

MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO: NUEVOS SUJETOS MIGRATORIOS Y SU MARCO JURÍDICO EN ESPAÑA

Candy Florencio Thome *

Rodrigo Garcia Schwarz **

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Menores inmigrantes no acompañados: marco jurídico en España. 3. Legislación de extranjería y trato a menores: ¿evidentes contradicciones? 4. Donde quiebra la protección: la devolución en frontera. 5. Efectividad de la tutela de los derechos de los menores: algunas decisiones judiciales. 6. Conclusiones. Breve reseña de bibliografía.

RESUMEN:

El argumento central de esta ponencia es defender que al menor extranjero que se encuentra en territorio español sin la protección de ningún familiar o adulto responsable de su cuidado le ampara un único estatuto jurídico, que es el determinado por las normas nacionales e internacionales de protección a la infancia, al ser preferente su condición de menor sobre la del origen nacional. Sin embargo, los menores, aunque extranjeros e inmigrantes irregulares, tienen en España un único estatuto de protección muy claro, que es el que se desarrolla en la Convención de Derechos del Niño y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. La migración clandestina es un gran problema y la presencia de menores extranjeros en las calles españolas requiere respuestas. Respuestas, sin embargo, dentro del marco jurídico de protección que les reconoce el derecho. Hemos de evitar, por tanto, que las políticas coyunturales de fronteras dominen sobre la cultura de los derechos humanos.

Palabras-llave: infancia – inmigración – menor – protección.

1. Introducción

Una idea que nos ha acompañado durante toda nuestra vida profesional es la diferencia que hay entre el derecho formal y la realidad. Y es que, quienes nos movemos en el mundo de lo que llamamos derecho, tenemos todos días la oportunidad de constatar aquella dicotomía que ya nos anunciaban los libros de sociología jurídica entre vigencia formal y real de las normas, o, por decirlo de otro modo, tenemos la oportunidad de comprobar que una cosa es la vigencia de la ley, tras su publicación en el BOE, de los tratados y convenios tras su ratificación, y otra, muy distinta, su vigencia efectiva. Sin embargo, es la confrontación que constituye nuestro quehacer, pues no en vano son las insuficiencias, deficiencias y

desajustes entre derecho-realidad las que dan sentido a nuestro trabajo.

Divergencias que son predicables de cualquier parcela del ordenamiento, sin embargo, se evidencian con mayor nitidez cuando nos adentramos en el ámbito de la infancia, y esto es así, a nuestro modo de entender, por la gran distancia entre un cuerpo normativo suficiente y hasta aceptable y una realidad claramente deficitaria. Descendiendo a la realidad, uno de los ámbitos donde ese contencioso entre derecho formal y efectividad se aprecia con mayor claridad es la cuestión que surgió en España respecto de los menores extranjeros en situación de desamparo, o sea, respecto de aquellos niños y niñas menores de dieciocho años, nacionales de terceros países, que pretenden la entrada clandestina en España sin estar acompañados de sus padres, o que ya se encuentren en España sin la protección de ningún familiar o adulto responsable de los que habitualmente se hacen cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres.

El argumento central de esta ponencia es que en el tratamiento de los menores extranjeros en territorio español ha de priorizarse su carácter de menores de edad y de ser sujetos de protección, frente a su condición de inmigrantes irregulares. Un menor extranjero no acompañado, nacional de tercero país, sólo puede ser devuelto si se considera que la devolución se hace en garantía del interés superior del menor, y todas las demás consideraciones, entre ellas la lucha contra la inmigración ilegal, son secundarias respecto a esto, reconociéndose que hay un principio general que es el de la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. La entrega del menor en la repatriación, por tanto, debería de hacerse, para garantizar su integridad, bien a su familia o bien a los servicios de protección de menores de su país, pero no a las autoridades de frontera pues suele poner los menores “devueltos” en situaciones de riesgo o peligro para su integridad.

Consecuentemente, la práctica de la autoridad gubernativa que prioriza el control de fronteras y, por tanto, la condición de inmigrantes irregulares de esos menores, hasta al punto de que en determinados momentos se ha llegado a considerar como menores emancipados a todos los menores extranjeros no acompañados mayores de dieciséis años (Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2003), tomando como regla general el principio de la expulsión frente a la protección del menor afronta normas nacionales e internacionales de protección a la infancia, y, sobretodo, afronta el sistema constitucional español.

Además, el propio concepto de civilización, de progreso ético y moral de la humanidad ha hecho que la protección de los derechos de la infancia sea universal y que los menores deban ser protegidos en cualquier país del mundo independientemente de su nacionalidad. Para estos menores extranjeros en situación de desamparo, doblemente excluidos, seres humanos en formación, es fundamental el reconocimiento de derechos. Hemos de evitar, así, que las políticas coyunturales de fronteras dominen sobre la cultura de los derechos humanos.

2. Menores inmigrantes no acompañados: marco jurídico en España

La afirmación de que la inmigración constituye, en el siglo XXI, la frontera de los derechos humanos invita a la reflexión, y a nosotros sugiere dos ideas: la primera, de que la inmigración está poniendo a prueba la capacidad del mundo para universalizar los derechos humanos; la segunda, de que la inmigración está desvelando el doble rasero con el que actúan los países más desarrollados, incluso en Europa, generosos cuando se trata de plasmar declaraciones supranacionales, mezquinos a la hora de hacer efectivos desde el propio país dichos derechos. Sin embargo, hoy, contemplamos la revitalización de las fronteras, con todo lo que esto implica.

La llegada de los menores extranjeros no acompañados (o sea, aquellos niños y niñas menores de dieciocho años, nacionales de terceros países, que pretenden la entrada clandestina en España sin estar acompañados de sus padres, o que ya se encuentren en España sin la protección de ningún familiar o adulto

responsable de los que habitualmente se hacen cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres) se inscribe en el contexto de las migraciones masivas actuales, en la huida del hambre y de las guerras, que están poniendo en cuestión las fronteras nacionales.

De hecho, estamos en un momento en que el desarrollo de las relaciones económicas, sociales y culturales ha alcanzado dimensiones que sobrepasan las fronteras. Las bolsas de extrema pobreza en el mundo han aumentado en los últimos años, especialmente en África, donde la tasa de esperanza de vida se ha reducido en varios países. Según el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), los países africanos tienen los peores índices de desarrollo humano del mundo. Según datos de la UNICEF, 146 millones de niños, menores de cinco años, carecen de comida en el mundo, y se estima en cinco millones los que mueren cada año de hambre, la gran mayoría en África. Según la OIT (Organización Internacional del Trabajo), 217 millones de niños trabajaban en condiciones inhumanas el año 2004. Más de un millón de niños cae en las redes de traficantes de explotación sexual, y medio millón de niños son utilizados como soldados, casi todos en las guerras civiles en África (Uganda, Sudán y Congo). La huida del hambre y de las guerras determina que numerosos grupos de personas, incluso menores, emprendan camino hacia aquellos lugares donde se encuentra la riqueza y donde suponen que están las expectativas de una vida mejor. La entrada en Europa, para algunas personas, es la única esperanza de supervivencia. El resultado es la presión de estos grupos de excluidos, famélicos, sobre las fronteras de los países más ricos.

El resultado de la falta de soluciones a los problemas de desarrollo y pobreza de estos países era predecible, pero la verdad es que Europa nunca afrontará seriamente estos problemas si no llega a sentirlos como propios y no los percibirá como propios si no llega a sentir la amenaza directa de la presión demográfica que proviene de aquellos países. De momento, sin embargo, y sin infravalorar las iniciativas humanitarias, esa Europa ha reaccionado blindando sus fronteras y queriendo dotar a los derechos humanos de un referente nacional asentado en la idea de ciudadanía – es decir, creando “zonas de frontera”, lugares donde la barrera de los derechos siempre puede aparecer más esfuminada: cruzarla puede resultar peligroso. En este sentido, Kapuscinski (2006) señala, después de criticar la zona de frontera que fue el telón de acero y la idea de separar mundos supuestamente opuestos, que el Mediterráneo se ha convertido en la actual frontera mundial, “en la que muchos mueren ahogados al intentar pasar de África a Europa”.

En medio a todo esto nos encontramos con un nuevo sujeto migratorio: los menores de edad. Son los nuevos protagonistas de los procesos migratorios, niños y niñas menores de dieciocho años que migran no acompañados, o sea, separados de sus padres o cuidadores habituales. Por ejemplo, desde mediados de los años 90 los menores de edad empiezan a ser nuevos protagonistas de las migraciones en Marruecos: son niños y niñas que emigran solos, sin sus familias, atravesando fronteras y llevando a cabo proyectos migratorios propios, o como protagonistas centrales dentro de una estrategia familiar más o menos definida. Los países principales a los que se dirigen estos menores son España, Francia e Italia. En España este nuevo fenómeno se hace significativo a finales de los 90 y en los primeros años del siglo XXI.

La migración de menores aún se considera una excepción a la regla; pero la constatación de este fenómeno como un patrón recurrente en todo el mundo nos obliga a modificar la imagen que tenemos de las migraciones. Estos menores son nuevos actores en sí mismos y agentes durante su proceso migratorio. Esta nueva circunstancia, la condición de menores de edad no acompañados de un grupo de inmigrantes, no sólo nos hace visualizar la gravedad del problema en sus países de origen, sino que hace que debamos plantearnos desde un punto de vista diferente su situación jurídica en España e intentar dar contenido a los derechos de los que todos los menores son titulares sin distinción de su nacionalidad - los menores que inmigran solos, no acompañados, están en situación de desamparo y han de ser

tratados de la misma forma que un menor nacional.

La única respuesta que el ordenamiento español prevé para cualquier menor en desamparo es la efectiva e inmediata protección de la entidad pública, que por mandato legal habrá de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral. Sin embargo, son varios los preceptos legales y reglamentarios que deberían poder conjugarse para construir un sistema normativo coherente, y por supuesto respetuoso con los convenios internacionales suscritos por España en materia de protección de menores, así como con su propia normativa interna de protección.

De hecho, la definición de lo que ha de entenderse como *menores no acompañados* se fija desde un documento conjunto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y de la organización “Save the Children”, documento que es una declaración de buenas prácticas (Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores No Acompañados en Europa), y en el que se les define como “niños y niñas menores de 18 años que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o cuidador habitual”. Esta definición es completada por el propio Consejo de Europa, que en su Resolución de 26 de junio de 1997 los define como “niños y adolescentes menores de 18 años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección de ningún familiar o adulto responsable de los que habitualmente se hacen cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres”. Estas definiciones elaboradas en ámbitos supranacionales tienen gran trascendencia pues de ellas se van a extraer los efectos jurídicos aplicables, fundamentalmente el reconocimiento del estatuto de protección.

Así, la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores No Acompañados en Europa establece que un menor no acompañado sólo puede ser devuelto si se considera que la devolución se hace en garantía del interés superior del menor. Por ejemplo, en Francia, la asociación “Jóvenes Errantes”, además de dar servicios educativos a estos menores y trabajar en colaboración con la Fiscalía y los Juzgados para organizar su proceso de socialización e integración en la sociedad de recepción, tiene entre sus objetivos específicos buscar y evaluar buenas prácticas en el trabajo con estos menores inmigrantes. En síntesis, sobre la base del establecimiento de catálogos de buenas prácticas se está intentando dar contenido al estatuto de protección de la infancia.

En España, la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros, no establecía una regulación de los menores no acompañados. Sin embargo, ya en el reglamento de ejecución de esta Ley, aprobado por Real Decreto 155/1996, en su artículo 12, se establecía que el tratamiento de los menores extranjeros en España se realizaría “conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989”. Posteriormente, y en una cláusula de remisión similar, se recoge la regulación en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. El artículo 32 de esta Ley introduce un sistema de protección en línea con la regulación de la situación de los menores extranjeros que se hacía en el reglamento anterior. Este precepto fue substituido por el actual artículo 35 que se introdujo por la Ley Orgánica 8/2000, y que ha sido mantenido en su redacción por la Ley Orgánica 14/2003, y que, bajo el epígrafe “Residencia de Menores”, regula los grandes ejes del tratamiento jurídico de los menores no acompañados. El reglamento de esta Ley básicamente se sitúa en el vigente artículo 92 del reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2392/2004. El artículo 92 establece el régimen aplicable para los “menores extranjeros no acompañados”, sustituyendo al anterior artículo 62 del reglamento de extranjería (Real Decreto 864/2001), e introduce variaciones que luego se analizarán.

La Constitución española, en el artículo 39, 4.º, dispone que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. La Convención sobre Derechos del Niño (1989), ratificada por España en 1990, ya en su artículo primero se refiere a la definición de menor o niño como

“todo ser humano menor de 18 años de edad”, y en el artículo segundo se manda a los Estados que les “protejan contra toda forma de discriminación, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone, en el artículo 21, que “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón del sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

La Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, en su artículo primero reconoce el ámbito de aplicación de la Ley a todos aquellos “menores de 18 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. Pronunciase en idéntico sentido la Ley 6/1995, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid, al establecer sin hacer ningún tipo de distinguos por el lugar de nacimiento, que “La presente Ley tiene por objeto determinar a los derechos de los menores que se encuentren en la Comunidad de Madrid, en el ámbito de competencia de la misma, complementarios de los ya reconocidos por la Constitución y las demás normas del Estado”. El principio general sobre el que pivotan estas leyes es el de la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Este precepto es concluyente y establece que cuantas medidas se adopten en aplicación de esas leyes deben tener carácter educativo y que la capacidad de obrar de los menores se interpretará de forma restrictiva. Por tanto, son dos los principios básicos que se extraen de estas leyes: el interés superior del menor y el carácter educativo de cuantas medidas se adopten al amparo de la ley, independientemente de la situación jurídica o la nacionalidad del menor.

En síntesis, la conclusión a que se llega con esta regulación nacional e internacional es que todo menor está protegido por un estatuto jurídico muy claro, que es el que se desarrolla en la Convención de Derechos del Niño y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Por tanto, en materia de menores extranjeros no acompañados ha de priorizarse su carácter de menores de edad y de ser sujetos de protección, frente a su condición de inmigrantes irregulares.

3. Legislación de extranjería y trato a menores: ¿evidentes contradicciones?

De hecho, si son varios los preceptos legales y reglamentarios que deberían poder conjugarse para construir un sistema normativo coherente, y por supuesto respetuoso con los convenios internacionales suscritos por España en materia de protección de menores, así como con la propia normativa española interna de protección, las sucesivas reformas en la legislación de extranjería y los más que cuestionables desarrollos reglamentarios sucesivos, han ido dejando no sólo importantes lagunas, sino, lo que es más grave, evidentes contradicciones en el trato a estos menores.

Nos encontramos con una materia especialmente sensible a su tratamiento informativo, en la que la confusión del lenguaje es especialmente acusada, con la aparente colisión de lógicas entre la protección y la sanción y con unos sentimientos sociales que pueden ser manejados ante la opinión pública de forma muy ambivalente. De hecho, la misma situación de un grupo de niños o de adolescentes, dependiendo de la forma en que se presente puede despertar sentimientos de compasión, de tolerancia o de rechazo, con la importancia que esto tiene para asentar las iniciativas respetuosas con los derechos humanos.

Según está siendo visualizado el fenómeno de los menores inmigrantes no acompañados, suele existir una demanda que reivindica “mano dura” y expulsión de los menores. Pensamos que ni puede ni debe ser así; el endurecimiento que pretenden algunas autoridades públicas no va a solucionar ni a reconducir las

actuales migraciones ni va a intervenir de forma positiva en la gestión de los flujos migratorios y por el contrario sí va a poner en riesgo el sistema europeo de protección de derechos y las normas constitutivas fundamentales en los derechos humanos, que van a perder credibilidad y al tiempo van a causar todavía más sufrimiento. Ha de primar el reconocimiento de los derechos de los menores sobre políticas coyunturales de frontera: no se puede privar a los menores de edad de su marco jurídico de protección con fundamento en la aplicación de determinadas políticas de extranjería.

En España, no es posible aplicar a los menores la ley de extranjería para expulsarles del territorio nacional. Así, una petición como la del Presidente de Canarias en agosto de 2006, ante al aumento de niños que llegaban a esta Comunidad Autónoma, de promover cambios legislativos para que a los menores inmigrantes que llegan a las islas en cayuco se les aplique la ley de extranjería y no la ley del menor (El País, 19/08/2006) va contra todos los parámetros de protección de los derechos de los menores de los que la comunidad internacional se ha dotado. El argumento no ha vuelto a ser repetido, quizá por su contradicción con el orden jurídico, pero sí se ha vuelto a insistir en la utilización de la repatriación de menores aunque la familia del menor no haya sido localizada, argumentando criterios de oportunidad ante la dificultad de localizar a las familias o que “éstas no quieren que sus hijos regresen” (El País, 21/09/2006).

Es cierto que en la práctica la autoridad gubernativa prioriza el control de fronteras y, por tanto, la condición de inmigrantes irregulares para los menores extranjeros no acompañados. Y esto es así, hasta el punto de que en determinados momentos se ha llegado a considerar como menores emancipados a todos los menores extranjeros no acompañados mayores de dieciséis años, según la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2003. Esta instrucción, titulada “Sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurre la situación jurídica de desamparo”, en la que con un lenguaje que suena a aquello de “famélica legión” se enfatiza la necesidad de frenar la “avalancha de menores de edad e indocumentados que acceden ilegalmente” a España, revisa el concepto de desamparo, no por la vía de la mayoría de edad que, como no podía ser menos, acepta que se alcanza a los dieciocho años, sino acudiendo a la figura de la emancipación, y es que tras discurrir por los vericuetos de la capacidad de obrar, concluye: “En definitiva, respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta”.

Esto implica, según la instrucción, que: (1) la menor edad sin asistencia no necesariamente implica desamparo; (2) la declaración de desamparo nunca puede ser automática pues sólo puede serlo a conclusión del expediente administrativo; (3) aunque no lo diga expresamente la instrucción que, al no ser automática, mientras pende el expediente administrativo, el menor no está desamparado, ni tutelado. De estas premisas concluye exigiendo a los fiscales que: (1) los extranjeros menores de edad que sean interceptados por las autoridades españolas en el acto de entrada ilegal, deben ser retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible; (2) caso no sea posible el retorno en las 48 horas inmediatas a la detención, el fiscal solicitará del Juez de Menores que autorice el internamiento en un centro de menores.

Llegados a este punto, nos vamos a permitir recordar lo que hace dos años antes decía la Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2001 (sosteniendo todo lo contrario de la Instrucción 3/2003), donde al tratar de “El Ministerio Fiscal y los Menores Extranjeros”, aclaraba: “Cabe preguntarse, sin embargo, si es posible considerar emancipado a un menor de 18 años en virtud de una causa diversa de la mayoría de edad. Es preciso recordar aquí nuevamente que la capacidad y el estado civil se rigen por la ley nacional del sujeto y que no cabe, por tanto, considerar sin más como emancipado al menor extranjero que vive independiente con el consentimiento paterno. Por ello, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de 18 años conforme a su ley personal, habrá

que reputarlo como menor a todos los efectos”.

Frente a la Instrucción 3/2003, regulación que toma como regla general el principio de la expulsión frente a la protección del menor, y en aplicación de los criterios legales e internacionales, debemos resaltar que la actual Instrucción 6/2004, de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, ordena como principio básico de la actuación de la Fiscalía el respeto a los derechos fundamentales del menor, al interés superior de estos y velar por la integridad física y psíquica del menor. El punto quinto de las pautas que se dan a los fiscales, desde la Instrucción 6/2004, dice “la repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de la permanencia en nuestro país”.

Esta declaración de la Fiscalía, en nuestra evaluación, es la única posible en el actual marco jurídico. Es artículo 92 del vigente Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2392/2004) establece que, cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tengan conocimiento o localicen en territorio español a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informarán 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. El primer párrafo del artículo 92 insiste, aún, en el estatuto de protección que asiste a los menores de edad que se encuentren en territorio español y además el segundo párrafo establece que cuando se haya determinado la edad y se haya verificado que es menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios de protección de menores. En definitiva, la disposición reglamentaria acoge la declaración que bajo el epígrafe “Residencia de Menores” se contiene en el artículo 35 de la vigente Ley de Extranjería.

No hay duda, por tanto, sobre el estatuto que protege al menor. El principio básico, así, es la puesta a disposición de los servicios de protección de menores. La repatriación, por tanto, será posible, únicamente, de acuerdo con el principio del interés superior del menor y cuando se den 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”. Con esta regulación se trata de evitar que la repatriación para la reagrupación familiar se convierta en una expulsión de hecho. La salida de un menor extranjero de España, así, sólo puede tener como objetivo la reagrupación del menor con su familia, bien a su país de origen o a aquel donde se encuentren sus familiares, o para ser tutelado por los servicios de protección de su país de origen. Estamos, de hecho, delante de un derecho para el menor extranjero, que ha de ser evaluado con parámetros fundamentados en el principio del interés superior del menor, y en ninguna ocasión ante una sanción de expulsión.

En síntesis, la nueva redacción reglamentaria establece una mayor cautela para asegurar que el objetivo fundamental de la repatriación del menor, sea el interés superior del mismo, frente a cualquier otro interés que pueda concurrir, o sea, ha de buscarse que efectivamente se garantice que la finalidad de la repatriación del menor a su país de origen sea para los fines de protección y, por esto, se exige que exista un informe de los servicios de protección de menores, que lógicamente debe fundamentarse en el interés superior del menor, y exige también “haber oído al menor” (párrafo primero del apartado cuarto del artículo 92 del Reglamento de Extranjería): es importante que, para valorar ese interés en la reunificación familiar, el regreso se haga de forma voluntaria y que los menores sean ampliamente informados, consultados y oídos a lo largo de todo el proceso en el que se puede acordar su repatriación. En definitiva, se trata de evitar la expulsión por la vía de hecho, buscándose que la repatriación del menor sea en su propio interés para reagruparse familiarmente o para ser tutelado por los servicios de protección de menores de su país, evitando las “expulsiones encubiertas”.

4. Donde quiebra la protección: la devolución en frontera

La entrega del menor en la repatriación debería de hacerse, para garantizar su integridad, bien a su familia o bien a los servicios de protección de menores de su país. En el Informe de la relatora especial de Naciones Unidas de 14 de enero de 2004, emitido de conformidad con la Resolución 46/2003 de la Comisión de Derechos Humanos, sin embargo, la relatora observó que en España existía un gran número de menores no acompañados “algunos de los cuales se alojan en centros de acogida y otros se encuentran en la calle” y mostró su preocupación por la forma en la que en ese período se estaban llevando a cabo algunas “reagrupaciones familiares”, en las que se entregaba el menor a la policía marroquí sin la presencia de familia ni servicios sociales, lo que hace que estas reagrupaciones se interpreten, de hecho, como verdaderas expulsiones. Muchos de estos menores, informó la relatora, habían sido objeto de malos tratos por parte de la policía.

La tendencia a asegurar la efectiva protección del menor, que incluso llega a establecer la necesidad de verificar que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, en el artículo 92 del Reglamento, se quiebra cuando se establece que la forma de ejecutarse la repatriación será mediante su entrega a las autoridades de fronteras del país a que se repatría. Como ejemplo del mal causado por ésta repatriación, se puede constatar la situación actual en la que se encuentra un gran número de menores “devueltos” a Marruecos en el Puerto de Tánger, donde existe un colectivo de niños sin ningún tipo de protección abandonados a su suerte, viviendo de la mendicidad, de la prostitución o del delito y que intentan pasar la frontera en los bajos de los camiones con un grave peligro para su vida, como señala Carlos Nieto (2007). Además, esta obligación de entrega a las autoridades de frontera, y no a los servicios de protección de menores, es contradictoria con el contenido del Reglamento, que excluye la repatriación cuando se haya verificado riesgo o peligro para la integridad del menor.

De hecho, como señala Jiménez Álvarez (2007), en los últimos años (2000-2006) la realidad es bien distinta del objetivo del Reglamento. A grandes rasgos y sin ánimo de que seamos exhaustivos, podemos enumerar una serie de elementos comunes en estas reagrupaciones: (1) el menor no es escuchado, ni su opinión tenida en cuenta, y las reagrupaciones se llevan a cabo sin informar a los menores ni sus familias; (2) la decisión es tomada de forma discrecional, ya que no se lleva a cabo el pertinente informe social para evaluar la situación; (3) la policía viola el domicilio del menor al entrar de madrugada en los centros de acogida para llevárselos directamente al puerto o al aeropuerto; (4) los menores quedan en absoluta desprotección en su país, algunos vuelven a intentar emigrar y terminan en la calle; (5) la situación familiar no es documentada; (6) los menores son entregados a la policía de frontera.

Además, en el año de 2003 entra en vigor la Ley 02.03, de 11 de noviembre, en Marruecos, relativa a la migración irregular. Esta ley sanciona la migración clandestina sin distinguir los menores de los adultos. Producen perplejidad, de hecho, las sanciones previstas contra los inmigrantes irregulares arrestados en Marruecos y los que intentan el *ahrig* hacia Europa. Así y según el artículo 50 de la Ley, se castiga con una multa de 2.000 a 10.000 dirhams y uno a seis meses de prisión, o sólo una de estas penas, sin perjuicio de las disposiciones del Código Penal aplicables en la materia, a toda persona que abandone el territorio marroquí de forma o se introduzca en él de manera clandestina. A los menores reagrupados se les aplica esta ley y ellos son enviados por el procurador del rey al juez, que los juzga y en ocasiones los emplaza a los centros de salvaguarda - que son centros de reforma - o se les sanciona con una multa.

Durante la vigencia de la Instrucción 3/2003 en España, se excluyó a los menores de origen marroquí mayores de dieciséis años de los sistemas de protección, con la devolución inmediata en frontera. Es decir, la aplicación de esta Instrucción impidió el acceso al sistema de protección de estos menores, sosteniéndose que ellos estaban “emancipados de hecho”, o sea, el hecho de emigrar los convertía en “adultos” antes de tiempo. Muchos menores eran

devueltos sin ninguna garantía, después de una intervención del Ministerio Fiscal que valoraba la conveniencia de la devolución sin ver al menor y calculando una edad ficticia, no inferior a dieciséis años, con deficitarios procedimientos como es la prueba oseométrica. Estos menores no eran oídos, eran devueltos en 48 horas y entregados a las autoridades fronterizas marroquíes, sin ningún tipo de intervención previa para conocer la situación familiar del menor. Según datos oficiales algunos retornos se han hecho por una “vía rápida”, cuando muchos menores pasaron entre uno y tres días en la comisaría y fueron abandonados a su suerte, algunos a más de 1.000 Km de sus casas, ya que una gran parte de los menores inmigrantes son originarios del Sur de Marruecos (Kelaa Sragha y Beni Mellal).

Como señalamos, las repatriaciones deben tener como fin único salvaguardar el interés superior del menor. ¿Pero qué ocurre cuando el menor es maltratado por sus padres en el país de origen? ¿Si el menor tras una llamada “reagrupación familiar” termina en la calle sin ninguna relación con su familia? ¿Qué ocurre si en su familia los padres son incapaces de ejercer un cuidado efectivo o si la situación familiar es tan precaria que no se pueden garantizar las necesidades básicas? No parece que estas acciones salvaguarden el interés superior del menor; sin embargo, ocurren habitualmente.

Veamos un ejemplo:

“El 16 de noviembre la policía llegó al centro a las 6.30 de la mañana. Me llevaron a la comisaría. No me dio tiempo a desayunar ni a coger mis cosas. Nos llevaron directamente al aeropuerto. A mí me llevaron a Casablanca, a pesar de que yo decía que era de Tánger una y otra vez. Más de una vez dije que quería ir a Tánger y no a Casablanca, sin embargo me llevaron a Casablanca. Allí estuve 24 horas detenido en una celda con adultos y no comí ni bebí. Tenía mucho miedo. Intenté localizar a mi familia pero la policía marroquí me dijo que ellos no tenían que llamar a mi familia, y me dijeron: ‘¿Tú te crees que nosotros somos tu padre?’. Me llevaron a un centro a las afueras de Casablanca y me dijeron que el lunes me llevarían a un juicio. Le pedí un teléfono móvil a un chico que estaba conmigo en el centro y llamé a mi madre. Como yo no sabía dónde estaba el centro no supe decírselo a mi madre. Mi madre bajó a Casablanca y fue a la policía que no le dio ningún dato sobre donde estaba yo. Mi madre me localizó tres días después y me fui con ella Tánger. No entiendo nada” (testimonio de un menor reagrupado desde Madrid, noviembre de 2005).

En síntesis, como ya señalamos, es gran la diferencia que hay entre el derecho formal y la realidad. Un ejemplo muy concreto de la distancia entre la situación jurídica del menor extranjero en España y la realidad, aún, es la previsión que se incumple o cumple deficientemente en algunos expedientes de repatriación. El menor debe ser oído en el momento de incoar el expediente pero también en el momento inmediatamente anterior a hacer efectiva la repatriación pues suele ocurrir que el procedimiento se dilate durante unos meses y puede suceder que las circunstancias del menor, de hecho, hayan variado.

Otro problema común en este contencioso ley-realidad es lo que suele ocurrir en torno de la determinación de la edad de los menores indocumentados que no han cometido infracción alguna y a los que dependiendo de su consideración como mayor o menor se dará una u otra solución: si es mayor, habrá que estudiar su situación en España y ver si procede acordar la expulsión o no; si se trata de un menor, como no cabe esta disyuntiva, habrá de ser derivado a los servicios de protección que se encargarán de su cuidado en tanto se tramita el expediente. Pero como no hay documentación, la edad ha de determinarse acudiendo a otro tipo de pruebas, que son fundamentalmente las radiografías de la muñeca (prueba oseométrica), los estudios de dentición, el examen de madurez, etc. La cuestión es que todas estas pruebas reflejan edades, y como tal con márgenes que oscilan meses y a veces años, de forma que no hemos resuelto el

problema, pues un menor puede en algunas circunstancias ser confundido con un mayor.

5. Efectividad de la tutela de los derechos de los menores: algunas decisiones judiciales

Varias son las perspectivas que nos permite desde la Administración de Justicia contemplar a los menores inmigrantes. Un texto especialmente importante es el texto del preámbulo de la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Administración de Justicia que fue aprobada por todos los Grupos Parlamentarios de las Cortes Generales Españolas el 16 de abril de 2002: “La segunda parte de la Carta se centra en la necesidad de prestar una especial atención y cuidado en la relación de la Administración de Justicia con aquellos ciudadanos que se encuentran más desprotegidos. En primer lugar, la víctima del delito, sobre todo en los supuestos de violencia doméstica y de género. En segundo término, los menores de edad para evitar que se vea afectado su desarrollo evolutivo. En tercer lugar las personas que sufran una discapacidad sensorial, física o psíquica, para superar los problemas de comunicación y acceso a los edificios judiciales. Finalmente los extranjeros inmigrantes en España a quienes se debe asegurar la aplicación de los principios y derechos reconocidos en esta Carta”. De hecho, se trata de un paso significativo e importante por ser de los primeros que expresamente se ocupan de la atribución y reconocimiento de derechos para los “justiciables más desprotegidos”, incluso menores y extranjeros inmigrantes.

Un problema que finalmente ha llegado a la jurisdicción es planteado desde el artículo 35 de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y el párrafo quinto del artículo 92 del Reglamento de Extranjería. El artículo de la Ley está enunciado como “Residencia de Menores” y establece que se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una administración pública una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen y que “verificado lo anterior, se le otorgará un permiso de residencia cuyos efectos se retrotraerán al momento en el que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”. El reglamento establece que, transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere la ley.

Los pronunciamientos judiciales recientes están resolviendo en el sentido de impedir las repatriaciones de menores cuando éstas no son acordadas en interés del menor sino como una forma de expulsión sin ninguna cobertura jurídica. Muchas resoluciones judiciales han suspendido la ejecución de resoluciones administrativas que acordaban la repatriación. La tendencia de recurrir a la expulsión de menores por parte de algunas administraciones públicas está siendo corregida por muchas resoluciones judiciales que están situando la tutela de los derechos de los menores en el núcleo del debate y acordando la suspensión de expedientes administrativos de repatriación por no cumplir el fin de protección que necesariamente debería estar intrínseco en la propia medida.

Algunos ejemplos:

El Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n. 15 de Madrid de fecha 20 de junio de 2006, resuelve en este sentido y afirma que la repatriación al país de origen del menor afecta de modo directo e inmediato a su esfera personal y que como la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor no sólo contempla el derecho que el menor tiene de ser oído en todo proceso, sino también que se garantice que pueda ejercitar los derechos por él mismo o a través de la persona que designe para que lo represente, su interés resulta contrapuesto con el de las instituciones públicas y que “por aplicación de lo dispuesto en los arts. 162, 319, 323 y demás concordantes del Código Civil, ningún inconveniente existe para que pueda comparecer por sí ante los Tribunales de Justicia”. En su fundamento cuarto, el Juez considera que la familia no tiene capacidad para velar por la integridad del

menor ni para procurarle cuidado y que “de reagruparlo, viviría una situación de mayor desprotección y vulnerabilidad social”, e insiste que “el conflicto que ahora se pone de manifiesto ha de ser resuelto a favor del menor ya que, como al efecto contempla el art. 92 del Reglamento de Extranjería, la repatriación solamente se acordará si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, y como es de ver, parece que en este caso, con los datos que disponemos, la reagrupación pretendida no resultaría efectiva dado que ninguna garantía se nos ofrece de que la situación que se encuentre a su regreso sea mejor que la que aquí deja”. Es decir: la repatriación no puede convertirse por la vía de hecho en una forma de expulsión de los menores extranjeros y sólo tiene como finalidad la reagrupación familiar, después que un informe técnico aconseje que el interés superior del menor es la vuelta a su país de origen.

También se suspende la ejecución de la repatriación en el Auto de 22 de junio de 2006 del Juzgado Contencioso-Administrativo n. 18 de Madrid en un supuesto en el que el menor se encontraba embarcado en el avión, al no haber sido oído el menor en el trámite de audiencia pudiendo resultar afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En un Auto de 6 de abril de 2006 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n. 14 de Madrid fueran fijados unos parámetros básicos para valorar la posibilidad de la repatriación en un recurso contra la resolución de la Delegación de Gobierno de Madrid en la que se acordaba la repatriación de un menor a Marruecos. En este Auto se acordaba nombrar defensor judicial al menor, por existir conflicto de interés entre el menor y las instituciones de tutela “debiendo primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” y haciendo referencia a la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Finalmente, hacemos mención a la sentencia de 25 de septiembre del 2006 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n. 14 de Madrid que recoge los principios básicos sobre los que ha de asentarse el estatuto protector de los menores de edad. En ésta se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la resolución del Delegado del Gobierno en Madrid en la que se acordaba la repatriación de un menor. Con fundamento en la Convención de Derechos del Niño y en la Ley de Protección Jurídica del Menor la sentencia afirma que “la salida de nuestro país de un menor extranjero no acompañado sólo puede tener como motivo la reagrupación con su familia” entendiendo que la institución de la reagrupación familiar es un derecho para el menor extranjero, “en contraposición a otras medidas previstas en la legislación de extranjería como la expulsión, la devolución o el retorno, que tienen el carácter de verdaderas sanciones administrativas”.

Colocar la repatriación para la reagrupación familiar como un derecho del menor trae para el centro de decisión el principio del interés superior del menor. Este principio es el rector de todas las acciones que se adopten con los menores, afirmándose que la mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria. En todo caso es siempre necesario oír al menor y a su representante legal, dadas las condiciones de edad y madurez del mismo, con las garantías debidas. Tenemos, por tanto, que reconocer el carácter protector del estatuto jurídico del menor, evitando la utilización de una institución de protección como es la reagrupación familiar para convertir ésa de hecho en una expulsión del menor, verdadera sanción administrativa.

6. Conclusiones

El mundo de la protección a la infancia es muy complejo, pero, en ese mundo, no se puede argumentar con dos lógicas diferentes en el debate sobre la titularidad de derechos fundamentales. Sin embargo, los menores, aunque extranjeros e inmigrantes irregulares, tienen en España un único estatuto de protección, que es el que viene dado por las diversas normas nacionales e internacionales de protección a la infancia. En síntesis, la conclusión a que se llega

con esta regulación nacional e internacional es que todo menor en territorio español está protegido por un estatuto jurídico muy claro, que es el que se desarrolla en la Convención de Derechos del Niño y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Por tanto, en materia de menores extranjeros no acompañados ha de priorizarse su carácter de menores de edad y de ser sujetos de protección, frente a su condición de inmigrantes irregulares.

La migración clandestina es un gran problema y la presencia de menores extranjeros en las calles españolas requiere respuestas. Respuestas, sin embargo, dentro del marco jurídico de protección que les reconoce el derecho. Un menor extranjero no acompañado, nacional de tercero país, sólo puede ser devuelto si se considera que la devolución se hace en garantía del interés superior del menor, y todas las demás consideraciones, entre ellas la lucha contra la inmigración ilegal, son secundarias respecto a esto, reconociéndose que hay un principio general que es el de la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. La entrega del menor en la repatriación, por tanto, debería de hacerse, para garantizar su integridad, bien a su familia o bien a los servicios de protección de menores de su país, pero no a las autoridades de frontera.

Consecuentemente, la práctica de la autoridad gubernativa que prioriza el control de fronteras y, por tanto, la condición de inmigrantes irregulares de esos menores, tomando como regla general el principio de la expulsión frente a la protección del menor afronta normas nacionales e internacionales de protección a la infancia, y, sobretodo, afronta el sistema constitucional español y el propio concepto de civilización y de progreso ético y moral de la humanidad que ha hecho que la protección de los derechos de la infancia sea universal y que los menores deban ser protegidos en cualquier país del mundo independientemente de su nacionalidad.

Es muy importante, por tanto, colocar en el lugar central de las decisiones el principio del interés superior del menor, que se están recogiendo recientemente en varias resoluciones judiciales para controlar decisiones de algunas administraciones públicas que intentan convertir figuras de protección a la infancia en mecanismos de expulsión de menores por la vía de hecho. Hemos de evitar, así, que las políticas coyunturales de fronteras dominen sobre la cultura de los derechos humanos.

Breve reseña de bibliografía

BELGUENDOUZ, A. *L'emigration maghebine vers l'Europe: qui aide qui?* In: *Economie et socialisme*, n. 5, 1987.

CARLOS NIETO, L. Menores y extranjeros: un solo marco jurídico. In: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Los derechos de los menores extranjeros*. Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes*. 2002. Disponible en: <http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/callejon.html>

_____. *Dentro de la casa, fuera de la ley: el abuso de los niños que trabajan como criados domésticos en Marruecos*. 2005. Disponible en: <http://hrw.org/reports/2005/morocco1205>

JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M. Donde quiebra la protección: las reagrupaciones familiares sin garantías. In: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Los derechos de los menores extranjeros*. Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2007.

KAPUSCINSKI, R. *Viajes con Heródoto*. 5.ed. Barcelona, Anagrama, 2006.

SAVE THE CHILDREN. *Menores no acompañados: informe sobre la situación de los menores no acompañados en España*. 2004. Disponible en: <http://www.savethechildren.es/iniinterior.asp?iditem=1237>

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA. *La situació dels menors immigrants sols*. 2006. Disponible en:
http://www.sindic.cat/ficheros/informes/37_Informemenorsimmigratsreduitweb.pdf

* — Juíza do Trabalho (TRT da 15.^a Região), Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito e Doutoranda em Derechos Sociales pela Universidad de Castilla – La Mancha.

** — Juiz do Trabalho (TRT da 2.^a Região) e Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), Especialista em Sociologia e Política, Mestre em Direito e Doutorando em Derechos Sociales pela Universidad de Castilla – La Mancha.

E-mail: rgschwarz@gmail.com

	Índice	
	HOME	