas, y en caso de negativa del extranjero a someterse a ellas, mediante qué resolución podría decidir el Ministerio Fiscal la edad (los jueces lo venían haciendo mediante Resolución), y qué recursos tendría el interesado ante tal acto. En opinión de Calatayud, lo correcto sería que la competencia en estos casos la ostentase el Juez de instrucción⁴⁰.

Fábrega Ruiz⁴¹, en su condición de Fiscal, también se plantea a quién corresponde la competencia para adoptar medidas que puedan afectar a derechos fundamentales, como sería la utilización de la compulsión física para la realización de las radiografías, ya que, aunque la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de la localización de un supuesto menor inmigrante resulta correcta, en cuanto es el órgano protector de los menores,

³⁹ En primer lugar, por la inadecuación de las tablas de edad utilizadas como referencia –sacadas de estudios realizados en EE.UU. con jóvenes de dicho país durante la década de los 30– respecto de la población a las que pretenden aplicarse, que consiste fundamentalmente en jóvenes de origen magrebí o subsahariano con antecedentes de desnutrición o mala alimentación y un nivel de desarrollo óseo diferente al de la población norteamericana. Esto comporta que normalmente se ubique a los inmigrantes en unas franjas de edad inferiores a las que les hubieran correspondido de haberse utilizado tablas de referencia actualizadas y basadas en la población de origen magrebí o subsahariano. En segundo lugar, porque el margen de dos años que ofrecen las pruebas oseométricas es demasiado impreciso y origina problemas de certeza y seguridad jurídica, que deben solventarse optando por una edad concreta dentro de dicha franja. Por razones de protección del interés superior del presunto menor, suele establecerse ante la duda una presunción de minoridad, y se fija la edad del menor por parte de la Fiscalía en la menor de las edades determinadas como posibles, en tanto no se indague sobre su identidad y pueda determinarse con exactitud la edad. Esto quiere decir que, si la franja de edad determinada por las pruebas es entre 14 y 16 años, se tomará en consideración a efectos legales, y hasta tanto se acredite lo contrario, que el extranjero tiene 14 años. En este sentido se manifiesta la Circular 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, diciendo que «Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla».

⁴⁰ En «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», *op. cit.*, p. 193.

⁴¹ C.F. FÁBREGA RUIZ, Protección jurídica del menor inmigrante, Colex, Madrid, 2001, pp. 119-122.

éste carece de competencias constitucionales para la adopción de medidas distintas a la detención preventiva de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal según dispone el art. 5 de su Estatuto Orgánico⁴².

Estima este autor que será necesaria la autorización judicial habilitante que pondere los intereses en conflicto, puesto que no sucede aquí como en el caso de investigación de un delito (en que es muy frecuente la realización de radiografías para la investigación del tráfico de drogas cuando dichas drogas se transportan en el interior del cuerpo). En el ámbito civil, en primer lugar, tendremos que determinar la validez del consentimiento o negativa del menor a someterse a la prueba⁴³.

Si situamos el interés del menor por encima de cualesquiera otras consideraciones, sería necesario 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.

⁴² El art. 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto del Ministerio Fiscal, en su redacción dada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, dispone en su párrafo segundo que «Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el fiscal la detención preventiva». En el caso de los menores extranjeros no acompañados a los que se tuviese que compeler por parte del Fiscal a la realización de pruebas de rayos-x, estaríamos claramente ante una medida limitativa de derechos que no puede entrar dentro de los supuestos de detención preventiva, puesto que los presuntos menores no pueden ser detenidos.

⁴³ Al tratarse del ejercicio de derechos relativos a la personalidad del menor no será necesario que actúe la representación legal en tanto en cuanto el menor haya alcanzado un grado suficiente de madurez (art. 163.1 CC y art. 2.2 LOPJM). Podría aplicarse en este caso la doctrina del Tribunal Supremo relativa a las pruebas biológicas de paternidad. Siguiendo este criterio, si el menor posee suficiente madurez, es previamente informado, y se niega a que se le practiquen las radiografías, una vez que el juez ordene de forma motivada la realización de las mismas, puede arriesgarse a una declaración de mayoría de edad que le sería perjudicial.

En el caso de que la negativa a someterse a las pruebas radiológicas provenga de un supuesto menor sin la madurez suficiente para adoptar tal decisión, el juez podría ordenar el sometimiento a la prueba a petición de la entidad pública, que tiene encomendada la tutela del menor.

V. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO Y LA ADAPTACIÓN DE LAS MEDIDAS PROTECTORAS A SU SITUACIÓN

Cuando se detecta por las Fuerzas de Seguridad 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, el apartado 2 del art. 35 de la LOEXIS determina claramente que «el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores».

La puesta a disposición del menor que realiza el Fiscal supone, en la práctica, que el menor pasa a estar bajo la guarda de la Administración pública competente en materia de protección de menores del lugar en que ha sido detectado el menor. Esto supone una diferencia fundamental respecto del resto de menores que son objeto de protección pública. Así, normalmente, el menor no va a quedar bajo cuidado de la Administración pública hasta que no se haya declarado la situación de desamparo, y asumido su tutela la Administración. Sin embargo, en el caso de los menores no acompañados, no existe ninguna referencia legal al título mediante el cual los servicios de protección de menores correspondientes asumen la guarda del menor una vez que el Ministerio Fiscal lo pone a su disposición.

Lo procedente, entendemos, será la declaración de desamparo de dicho menor, tan pronto como sea posible comprobar su situación personal y familiar, y que efectivamente se encuentra separado de las personas encargadas de su guarda, para que la Administración asuma su tutela, aportando así un soporte jurídico a toda la intervención que se desarrolle con el menor posteriormente.

Sin embargo, en muchas ocasiones el menor se encuentra en el correspondiente centro de acogida en una situación de mera guarda de hecho, sin que se produzca una declaración de desamparo, quedando en situación de provisionalidad ya que tras la averiguaciones pertinentes sobre su situación personal y familiar no se procede a su declaración de desamparo y consecuente asunción de su tutela administrativa.

Este hecho conlleva efectos jurídicos bastante perniciosos para el menor ya que le impediría disponer de documentación que avalase su estancia en nuestro país, interno en un centro de protección. El menor estaría guardado y cuidado, de hecho, en un centro de protección, sin embargo no dispondría de ningún tutor que durante su estancia pudiera ejercer en su nombre y representación otro tipo de actuaciones relevantes, preferentemente en cuanto a la legalización de su estancia en nuestro país y en lo referente a la obtención de formación idónea a sus circunstancias particulares.

Otra consecuencia que deriva de la ausencia de tutelas administrativas de los menores inmigrantes alojados en centros de acogida es la situación de provisionalidad en que quedan, sin saber si su futuro ha de ser el regreso

a su país o su estancia definitiva en el nuestro, todo ello en ausencia de familiares que velen por ellos y al albur de lo que respecto de su futuro pudieran proveer los responsables de los centros donde estuviesen ingresados. Estos centros se encuentran además con múltiples inconvenientes burocráticos a la hora de conseguir para los menores determinadas prestaciones sociales y educativas ya que éstos carecen en muchos de los casos de la documentación requerida en las diferentes normas reguladoras.

Llegados a este punto, es inevitable que nos preguntemos si es correcto considerar que el menor extranjero no acompañado se encuentra en situación legal de desamparo. La conclusión resulta obvia si atendemos a la definición de menor desamparado establecida en el art. 172.1 CC «(...) Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Un menor que se encuentra en territorio español sin ningún adulto que lo acompañe, que en muchas ocasiones no habla ni entiende bien el idioma del lugar donde se encuentra, y que carece de recursos para su sustento se encuentra en la situación de privación de atención material o moral, motivada, en este caso, por el imposible ejercicio de los deberes legales de guarda.

Si atendemos a los motivos concretos que determinaban el desamparo regulados en las leyes autonómicas relativas a la protección de los menores, también encontraremos motivos suficientes para estimar la situación de desamparo del menor. Así, ocurrirá en los casos en que se prevé como causa del desamparo la ausencia de escolarización del menor (esto cuando se trata de menores de dieciséis años), o considerando como causa del desamparo la falta de las personas a las que corresponde por ley el ejercicio de las funciones de guarda⁴⁴.

⁴⁴ Así aparece en el artículo 23.i) de la Ley 1/1998, de 12 de abril, de Derechos y Atención al menor en Andalucía (BOJA núm. 53, 12 mayo 1998); art. 59.b) de la Ley aragonesa; art. 46.2 letra e) de la Ley canaria; art. 56.a) de la Ley de Castilla y León; o en el art. 2.2 letra a) de la Ley catalana de 1991. Ley 1/1998, de Derechos y Atención al menor en Andalucía, artículo 23. Desamparo y tutela. «1. Corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente, asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de las competencias que sobre estos últimos pudiesen tener otras Administraciones Públicas. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes: a) El abandono voluntario del menor por parte de su familia. b) Ausencia de escolarización habitual del menor. c) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas. d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza. e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores. f) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la

Sin embargo, no es tan claro que pueda subsumirse el caso de los menores extranjeros no acompañados en el supuesto de abandono por parte de los padres al que se refieren también como motivo de desamparo muchas normas autonómicas, al menos en todos los casos. Pese a que existen casos en que el menor efectivamente resulta abandonado por sus familiares, y proviene de una vida en la calle en su país de origen, es también frecuente que los menores extranjeros no acompañados que entran en España sean «enviados» por su familia, o hayan querido emigrar como decisión propia dentro de un proyecto migratorio de carácter entre familiar y personal, pues tiene como objetivo la búsqueda de empleo y el apoyo económico a la familia en el país de origen, con la que el menor sigue manteniendo el contacto en todo momento.

Esto no es óbice para que la situación del menor en España siga siendo considerada como desamparo, pues de hecho faltan los adultos responsables del cuidado del menor, aunque este «desamparo voluntario» va a plantear sin duda profundos interrogantes a la hora de determinar la conveniencia del retorno del menor a su país de origen o su permanencia en España.

En cuanto a la aplicación de la legislación protectora existente en España a estos menores, debemos tomar como punto de referencia, de un lado, el artículo 9.6 del Código civil, que dispone: «La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual. Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española. Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español».

Consideramos, en línea con Marín García de Leonardo⁴⁵, entre otros, que la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela por la entidad pública, según las características que de ella hemos analizado, destaca más por su función de medida protectora que por el de tutela en sentido estricto conforme al Derecho civil, por lo que sería aplicable al menor extranjero no acompañado, conforme al art. 9.6 del Código civil, la ley española en cuanto a las medidas de protección que se le pueden

patria potestad o la guarda. g) Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor. h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad. i) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor».

⁴⁵ T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Ámbito de protección de los menores inmigrantes. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España», *Actualidad Civil*, 2001 (4), p. 1248.

aplicar, considerándolo como un menor que se encuentra abandonado en territorio español.

Esta aplicación de la ley española en la adopción de medidas protectoras resulta aún más clara si tenemos en cuenta, por otra parte, el art. 1 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, que extiende su ámbito de protección 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»⁴⁶.

El acuerdo respecto a la aplicación de las medidas protectoras previstas en la legislación española a los MINA es unánime actualmente, pero se produjo una fuerte polémica a raíz de la interpretación por parte de la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, del Fiscal General del Estado⁴⁷, en torno a la excepción que establece el art. 1 LOPJM en su ámbito de actuación, cuando los menores «en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado la mayoría de edad»⁴⁸, que consideraba a los menores extranjeros no acompañados como mayores de edad, determinando en consecuencia su devolución o expulsión a su país de origen en lugar de la adopción de medidas de protección⁴⁹.

⁴⁶ Ofrece también apoyo el art. 18.1 de la misma Ley determina que la entidad pública competente que considere que un menor se encuentra en situación de desamparo, deberá actuar conforme a lo previsto en el art. 172 y ss. del Código civil (y conforme a lo dispuesto en las leyes autonómicas de protección del menor), adoptando las medidas oportunas de protección, en este caso la declaración de desamparo, y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Finalmente, el principio del superior interés del menor avala esta opción, ya que «de lo que se trata es de proporcionar al menor desamparado la ayuda moral y/o material necesaria y proteger a la sociedad de los peligros que entraña la defectuosa asistencia de la juventud», vid. E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Las entidades públicas y la protección de menores extranjeros en España», Actualidad Civil, núm. 19, 1998 (tomo 2), p. 438.

⁴⁷ Instrucción 3/2003, «Sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo».

⁴⁸ En el mismo sentido, el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, no incluye a los menores de dieciocho años que hayan alcanzado antes de esa edad la mayoría de edad en virtud de la ley que les sea aplicable.

⁴⁹ El planteamiento de la Instrucción 3/2003 consistía en la afirmación de que «la minoría de edad, sin el referente de una persona mayor de edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo», y que «la figura del retorno o devolución puede ser aplicada a los extranjeros menores de edad que accedan ilegalmente a nuestro país». Tal afirmación se fundamentaba en que las normas estatales o autonómicas de protección de menores no pueden ser aplicadas a los menores de edad emancipados, y consideraba a los menores no acompañados como menores emancipados, argumentando el hecho de que viajan sin compañía de sus padres o tutores y que son tratados como adultos en su propio país de origen, equiparando esta situación a las que determinan la emancipación en la legislación española, sobre todo en el caso de emancipación por vida independiente. La situación de emancipación, según el planteamiento del Fiscal General del Estado excluye la declaración de desamparo pues no se produciría el elemento objetivo necesario para que exista desamparo, esto es, el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Al no considerarse en situación de desamparo a los menores interceptados por las autoridades intentando entrar ilegalmente en España,

Las críticas a la Instrucción 3/2003 fueron contundentes, produciéndose diversos comunicados y declaraciones exigiendo su retirada con apoyo de un gran número de asociaciones y fundaciones, y también desde la doctrina, que resultaron determinantes para que la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, del Fiscal General del Estado sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros, dejase sin efecto la anterior, en cuanto había generado «vacilaciones y dudas y, en ocasiones, interpretaciones que no se cohonestan con el principio general de prevalencia del interés superior del menor», y argumentando que entraba en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia, provocando disfunciones y problemas en cuanto a la definición del tratamiento jurídico aplicable a estos menores.

Los criterios que deben seguir los Fiscales en materia de menores extranjeros, según la Instrucción 6/2004, son los del epígrafe IV sobre El Ministerio Fiscal y los menores extranjeros de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, así como la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La Instrucción 6/2004 sintetiza Las pautas de la actuación de la Fiscalía en su intervención en estos procesos, estableciendo con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de esa edad conforme a su ley personal.

Nada dice respecto a si debe declararse en desamparo al menor o no, pero sí que el art. 35 LOEXIS se aplicará a los menores extranjeros indocumentados cuya menor edad no pueda establecerse con seguridad, y que hayan sido localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por motivos distintos a la imputación de la comisión de una infracción penal. Así se evita que se pueda incoar un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad.

Además, si se establece la minoría de edad del sujeto, deberán proporcionársele las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero. Entre estas medidas estarían la posible declaración de des-

conforme al art. 60.1 LOEXIS se procedería a su retorno al país de origen en el plazo más breve posible.

amparo y la asunción de la tutela por la entidad pública de protección de menores, una vez puesto el menor a disposición de la misma.

No tiene sentido la práctica de retrasar, por parte de la Administración competente en materia de protección de menores, la declaración de desamparo, puesto que dicha declaración aporta, como hemos visto, seguridad jurídica y mejores perspectivas para la integración del menor que se encuentra bajo la guarda de la Administración, y además, tal declaración no impide que, posteriormente, se pueda proceder a la reagrupación familiar del menor si se considera que esto es lo más conveniente para su interés.

VI. LA DECISIÓN GUBERNATIVA SOBRE LA REPATRIACIÓN O PERMANENCIA DE LOS MINA

Una vez que se determina la condición de menor y se verifica la situación de desamparo del menor extranjero no acompañado, su condición de extranjero conlleva la aplicación de un régimen jurídico especial, el régimen de extranjería, salvo que pueda ser beneficiario del régimen comunitario o de asilo y refugio, circunstancia que ocurre en muy escasas ocasiones.

El tratamiento jurídico particular que se da a los menores inmigrantes con carácter general, y en particular a los no acompañados, supone una importante manifestación de la política de inmigración de un Estado. En el Derecho español, no se reguló esta cuestión en la Ley de extranjería de 1985 ni en su primer reglamento, de 1986⁵⁰, y fue el art. 13 del Reglamento de 1996⁵¹, coincidiendo con los inicios de este fenómeno, el que reguló por primera vez la situación de estos menores, titulando además dicho artículo «menores en situación de desamparo» (lo que resulta muy esclarecedor), y estableciendo los principios básicos de su regulación. Se prohibió aplicarles medidas de expulsión, pero primó la opción por la reagrupación del menor con su familia en su país de origen, colaborando para ello la autoridad gubernativa y los Servicios de Protección de Menores, a los que se encomiendan los menores por su situación de desamparo. Destacan de esta primera regulación, fundamentalmente, el establecimiento del derecho del menor a ser documentado, y la posibilidad de obtener un permiso de residencia.

⁵⁰ Real Decreto 1196/86, de 26 de mayo (BOE núm. 140, de 12 de junio de 1986, rectificado por BOE núm. 175, de 23 de julio de 1986).

⁵¹ Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 23 febrero 1996). «Artículo 13. Menores en situación de desamparo. 1. Cuando se trate de menores en situación de desamparo en los términos establecidos en la legislación civil, éstos serán encomendados a los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. En ningún caso, estos menores podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento (...)».

En la redacción original de la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento de 2001, se regula también la situación de estos menores, poniendo el énfasis en su repatriación, y si ésta no es posible, estableciendo mecanismos que favorezcan su integración en la sociedad. En relación con el colectivo más numeroso de MINA, los de origen marroquí, y en aras a facilitar su repatriación, se firmó en 2003 el Memorandum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003.

El nuevo RELOEXIS de 2004 ha mantenido prácticamente íntegro en su art. 92 el texto del art. 62 del Reglamento de 2001, que regula de forma más pormenorizada el procedimiento a seguir con los menores extranjeros no acompañados, en desarrollo del art. 35 LOEXIS.

Se ha modificado el título del art. 92 ReLOEXIS, introduciéndose el de «menores extranjeros no acompañados», en lugar el de «menores extranjeros en situación de desamparo», lo que parece una vuelta de tuerca más en orden a no considerar automáticamente la situación de desamparo de estos menores; también, pese a que se toman medidas favorables a la integración del menor, se le coloca en una posición de inseguridad permanente respecto de su situación, pues se prevé que pueda ser repatriado incluso después de haberse decidido su permanencia en España y haber obtenido una autorización de residencia. En contrapartida, se añade la garantía de que la repatriación del menor sólo se acordará si se dieran las condiciones para su efectiva reagrupación familiar, o para la adecuada tutela por parte de los Servicios de Protección de Menores de su país.

Una vez que el menor se encuentra bajo la guarda de los servicios de protección, dispone el apartado 3, del art. 35 LOEXIS que «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». Así pues, es competencia del Estado decidir si se dan las circunstancias idóneas para el regreso del menor a su país y familia de origen, o si resulta más conveniente para su superior interés su permanencia en España.

Una vez que se determina la condición de menor y el desamparo del menor extranjero no acompañado, su condición de extranjero conlleva la aplicación de un régimen jurídico especial, el régimen de extranjería, salvo que pueda ser beneficiario del régimen comunitario o de asilo y refugio, circunstancia que ocurre en muy escasas ocasiones.

El tratamiento jurídico particular que se da a los menores inmigrantes con carácter general, y en particular a los no acompañados, supone una importante manifestación de la política de inmigración de un Estado.

En la redacción original de la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento de 2001, se reguló la situación de estos menores, poniendo el énfasis en su repatriación, y si ésta no es posible, establecen mecanismos que favorezcan

su integración. El nuevo Reglamento de 2004 ha mantenido prácticamente íntegro en su art. 92 el texto del art. 62 del Reglamento de 2001, que regula de forma más pormenorizada el procedimiento a seguir con los menores extranjeros no acompañados, en desarrollo del art. 35 LOEXIS. Se ha rubricado el artículo como «menores extranjeros no acompañados», en lugar del anterior «menores extranjeros en situación de desamparo», lo que parece una vuelta de tuerca más en orden a no considerar automáticamente la situación de desamparo de estos menores; también, pese a que se toman medidas favorables a la integración del menor, se le coloca en una posición de inseguridad permanente respecto de su situación, pues se prevé que pueda ser repatriado incluso después de haberse decidido su permanencia en España y haber obtenido una autorización de residencia. En contrapartida, se añade que la garantía de que la repatriación del menor sólo se acordará si se dieran las condiciones para su efectiva reagrupación familiar, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores de su país.

Una vez que el menor se encuentra bajo la guarda de los servicios de protección, dispone el apartado 3, del art. 35 LOEXIS que «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».

1. Investigación de las circunstancias personales y socio-familiares del menor como base de la decisión

Para resolver si el menor debe reintegrarse con su familia en su país de origen o si es más conveniente para su interés que permanezca en España, se inicia un procedimiento en que las distintas Administraciones competentes deberán averiguar cuál es la identidad real del menor inmigrante y cuáles son sus circunstancias personales y socio-familiares.

La decisión sobre la repatriación del menor inmigrante o su permanencia en España está íntimamente ligada a la información que pueda conseguirse sobre sus circunstancias personales y familiares y sobre su país de origen, por lo que es necesario que analicemos detalladamente las cuestiones que surgen en el proceso de recogida de información por parte de las administraciones públicas relativas a las circunstancias personales del menor inmigrante.

La Administración del Estado es la responsable última de la averiguación de la identidad y las circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante, al menos en que deberá disponer de todos los datos necesarios a tal efecto, utilizando cuantos medios se estimen útiles o necesarios para acopiar la información y los datos precisos para tomar una decisión sobre el destino del menor. En cambio, la Administración autonómica, en cuanto

tutora del menor, tiene la obligación de colaborar activamente con la Administración del Estado facilitando a la misma cuanta información disponga respecto de la identidad y circunstancias familiares del menor⁵².

La normativa no ofrece demasiadas pistas respecto a la forma de desarrollarse del proceso de investigación de la identidad y circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante. El párrafo 2º del art. 62.4 de la LOEXIS. especifica que el proceso «...se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor».

Por otro lado, el párrafo 4, dispone que la Administración General del Estado (que es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo), a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, solicitará a la Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las embajadas y consulados correspondientes, para localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Esto salvo que no existiera representación diplomática en España, en cuyo caso estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Esta es la vía más lógica para investigar las circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante. Podría aprovecharse para este fin el cumplimiento de la obligación estipulada en las normas internacionales de informar de la presencia en nuestro país de un menor al representante diplomático del país de origen. Así, a la vez que se cumplimenta esta obligación se puede interesar de dicho representante diplomático la realización de las gestiones necesarias para identificar al menor y localizar a su familia.

Esta vía es la que se utiliza también para obtener información en aquellos casos de menores extranjeros no acompañados que son detectados en nuestro país y presentan la particularidad de proceder de países cuya situación socio-económica y política no propicia situaciones de inmigración irregular (p.e. países de la Unión Europea o de Norteamérica). En estos casos hablaríamos de menores extranjeros no acompañados, pero no de menores inmigrantes.

Pese a que todos los niños y niñas deben ser protegidos en la misma medida, no es posible negar la realidad. La situación de desprotección en

⁵² 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 del Niño (art. 8), 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.

que se encuentre un menor hay que contemplarla antes, durante y tras la intervención pública, por lo que los medios materiales y de comunicación con que cuenten los países de origen será un dato decisivo para la resolución de los expedientes administrativos y para la protección del menor. No se puede contemplar igual la situación de un menor procedente de un país donde funcionan correctamente los organismos oficiales, los servicios sociales, donde es posible localizar a los familiares etc., que uno en que ni siquiera existe embajada en España o que no responde a las solicitudes de información que se le formulan.

En base a estas consideraciones, Moreno-Torres Sánchez, contrapone las circunstancias que se producen entre los menores extranjeros no acompañados procedentes de países europeos, y los del resto de países⁵³.

La vía lógica de obtención de información sobre el menor y su familia se ve totalmente truncada en los casos de menores inmigrantes cuyo país de origen por las circunstancias que sean –sociales, económicas, políticas o de otra índole– no facilita a las autoridades españolas la información necesaria para acreditar que, en el caso de proceder a la repatriación del menor, «no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares» tal y como exige el Artículo 62 del ReLOEXIS, situación en que se encuentra Marruecos, que es el país de la mayor parte de menores inmigrantes no acompañados (más del 90%)⁵⁴.

Ante esta situación lo lógico sería que la Administración del Estado, responsable última según la vigente legislación de extranjería de investigar

⁵³ En el caso de los menores procedentes de países europeos, que son actualmente numerosos en España (especialmente los de origen británico y alemán). Una vez iniciada cualquier intervención en riesgo o protección, las circunstancias son las siguientes: estos menores extranjeros que ocasionalmente son detectados en nuestro país sin la compañía de adultos, suelen aducir razones de aventura o desavenencias familiares puntuales para justificar su presencia en nuestro territorio. Normalmente, en estos casos se comunica la presencia del menor al representante diplomático del país de procedencia y éste –por lo general en un plazo breve– se pone en contacto con la familia del menor y/o con los servicios de protección de menores de su país, para a continuación formalizar una petición de repatriación del menor por reagrupamiento familiar o por puesta a disposición del servicio tutelar de menores, aportando cuanta información se requiera sobre los antecedentes y situación socio-familiar del menor a efectos de cumplimentar los requerimientos de las autoridades españolas. La efectividad de la repatriación del menor suele ser casi inmediata y su permanencia en centros de protección españoles muy breve. *Vid.* J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, «Particularidades de la protección de los menores extranjeros en función del país de origen». *Seminario de Expertos: La protección de los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes, IV Foro Andaluz de la Infancia, 2005*, 17 y 18 de noviembre de 2005 (inédito).

⁵⁴ Esta autora pone como ejemplo el caso de Andalucía, en la que existen tres representaciones consulares del Reino de Marruecos, ubicadas en Algeciras, Sevilla y Almería. Estos Consulados deben ser informados por la autoridad gubernativa española de cualquier caso de detección en nuestro país de un menor no acompañado que pudiera ser de esa nacionalidad, de conformidad a lo estipulado en las normas internacionales, pero los representantes del sistema de protección de menores en las diferentes provincias andaluzas indican que nunca habían recibido información procedente de los Consulados marroquíes sobre los menores inmigrantes acogidos en los centros de protección.

las circunstancias personales y familiares del menor inmigrante, adoptase las medidas que fuesen necesarias para recabar esta información con la mayor celeridad posible, utilizando cualquier vía para ello. Sin embargo, esto no es así, 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. Podemos decir incluso que la decisión que finalmente se adopta sobre la permanencia o no del menor en nuestro país va a depender en un elevadísimo porcentaje de la información que recabe y aporte el Servicio de Protección de Menores a la Administración del Estado.

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. Este papel, pese a que rebasa el que prevé la legislación de extranjería, resulta más acorde con la misión que los Servicios de Protección de menores deben asumir.

La responsabilidad que ostentan los Servicios de Protección del Menor respecto de los menores que se encuentra bajo su guarda o tutela, y cuyos derechos tiene la misión de proteger, implica que deben 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. No olvidemos que desde la óptica estatal, la opción preferente es siempre el retorno del menor, en una lógica en la que prevalece la condición de extranjero del menor, por lo que una intervención en profundidad de los Servicios de Protección que tienen como referente en todo momento el interés del menor, es un contrapeso imprescindible a la hora de determinar su situación.

De este modo, aún cuando la vigente legislación y la práctica internacional 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 defender la necesidad de que sea el Servicio de Protección de Menores quien asuma tal función, como parte de la función tuitiva que el ordenamiento jurídico le atribuye, por ser ésta la única forma de garantizar que el interés superior del menor se va a anteponer a cualquier otra consideración⁵⁵.

⁵⁵ Los procedimientos utilizados para la averiguación de los datos personales y socio-familiares de los MINA, dependen de cada Servicio de Protección, de su organización, medios personales y materiales, y en muchos casos de su imaginación. En unos casos, es el propio personal del centro en que se encuentra acogido el menor el que realiza las averiguaciones,

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 y arduo 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 futuro⁵⁶, por lo que, una vez más, el interés del menor, exige la máxima celeridad y diligencia por parte de la Administración.

2. *Criterios de decisión para determinar el retorno o permanencia del menor en España*

Tras completarse el proceso de investigación, dispone el artículo 35.3 LOEXIS, que la Administración del Estado deberá adoptar una decisión sobre el futuro del menor inmigrante en función de los datos que haya recabado relativos a sus circunstancias personales y socio-familiares, determinando el retorno con su familia o, «en su defecto», su permanencia en España, teniendo en cuenta el informe que elaborado por el servicio de protección de menores competente, y tras haber sido oído el menor.

Así, la competencia decisoria sobre la situación del menor inmigrante corresponde a la Administración del Estado, mientras que los servicios de protección de menores van a asumir una mera función consultiva o informativa⁵⁷.

En segundo lugar, debemos destacar que la opción preferente, es la reagrupación del menor con su familia, mientras que su permanencia en

normalmente el director del centro con la ayuda de los educadores o mediadores culturales, fundamentalmente mediante entrevistas con el menor y contacto telefónico con la familia, a la que suelen solicitar documentos que acrediten la edad y filiación de los menores (partida de nacimiento, libro de familia o similares). Este contacto se facilita bastante en el caso de los menores magrebíes cuando los educadores tienen su mismo origen, conocen la cultura y hablan su lengua, pues la información aportada tiene más garantías de veracidad. Sin embargo, la localización y contacto con las familias en el caso de los subsaharianos resulta mucho más complicado. También se utiliza el contacto con personas, asociaciones u ong's que se encuentran en los países de origen de los menores para aportar información.

⁵⁶ Como se ha apuntado, los menores inmigrantes acogidos en centros de protección, aun cuando no se haya dictado todavía resolución alguna de desamparo y asunción de tutela por parte de la Administración, se encuentran en una situación de guarda de hecho o acogimiento provisional que obliga a dicha Administración, mientras permanezca su situación de desasistencia, a adoptar cuantas medidas redunden en una mejor defensa de sus derechos e intereses.

⁵⁷ Aunque ya hemos hecho referencia a la importancia de esta función, pues en la mayor parte de los casos, la Administración del Estado decidirá respecto del menor inmigrante lo que se haya propuesto en el informe del servicio de protección de menores.

España se decidirá únicamente de forma subsidiaria, sólo cuando la reagrupación resulte imposible. No obstante, el art. 92.4, párrafo 4, ha añadido un matiz a la opción rotunda por la reagrupación familiar, al disponer que «la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen».

Así, el Defensor del Pueblo en sus Informes ha manifestado en diversas ocasiones que deben valorarse las circunstancias, en lugar de optar en todo caso por la repatriación del menor⁵⁸; y en sus Recomendaciones y Sugerencias de 2004, también ha rechazado tal práctica por parte de la Administración, en concreto en la Comunidad de Madrid⁵⁹.

Normalmente, se constata que los Servicios de Protección de Menores de los países de origen de los MINA son insuficientes, están faltos de medios y la asistencia prestada es precaria, o incluso inexistente debido a razones culturales (ya hemos visto que en Marruecos los menores desde edades tan tempranas como los doce años tienen capacidad para ganarse la vida y son tratados prácticamente como adultos), por lo que no garantizan la adecuada protección de los menores ni aconsejan su repatriación en este sentido.

Sólo en unos pocos casos es posible documentar la existencia de menores procedentes de familias bien estructuradas y cuyas condiciones socio-económicas, si bien serían consideradas precarias con arreglo a los parámetros propios de nuestro país, no se diferencian de las que podríamos

⁵⁸ En su Informe de 2002, manifestaba que «parece cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia con su entorno pueda configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles, para todos los menores. (...) En consonancia con lo anterior, esta Institución considera que el automatismo de las repatriaciones a fin de reintegrar al menor no constituye una práctica acorde con el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por España en materia de protección de menores y cuando menos sería contraria al espíritu de la vigente legislación sobre la materia» (Defensor del Pueblo, Informe 2002, pp. 378 y ss). En el Informe de 2004, pone de relieve que «El mayor número de problemas en relación con esta cuestión continúa planteándose como consecuencia del automatismo con que las administraciones entienden que debe procederse a la repatriación de los menores a su país de origen o, al menos, a verificar un intento de que la misma se lleva a cabo» (Defensor del Pueblo, Informe 2004, p. 425).

⁵⁹ Manifiesta el Defensor que «Las actuaciones seguidas por esa Consejería, al menos en cuanto a los menores interesados en estos expedientes, suscitan serias dudas sobre la realización de análisis exhaustivos objetivos e individualizados para determinar si para el interés de los menores lo más adecuado es proponer la repatriación a su país de origen (...). Por ello, aun cuando puede ser que lo mejor para el menor sea la reintegración familiar, tal decisión debe ser adoptada tras la realización de un estudio individualizado del caso que permita emitir un juicio objetivo. No podemos ignorar, por otro lado, que los contactos con la familia existen en muy pocos casos, dadas las dificultades existentes para su localización, creándose la ficción de que la responsabilidad administrativa acaba con la entrega del menor a las autoridades policiales del país (...)». Defensor del Pueblo, Recomendaciones y Sugerencias 2004, Recomendación 54/2004, de 26 de julio, sobre el procedimiento a seguir con los menores extranjeros no acompañados, Madrid, 2005, p. 236-237.

denominar normales para su país de origen. Se trata normalmente de menores que acuden a la inmigración como medio para mejorar sus expectativas de futuro, no como vía para huir de una situación de grave precariedad o de riesgo. En estos casos, no parece previsible que la repatriación del menor para ser reagrupado con su familia pueda conllevar algún peligro para el propio menor o su familia, y procedería dicha medida.

En el resto de casos se plantea la disyuntiva de decidir si las deficientes circunstancias socio-familiares de estos menores son obstáculo suficiente para que se proceda a la reagrupación familiar de los mismos. No es una decisión fácil, y no puede existir una fórmula que resuelva todos los casos. 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.

Es necesario establecer unos criterios, si bien mínimos, pero que eviten que la decisión a cerca de la repatriación o permanencia en España de los menores dependa de circunstancias políticas o coyunturales⁶⁰. Los recursos no son ilimitados, y su saturación puede redundar en que menores verdaderamente desamparados queden desprotegidos, mientras que otros cuya repatriación resulta posible ocupan los centros. Evidentemente, cuando se den las condiciones para la repatriación, esta no se puede hacer depender, como manifestó la Secretaria de Estado de Inmigración, de la decisión de los padres de volver a acogerlos, puesto que se estaría beneficiando un «desamparo voluntario» o «desamparo buscado», es decir, un fraude de ley que determinaría la aplicación de la norma cuya aplicación se pretende evitar, es decir, la repatriación del menor.

El criterio que se podría emplear, a nuestro entender, es la circunstancia de desamparo del menor en su país de origen, aplicando los criterios que hemos analizado que determinan la situación de desamparo de un menor en España, pero teniendo en cuenta, en determinados aspectos como la situación económica de la familia, o la vivienda, los estándares «socialmente aceptables» del país de origen, puesto que, de otro modo, un sistema protector se convertiría en una suerte de sistema asistencial extraterritorial, que invitaría a los menores a arriesgar su integridad física para entrar en España irregularmente, beneficiando a las mafias de tráfico de personas y

⁶⁰ En los nueve primeros meses del año 2005, se produjeron en los centros de protección de la Comunidad andaluza 1.398 nuevos ingresos de menores inmigrantes, un 104% más que en el mismo período del año anterior. Ante tal situación, la Junta solicitó al Gobierno una masiva repatriación de menores a Marruecos, en concreto 268, que tenían toda la documentación en regla para proceder dicha repatriación, pero la situación para la repatriación asistida es complicada puesto que, según declaró la Secretaria de Estado de Inmigración, Consuelo Rumí, aunque la familia esté localizada, si rechaza acoger al menor, el fiscal tiene que denegar la repatriación del niño («La Junta pide la repatriación de inmigrantes menores ante el colapso de los centros», *Libertad Digital* (EFE), 9 de noviembre de 2005, www.libertaddigital.com). En Andalucía no se producían repatriaciones desde el año 2003.

sin dar solución al problema de la falta de oportunidades y desigualdades en el país de origen.

En definitiva, la repatriación 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 España, al menos hasta tanto se solventan las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen.

3. *Consecuencias de la decisión de repatriación o permanencia*

Una vez tomada la decisión a cerca de la oportunidad de la repatriación del menor, El art. 92.4 del RD 2393/2004, dispone el procedimiento a seguir para intentarla, procedimiento que, en la práctica, se ha limitado a transcribir el contenido de las Instrucciones sobre repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo de 1998.

El procedimiento puede iniciarse, bien de oficio por la Administración General del Estado (AGE), que es la competente en este caso, o bien a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor (art. 92.4 párrafo 1º), y en todo momento deben comunicarse al Fiscal las actuaciones que lleve a cabo (párrafo 3º), particularmente en el caso de que el menor se encuentre incurso en un procedimiento judicial, en cuyo caso el juez deberá autorizar la repatriación (párrafo 6º). El órgano encargado de la tutela del menor tiene la obligación de colaborar y facilitar cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y pondrá en su conocimiento las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.

No podemos confundir, como frecuentemente ocurre, el informe del Servicio de Protección de Menores sobre las circunstancias personales, sociales y familiares del menor en el país de origen, dirigida a estimar la conveniencia de la repatriación, con la información concreta para la identificación y la localización de la familia, que sin duda resulta necesaria para ejecutar dicha repatriación, y a la que ahora nos referimos.

La AGE, actúa a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, y las cuales solicitan a la Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las embajadas y consulados correspondientes (o a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, si no existe representación diplomática del país de origen en España), para localizar a los familiares de los menores, pudiendo también recurrir, en su defecto, a los Servicios de Protección de Menores del país de origen si estos se hiciesen responsables del menor.

Si se localiza a la familia del menor o, en su defecto a los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación sólo

después de verificar que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares, según el párrafo 5 del art. 92.4 ReLOEXIS. Así, no procederá la repatriación, en primer lugar, en el caso de que la familia del menor no pudiese ser localizada⁶¹ o, que una vez localizada, la misma no estuviese en condiciones de hacerse cargo del menor (la situación desde la redacción del informe a cerca de su situación puede haber empeorado) o la devolución del mismo conlleve un riesgo para el menor o para la propia familia.

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. Esto motiva que actualmente no se recurra a esta opción para la reagrupación del menor⁶².

Finalmente, la repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno, y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. El ReLOEXIS añade que la repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país, esto no suele ser posible, por lo que viene siendo la Administración General del Estado la que se hace cargo, subsidiariamente, del coste de la repatriación.

En el caso de una gran parte de los menores inmigrantes no acompañados procedentes del Magreb (el grupo más numeroso) surgen una serie de problemas, algunos de los cuales también pueden darse en MINA procedentes de otros países. Así, la escasa colaboración de las autoridades de los países de origen provoca graves dificultades para localizar a las familias. En las ocasiones en que son localizadas, la mayoría de las familias se oponen al retorno de los menores, ya que su emigración ha sido consentida o incluso auspiciada por el grupo familiar, y los propios menores se niegan a volver porque supone el fracaso de su proyecto migratorio. Tampoco resulta fácil determinar las condiciones socio-familiares del menor en su país de origen, y en muchos casos se constata que las familias de los menores padecen graves situaciones sociales, económicas e intrafamiliares que podrían comportar una situación de riesgo para el menor. Es frecuente encontrar casos de menores que llevan años sobreviviendo por sus propios medios,

⁶¹ Este es un supuesto muy común en el caso de los menores no acompañados procedentes de países del África subsahariana.

⁶² Por este motivo el Gobierno español e incluso algunos gobiernos autonómicos han propuesto financiar centros de acogida de menores e inserción laboral en Marruecos («España costeará cuatro centros en Marruecos para facilitar la repatriación de menores», Diario el Sur Digital, 3 de diciembre de 2005 www.diariosur.es). Esta medida ayudaría a la repatriación de los menores, pues daría la fiabilidad suficiente a los Servicios de protección de menores a la hora de poner a los menores cuyas familias no se localicen a disposición de estos, aunque desde los colectivos de ayuda a los inmigrantes se piensa que no contribuirán a frenar la inmigración de menores no acompañados.

gracias a la mendicidad o a trabajos esporádicos y mal remunerados ante la imposibilidad de sus familias de atenderlos. Así como casos de menores con antecedentes de maltrato, explotación, abusos o abandono familiar⁶³.

VII. INTEGRACIÓN DE LOS MINA A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Si la repatriación no ha sido finalmente posible, porque no se ha podido identificar al menor, por no haberse localizado la familia en el país de origen, porque dicha familia no exista, o porque los servicios de protección de menores del país de origen no ofrezcan la suficiente colaboración o garantías, la AGE deberá acordar la permanencia en España del menor extranjero no acompañado. El menor queda a cargo del Servicio de Protección de menores, y dado que su situación se vuelve más estable, este sería el momento oportuno para que aquél declare formalmente el desamparo del menor en caso de que aún no se haya hecho, y proceda a documentar al menor.

El organismo que ejerce la tutela es el competente para instar de la Delegación o Subdelegación del Gobierno que corresponda el otorgamiento de un permiso de residencia al menor, según el art. 35.4 LOEXIS, aunque no determina el momento en que habrá de iniciarse el procedimiento. Exige para su otorgamiento que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, al igual que el art. 92.5 párrafo 1, que otorga un plazo de nueve meses, desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, para otorgar al menor la autorización de residencia.

El requisito de que se haya intentado la repatriación del menor no debe entenderse en sentido estricto, es decir, que se haya acordado la repatriación del menor y esta no se haya podido ejecutar, es obvio que el requisito se entiende cumplido cuando la AGE haya declarado que procede la permanencia del menor en España. La autorización de residencia se otorga transcurridos nueve meses desde que se comprueba la edad del menor y este pasa a disposición de los servicios de protección, es decir, tras los nueve meses, salvo que no hayan transcurrido los trámites para determinar su

⁶³ El Memorándum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003, no se ha venido aplicando correctamente, pues preveía que, una vez identificado un menor no acompañado por las autoridades competentes de uno de los dos Estados, las autoridades consulares del Estado requerido procederían a la inmediata expedición de la documentación que acredite su nacionalidad, y a facilitar el retorno a su país de origen para su entrega a las autoridades fronterizas. Por otra parte, preveía el retorno inmediato de los menores no acompañados que fueran localizados en el momento de su entrada a través de un puesto fronterizo, entregándolos a las autoridades fronterizas del país de origen.

permanencia en España, el menor debe estar ya documentado⁶⁴, aunque en muchos casos no ocurre así, demorándose tanto la administración tutora del menor en solicitarlos (porque estiman erróneamente que se deben esperar los nueve meses antes de instar la concesión del permiso) como la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente en concederlos⁶⁵.

Para que la desidia o lentitud en la actuación de las diferentes administraciones no perjudique al menor, el nuevo Reglamento de la Ley de extranjería ha añadido al art. 92.5, párrafo 1º que, 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, como pueden ser cursos de formación ocupacional, etc.

El permiso que se otorga al menor se denomina en el nuevo ReLOEXIS «*autorización de residencia temporal por razones excepcionales*». Normalmente, cuando dicha autorización se conceden a inmigrantes en situación de irregularidad administrativa en España, conlleva también la autorización de trabajo durante su vigencia. Sin embargo, en el caso de los menores no ocurre así, puesto que el art. 41.1 letra k) LOEXIS exime de la obligación de obtener la autorización de trabajo a «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»⁶⁶. Resulta necesario que la entidad correspondiente pruebe que ejerce la tutela sobre el mismo, por lo cual es imprescindible que previamente haya declarado formalmente el desamparo del menor, de ahí la importancia que otorgamos en su momento a que dicha declaración se realizara a la mayor brevedad tras comprobarse la minoridad.

⁶⁴ Art. 92.5 ReLOEXIS «Transcurridos 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 a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero».

⁶⁵ El informe de 2004 del Defensor del Pueblo (pp. 425 a 427) hace hincapié en este problema, indicando, respecto de los menores extranjeros no acompañados que «También deben anotarse en el capítulo de problemas más frecuentes las demoras en la tramitación de la documentación, principalmente en el inicio de los trámites» Añade que «El problema referido resulta especialmente grave en aquellos casos en los cuales los menores se encuentran muy cercanos a la mayoría de edad, los cuales, a veces por unos días, pueden quedar en una situación extremadamente precaria como consecuencia de dos factores que confluyen: el primero de ellos, que la entidad de protección no haya instado su documentación en la fecha adecuada y, en consecuencia, no haya habido tiempo de expedir la oportuna autorización de residencia; y, el segundo, que no puedan acreditar, mediante la certificación de tutela, que permanecieron bajo la responsabilidad de una Administración española en la realidad más tiempo del que consta en la certificación, ya que con carácter general ésta última se expide, según ha podido comprobar esta Institución, con los datos de las resoluciones de los acuerdos que declaran el desamparo y cese de éste».

⁶⁶ Así lo exige el art. 68.k) ReLOEXIS, in fine.

Esta exención se introdujo en la Ley 8/2000, y debe elogiarse como medida de integración social de los MINA. Además, ha venido apoyada por algunas reformas en la legislación laboral que favorecen el trabajo de los extranjeros menores de edad⁶⁷.

Si la autorización de residencia por circunstancias excepcionales del menor se encuentra vigente al cumplir la mayoría de edad, debería entenderse que desde el momento del cumplimiento de la mayoría de edad, conlleva la autorización para trabajar. No sería lógico lo contrario, pues supondría negar los objetivos de integración social que se pretenden con los menores tutelados.

En el caso –muy común– de que el menor cumpla la mayoría de edad durante la tramitación del permiso de residencia, estamos de acuerdo con el criterio de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en su Sentencia de 7 de julio de 2003, pues decreta que el momento que determina la validez de la situación de minoría de edad que otorga el derecho a la documentación es la solicitud del permiso de residencia previsto en el artículo 35 LOEXIS, a pesar de que en el transcurso de la instrucción administrativa de tal petición el interesado pierda la condición de menor de edad.

Es necesario destacar que la autorización de residencia por circunstancias excepcionales tiene una vigencia de un año, al igual que cada una de sus renovaciones, lo que supone una amenaza a la futura situación legal del menor una vez alcanzada la mayoría de edad. No tendría sentido que, tras un período prolongado bajo la tutela de la Administración, al poco tiempo de cumplir la mayoría de edad quedase en situación de irregularidad. Así, el art. 73.e) del ReLOEXIS, prevé que pueda concederse la autorización de residencia permanente a los menores extranjeros que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

Resulta paradójico que para el menor extranjero no acompañado resulte más sencillo conseguir la nacionalidad española que la situación de residencia permanente, dado que el art. 22.2 letra c) del Código civil⁶⁸, dispone el período para que pueda otorgarse la nacionalidad por residencia se reduce de diez años a uno para «el que haya estado sujeto legalmente a tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en

⁶⁷ El Real Decreto 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad (BOE nº 54, de 3 de marzo de 2001), señala que los extranjeros mayores de 16 años y sin límite máximo de edad podrán ser empleados a través de los contratos de formación que les permitan obtener un certificado que acredite la experiencia profesional adquirida durante el tiempo que hayan realizado la actividad de que se trate.

⁶⁸ Redactado conforme a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 242, de 9 octubre de 2002).

el momento de la solicitud». Quiere decir esto que, si la residencia del menor en España se considera legal desde que es puesto a disposición de los servicios de protección según el art. 35.4 LOEXIS, cuando lleve dos años bajo la tutela o guarda del ente público⁶⁹, éstos podrá instar que le concedan la nacionalidad española por residencia, o podrá solicitarla el propio extranjero una vez adquirida la mayoría de edad.

A todos estos efectos, comprobamos que resulta esencial que los servicios de protección declaren formalmente el desamparo con la mayor celeridad posible una vez que los menores se encuentran a su disposición, puesto que esto facilitará enormemente el acceder a una situación de regularidad administrativa y, por ende, a su integración socio-laboral.

Si el menor tutelado alcanza la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia, la entidad protectora puede recomendar la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, sin que se tenga en cuenta para su otorgamiento la situación nacional de empleo. No se trata en este caso de un derecho al otorgamiento de la autorización, pues dice simplemente que la entidad protectora podrá «recomendar la concesión», y además hace depender dicha recomendación de que, durante el período en el que ha permanecido bajo tutela, el menor haya participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social.

Por último, debemos destacar que, con el nuevo RD 2393/2004, de desarrollo de la Ley de extranjería, la decisión respecto de la permanencia del menor en España no resulta definitiva. Incluso cuando se haya autorizado la residencia del menor, dice el art. 92.5, en su párrafo 5º, que «no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo». Esta redacción provoca múltiples y serias incógnitas ¿Significa que, una vez decidida la permanencia en España del menor, la AGE puede modificar esta decisión por la de su repatriación, o que, si la repatriación ha sido imposible, ha de volverse a intentar?

Esta previsión podemos verla desde distintas perspectivas. En primer término, desde el principio de reintegración familiar del menor desamparado; en este caso, igual que ocurre con los menores nacionales en situación de desamparo, si cambia la situación familiar de desatención que sufría el menor y los padres pueden prestarle los cuidados necesarios, la Administración debe declarar el cese de las medidas de protección y de la situación de desamparo y devolver al menor con su familia. Desde otro punto de vista, este modo de actuar no sería tan positivo, en tanto deja a los menores inmigrantes desamparados en una continúa situación de incertidumbre,

⁶⁹ En el mismo sentido, vid. D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, «El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 6, julio 2004, p. 68.

que puede hacer frustrar las medidas de integración si estos huyen de los centros temiendo ser repatriados. De cara a la Administración, resulta una vía de escape, permitiendo que, ante la separación de los centros, pueda revisar la situación familiar del menor para poder repatriar aquellos cuyos derechos puedan quedar garantizados y utilizar los recursos para atender a los realmente desamparados.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES ANTE LAS TENDENCIAS ACTUALES DE ACTUACIÓN CON LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS A NIVEL ESTATAL Y AUTONÓMICO

En los últimos meses el incremento de la afluencia de inmigrantes irregulares en situaciones de urgencia humanitaria, en los conocidos cayucos que han sustituido a las pateras, ha sido una constante, y su repercusión mediática tremendamente intensa. En el tema que nos ocupa, también se ha intensificado la presencia de menores inmigrantes no acompañados que intentan entrar por este medio en España, principalmente a través de Canarias o Andalucía, y que plantean problemas a las respectivas Administraciones para su acogida cuando la afluencia se produce de forma masiva⁷⁰.

Esto ha hecho que la postura de algunas administraciones, como la Junta de Andalucía, tradicionalmente reticente a la repatriación de los menores extranjeros no acompañados, haya cambiado, siendo actualmente favorable a intentar dicha repatriación al menos en los casos en que la familia de los menores se encuentra identificada y la seguridad del menor a su regreso al país de origen garantizada, en principio.

Las medidas gubernativas adoptadas en los último tiempos han sido constantes tanto en Andalucía como en Canarias, Ceuta y Melilla (las más afectadas por la inmigración irregular en cayucos y por la inmigración de menores extranjeros no acompañados), intentando adaptarse continuamente a un fenómeno cambiante, en un continuo juego al gato y al ratón contra las mafias y un intento desesperado de otorgar la protección adecuada que exigen la Constitución y las leyes estatal y autonómicas como un derecho

⁷⁰ Esto se agrava al cambiar constantemente los puntos de destino de las embarcaciones para evitar se descubiertas por la Guardia Civil encargada del control fronterizo. Como ejemplo podemos poner la situación que sufrió la provincial de Granada, que recibió en distintos puntos de su costa a principios de noviembre de 2005 más de 100 inmigrantes y casi una veintena de menores en 2 días, superando sus previsiones de acogida y teniendo que acudir a soluciones provisionales, «La Junta reconoce el “colapso” de los centros de menores inmigrantes y recurre a instalaciones portuarias», *Granada Digital*, 2 -11-2005. Tuvieron que habilitarse instalaciones no adecuadas para los menores en el puerto de Motril ante la saturación de los centros, y activarse el Plan de Emergencias de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, que entre junio y noviembre de 2005 fue necesario activar en 7 ocasiones.

de todo menor independientemente de su situación administrativa y su origen⁷¹.

En este sentido, el Grupo Parlamentario Coalición Canaria-Nueva Canarias, presentó el 26 de junio de 2006 una «Proposición no de Ley sobre modificación de la legislación nacional en materia de asunción de la tutela de los menores inmigrantes en situación irregular por las entidades públicas», con tres finalidades: a) Convocar el Consejo Superior de Política de Inmigración para abordar la posibilidad de que todas las Comunidades Autónomas se impliquen en la reinserción de menores extranjeros no acompañados; b) Proponer las modificaciones legales oportunas para que el Estado pueda distribuir entre todas las Comunidades Autónomas la reinserción de menores inmigrantes no acompañados; y c) que en todo caso el Estado celebre Convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas y entes locales que realicen un mayor esfuerzo para mejorar condiciones de acogida y reinserción de estos menores. Gracias a la buena disposición de buena parte de las Comunidades Autónomas, al menos en la práctica la idea ha tenido seguimiento, y se ha producido el traslado y asunción de la tutela de menores inmigrantes no acompañados llegados a Canarias por parte del resto de Comunidades Autónomas, aunque es necesario que, en caso necesario, exista un Convenio entre el MTAS y las distintas Consejerías autonómicas de asuntos sociales, para que esta redistribución de menores en los casos de emergencia humanitaria por saturación de los centros sea regulada, automática y garantice en todo momento el respeto a los derechos de los menores afectados.

La Administración y Gobierno estatal han tenido una muy activa intervención –en buena parte propiciada por la elevada presión mediática y política desde la oposición– tanto en la coordinación de acciones y desarrollo de programas como en la ayuda financiera a las Comunidades Autónomas para afrontar el problema. Así, el Real Decreto 1142/2006, de 6 de octubre, ha regulado la concesión directa de subvenciones a determinadas entidades para la atención humanitaria a personas inmigrantes en situación de vulnerabilidad que llegan a la Comunidad Autónoma de Canarias, a la Comunidad Autónoma de Andalucía y a las Ciudades de Ceuta y Melilla,

⁷¹ El Consejo de Ministros ha aprobado el Plan Integral de Seguridad 2006-2008 para Canarias, que crea una autoridad de coordinación para hacer frente a la inmigración ilegal. Esta coordinación será dirigida por un Oficial General de la Guardia Civil, que dependerá directamente del Director General de la Policía y Guardia Civil, a través de la Dirección Adjunta Operativa. La optimización de los recursos empleados y de la información obtenida en las distintas actuaciones y la estrecha coordinación entre todos los organismos y unidades actuantes (en concreto, los Ministerios del Interior, Fomento, Trabajo y Asuntos Sociales, Economía y Hacienda y Defensa, así como la Agencia Europea de Fronteras -FRONTEX-) al objeto de aunar esfuerzos para conseguir reducir los tráficó ilícitos de personas, obligan a una centralización a alto nivel de la coordinación y el seguimiento de todas las actuaciones, incluidas las destinadas a garantizar y salvaguardar la vida en la mar de los inmigrantes.

aportando la nada desdeñable cantidad de 16.523.665 euros del presupuesto de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del MTAS⁷².

En el caso de Ceuta y Melilla, se firmaron el 14 de julio de 2006, sendos Convenios de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Consejería de Presidencia de la Ciudad de Ceuta sobre atención a los menores extranjeros no acompañados⁷³.

Otra opción que los ejecutivos, tanto los autonómicos como el central, llevan tiempo barajando, es la creación de centros de menores en los países de acogida financiados por las administraciones españolas⁷⁴. Con esta «solución» ya no existiría el problema de la falta de garantías a la hora de repatriar a los menores a su país de origen, puesto que serían recogidos por los servicios de menores creados por España en dichos países, con un coste mucho menor de satisfacción de las necesidades y derechos de los menores, por otra parte. Sin embargo, esta constituye en nuestra opinión una forma de «invisibilización» o traslación territorial del problema que no contribuye a su desaparición y solución definitiva.

Pese a todos estos esfuerzos, el reto sigue y seguirá estando ahí, y es necesario seguir trabajando en la delimitación de que medidas sean las más acordes con el superior interés del menor que debe informar cualquier actuación tanto de los poderes públicos como de los particulares dirigida a la protección de los menores extranjeros no acompañados. Sin duda el caballo de batalla seguirá siendo profundizar en la colaboración con los países de origen de los menores, en la coordinación entre las administraciones estatal y autonómica y en la definición de los requisitos y situaciones que determinen cuando procederá la permanencia de los menores en nuestro territorio, y la mejor manera de integrarlos en la sociedad cuando así suceda.

RESUMEN:

El reciente fenómeno de los menores inmigrantes no acompañados es un nuevo reto para el Derecho en nuestro país, pues confluyen en estos menores dos grupos de normas con motivaciones distintas: las leyes de protección del menor, que tienden a la protección de estos menores, y las leyes de extranjería, que restringen sus derechos en tanto en cuanto se trata de

⁷² Esta cantidad viene complementada con la aprobada en septiembre de 2006 por el Consejo de Ministros aprobó destinar 9.837.829,73 euros del fondo de contingencia, y varios suplementos de crédito en el Ministerio de Defensa, para financiar los gastos ocasionados por las operaciones que las Fuerzas Armadas realizan en apoyo de las Autoridades Civiles para la acogida de inmigrantes.

⁷³ Publicado en el BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2006.

⁷⁴ Recientemente se ha anunciado la creación de centros por parte tanto del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales («Caldera anuncia la construcción de dos centros de formación para menores en Marruecos, EFE, 29-11-2006», y a finales de 2005 la Comunidad de Madrid llegó a un acuerdo con Marruecos para la construcción de dos centros de protección de menores en Tánger y en Marraquech (EFE, 3-10-2005).

inmigrantes irregulares. Es importante dar pautas de comportamiento a los poderes públicos respecto de estos menores, para decidir si procede declararlos en situación de desamparo y la asunción de su tutela por los Servicios de Protección de Menores; en qué casos procede su repatriación o por el contrario, su permanencia en nuestro país; y cuando esto último sucede, cual debe ser la forma de actuar para documentarlos y facilitar su integración en España.

Palabras clave: menores no acompañados, menores inmigrantes, menores desamparados, protección, administraciones públicas, repatriación, integración.

ABSTRACT:

The recent phenomenon of unaccompanied children who immigrate is a new challenge for the legal system in our country, because there are two groups of norms affecting them which have differing goals: child protection laws, which tend to protect these children, and immigration laws, which restrict their rights in so far as they are irregular immigrants. It is important to provide public bodies with guidelines regarding these children in order to decide if they should be declared “abandoned”, in which case it would be for the Child Protection Services to assume care of them; or in which cases they should be repatriated or allowed to remain in our country, and in that case, what would be the best way to provide them with documentation and facilitate their integration in Spain.

Key words: unaccompanied children, minor immigrants, abandoned children, protection, public administrations, repatriation, integration.