

LA NUEVA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE REPATRIACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero
Profesora Titular Acreditada de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS MENA: 1. Perfil y causas. 2. Regulación.- III. LA REPATRIACIÓN DE LOS MENA EN LA NUEVA LEGISLACIÓN: 1. La localización del menor y consecuentes actuaciones: determinación de la edad (art. 190). 2. Procedimiento de repatriación (arts. 191, 192, 193, 194). 3. La ejecución del procedimiento (art. 195). 4. Aspectos olvidados por el nuevo Reglamento.- IV. OTROS ASPECTOS NOVEDOSOS SOBRE LOS MENA (ARTS. 196, 197 Y 198).- V. GARANTÍAS DEL MENOR FRENTE A LA REPATRIACIÓN.- VI. LA IMPORTANCIA DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE ESTE COLECTIVO.- VII. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVE

Menor; Extranjero; Repatriación; Derechos.

RESUMEN

Los menores son un colectivo especialmente vulnerable, si a ese calificativo añadimos el de extranjero, la vulnerabilidad aumenta, y si a ello sumamos que no están acompañados, la protección requerida es aún mayor. A lo largo de este estudio se pretende analizar no sólo cuándo podemos afirmar que nos encontramos ante un menor extranjero no acompañado, sino cuáles son las consecuencias legislativas que pueden llevar a que dichos menores sean repatriados a sus países de origen o puedan permanecer en España. También se analizará la importancia de proteger sus derechos y garantizar su integración en la sociedad, en el caso de que permanezcan en nuestro país.

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, “*la inmigración es una realidad que está en constante cambio*”, por ello, si queremos obtener resultados dirigidos a solucionar los problemas que se plantean, la normativa debe adaptarse y tender a favorecer la integración de los inmigrantes como garantía exigida consecuencia de la defensa de los derechos humanos.

Podemos considerar a los menores como un colectivo de especial vulnerabilidad. Si a esto añadimos la condición de inmigrante, o extranjero, los problemas se pueden llegar a duplicar. Su inadecuada adaptación al entorno social, carencia de necesidades y el estar, en algunos casos, no acompañados, son todo un conjunto de circunstancias que pueden poner en peligro sus derechos, así como la aparición de una conducta desviada.

Nos podemos encontrar principalmente con dos grupos de menores extranjeros en España, los nacidos en el extranjero y que han entrado en España por reagrupación familiar, y aquellos que lo han hecho solos, es decir, no acompañados. Este último caso es el más problemático. Son los denominados MENA, colectivo en el que centraremos este estudio.

A todos ellos, los motivos que les impulsan a salir de sus países son la pobreza, catástrofes naturales, desestructuración familiar, desprotección institucional, imposibilidad de forjarse un futuro, cambios culturales, políticos, económicos y sociales, etc. En muchos casos son engañados por una visión distorsionada de la realidad, ofrecida por los medios de comunicación, que muestran idílicas condiciones de vida (acceso a una vivienda, bienes materiales, etc.) en otros países como España. Pero la realidad que encuentran es otra totalmente distinta.

II. LOS MENA

Cuando hablamos de menores extranjeros ya estamos haciendo referencia a un colectivo especialmente vulnerable, pero si además esos menores no están acompañados, la vulnerabilidad se acrecienta. Y es que los menores de edad se están convirtiendo, si no lo son ya, en “los nuevos protagonistas de los procesos migratorios”¹.

¹ C. Nieto García, “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, en la obra colectiva *Los derechos de los menores extranjeros*, F. Pantoja García, y L.C. Nieto García (dirs.), Consejo General del Poder Judicial ed., Madrid, 2007, p. 14.

La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, los define como aquellos “menores de 18 años nacionales de países terceros que llegan al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros”.

Pero sin duda alguna, la mejor definición la encontramos en el nuevo Reglamento de extranjería, al que haremos referencia más adelante, donde el nuevo artículo 189 define al menor extranjero no acompañados como el “extranjero menor de dieciocho años que llegue al territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

1. Perfil y causas

La procedencia de los menores, está directamente relacionada con la distancia entre el país de origen y el de acogida, o incluso de circuitos migratorios preestablecidos²; así los países de procedencia mayoritaria de estos menores son Marruecos y Argelia.

El perfil del menor inmigrante no acompañado es³:

- Varón
- 16 años
- Necesidades económicas
- Desconocimiento del idioma
- Necesidades básicas a cubrir: alimentación, alojamiento, vestimenta
- Proviene de contextos de exclusión
- Viven en situaciones de desamparo
- Maltrato familiar
- Motivos económicos (presiones por la familia para conseguir dinero)

² E. Blanes Gómez, “Nuevos retos que plantean los menores extranjeros a la Administración General del Estado”, en la obra colectiva *Nuevos Retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, I. Lázaro González y I. Culebras Llana (coords.), Universidad Pontificia de Comillas ed., Madrid, 2006, p. 105.

³ E. Blanes Gómez, “Nuevos retos que plantean...” *cit.*, y C. Belinchón Sánchez., “Menores extranjeros no acompañados”, ambos en la obra colectiva *Nuevos Retos que plantean...* *cit.*, pp. 106 y 149 respectivamente.

- Actuación de redes institucionalizadas
- Atracción por una falsa imagen de occidente
- Baja formación académica

2. Regulación

En cuanto a la regulación, hemos de tener en cuenta que de toda ella se desprende una especial protección a los menores, independientemente de su nacionalidad, y subrayando el principio internacional del *interés superior del menor*. Así, tenemos que destacar la siguiente normativa para entender la problemática que más tarde reflejaremos:

- *Nacional:*

a.- Constitución española. El artículo 9.2 CE, establece, consecuencia del reconocimiento de nuestro Estado social, que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política y social”*. Se impone así a los poderes públicos y sus Administraciones, el deber de intervenir para lograr esa igualdad entre los ciudadanos.

Por su parte, el artículo 39 de la CE establece que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*, por lo que, en consecuencia, existe la obligación estatal de cuidarlos y atenderlos sin llevar a cabo ninguna acción que pueda poner en peligro su integridad.

b.- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. Su artículo 1 establece que dicha ley, y sus disposiciones de desarrollo, serán *“de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”*.

Asimismo, debemos destacar el apartado 2 de su artículo 11, donde se recogen los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, que son:

- La supremacía del interés del menor.
- El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.
- Su integración familiar y social.
- La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- Sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor.

- Promover la participación y la solidaridad social.
- La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.

c.- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo artículo 35 regula todo el procedimiento a seguir en caso de localización de un menor extranjero no acompañado, artículo que será el objetivo de esta ponencia. Esta Ley Orgánica ha sido modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, pasando su artículo 35 de 5 a 12 apartados, centrándose la reforma, en la especificación del procedimiento a seguir cuando nos encontramos con un MENA, destacando su derecho a ser oído y el interés superior del menor en todo caso. Asimismo hay que destacar, en primer lugar, el cambio de denominación del artículo 35, que de “residencia de menores”, pasa a denominarse “menores no acompañados”, y en segundo lugar, la mención especial a la integración de los menores, promoviendo el establecimiento de convenios por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto con los países de origen como con ONG's.

d.- El Real Decreto 557/2011, de 22 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009. Este reglamento recoge en el Capítulo III, Menores extranjeros no acompañados, del Título XI, Menores extranjeros, toda una nueva regulación en torno al procedimiento de repatriación de los MENA. Aunque por otro lado, más que grandes novedades legislativas, que las hay, se trata de una reforma dedicada a detallar al máximo todo el procedimiento, dejando claro quiénes son los órganos competentes al respecto (hay que tener en cuenta que el contenido del artículo 92, del anterior reglamento pasa a desarrollarse en diez artículos, del 189 al 198)⁴.

Tal y como se establece en la exposición de motivos del Real Decreto 557/2011, la necesidad de un nuevo reglamento se debe entre otras causas a la evolución del fenómeno migratorio, como en anteriores reformas de la Ley Orgánica de extranjería. De esta forma, se clarifica, simplifica y ordenan procedimientos complejos, con el fin de mejorar su tramitación, estableciendo pautas que favorezcan su agilidad y la seguridad jurídica. Con respecto a los menores extranjeros, se da una gran importancia al

⁴ Este nuevo Reglamento de extranjería deroga el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el anterior Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, en el que se regulaba, en su Título VIII, la figura de los menores extranjeros, destacando el artículo 92 respecto a los MENA, artículo en el que se especificaba el procedimiento al que ya hacía referencia el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, e introducía por primera vez, desde la original aprobación de dicha ley orgánica, el interés superior del menor.

colectivo de los no acompañados, regulando, como hemos comentado antes y como veremos a continuación, en detalle, todo el procedimiento de repatriación de los mismos.

- *Internacional:*

a.- Declaración de los Derechos del niño (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959). De ella debemos destacar al menos su artículo 1 porque quedan reconocidos “(...) *todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia*”. Y su artículo 6, que establece que el niño, “*siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...). La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin establece que todos los derechos enunciados en la Declaración serán familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole*”.

b.- Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Su artículo 1 establece que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Por su parte, el artículo 2 establece que “*Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, independientemente del origen nacional, étnico, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”.

El artículo 3 reza que “(...) *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. Por último destacamos su artículo 20, en el que se reconoce que “*los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*”.

c.- Carta Europea de los Derechos del niño. El *favor minoris* también se resalta en la Carta Europea, al declarar en su punto 15 que “*toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*”. Esta misma disposición, en su inciso final declara que en los procedimientos que afecten al menor deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos del niño.

d.- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone en su artículo 21 que *“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de 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”*.

e.- El Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos de 1996 afirma que *“todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiera, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*.

f.-La Resolución del Consejo la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros impone la obligación de proporcionar *“independientemente de su situación jurídica, la protección necesaria y los cuidados básicos con arreglo a las disposiciones de la legislación nacional”*, y sólo podrá ser devuelto a su país de origen o a otro dispuesto a admitirlo cuando *“a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía”*. Asimismo, establece que la presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados que no tengan la consideración de refugiados debe tener carácter provisional y los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad del menor, con el fin de encontrar, cuando sea posible, a las personas responsables del menor, y de reunirlo con dichas personas.

III. LA REPATRIACIÓN DE LOS MENA EN LA NUEVA LEGISLACIÓN

La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, incluye por primera vez un artículo destinado a los menores extranjeros, cambiando la dirección de la legislación que, si antes tendía a la integración, ahora lo hace a la repatriación o reagrupación familiar.

A raíz de ello, el primer problema que se nos plantea es el de la protección jurídica de este colectivo; es decir, qué normas encontramos que regulen y amparen su situación. Expuesta esta normativa en el apartado anterior,

se nos plantea un nuevo problema, al entrar en conflicto su condición de extranjero con su condición de menor: qué condición debe prevalecer a la hora de regular su situación; sin duda nuestra opinión es aquella que apoya el interés superior del menor⁵ sobre cualquier otro aspecto, sobre cualquier otro interés legítimo. De esta forma, los derechos de un menor, independientemente de su condición de extranjero, inmigrante, situación regular o irregular, deben estar por encima de cualquier política fronteriza. Lo contrario, lejos de beneficiar a este colectivo, lo perjudica, convirtiéndolos, en muchos casos, en menores delincuentes y haciendo que en muchas ocasiones arriesguen su vida en un intento desesperado de entrar en el país (como única esperanza de supervivencia para ellos) con desenlaces fatales, en muchos casos, o devolviéndolos a sus países incumpliendo las garantías exigidas legalmente, como más adelante veremos.

Por primera vez, la Ley Orgánica 4/2000 recoge en el artículo 35, bajo el epígrafe “Menores no acompañados”⁶, los principales aspectos del tratamiento jurídico de los menores no acompañados, y así establece que cuando 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 la atención inmediata que precise, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que tendrá que encargarse de determinar su edad con la colaboración de las instituciones sanitarias oportunas, que realizarán las pruebas necesarias⁷, comenzando así todo un procedimiento, detallado en el artículo, finalizado el cual el menor permanecerá en España cuando la repatriación, primera opción a tener en cuenta, no sea posible por los diferentes motivos que veremos.

Para explicar cómo llegamos a la posibilidad de que se produzca una repatriación, lo primero de todo es ser conscientes de que nos hallamos ante un menor extranjero. Por ello, tenemos que pasar por las siguientes fases recogidas en el nuevo Reglamento de extranjería aprobado por Real Decreto 557/2011.

⁵ El principio del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir también ha sido destacado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras), del Tribunal Supremo (SSTS 1^a 415/2000, de 24 abril, 548/1998, de 11 junio, entre otras) y del TEDH (SSTEDH caso *E. P. contra Italia*, de 16 de noviembre de 1999 y caso *Bronda contra Italia*, de 9 de junio de 1998).

⁶ Antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2009, este artículo se denominaba “Residencia de menores”, denominación que no reflejaba claramente su contenido.

⁷ Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección (artículo 35.5 Ley Orgánica 4/2000).

1. La localización del menor y consecuentes actuaciones: determinación de la edad (art. 190)

El artículo 190 del nuevo Reglamento de extranjería comienza regulando el aspecto de la determinación de la edad del extranjero localizado, introduciendo la primera de las novedades al diferenciar claramente dos supuestos: cuando se conoce sin duda la minoría de edad del extranjero, y cuando existen dudas acerca de su edad. Así, se establece que cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado sobre cuya minoría de edad no existan dudas, por la documentación que aporta o por su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes⁸, y asimismo se comunicará al Ministerio Fiscal. Además, los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

Por otro lado, en el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Destacamos aquí otra novedad importante, que es la especificación de los servicios autonómicos como servicios competentes a este respecto. En este caso, también se debe informar al Ministerio Fiscal, que deberá, en el plazo más breve posible, determinar la edad del extranjero, para lo cual el reglamento establece que las instituciones sanitarias oportunas tienen la obligación de colaborar en este asunto, ayudando a realizar las pruebas necesarias (en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años)⁹.

⁸ Se debe dar comunicación inmediata a la Entidad Pública de Protección de Menores, para: 1. La constancia del hecho. 2. La preasignación de plaza en Centro de ingreso. 3. La prestación de la atención inmediata en aquellos casos en que sea necesaria. Igualmente se le dará traslado al Centro Sanitario concertado, para: 1. La realización de pruebas que permitan determinar la edad del individuo (oseométricas de muñecas, etc.). 2. La obtención de resultados de las placas radiológicas informadas.

⁹ Respecto a la determinación de la edad, según la práctica común, la técnica más usada consiste en realizar una radiografía de los huesos de la muñeca, cuyos resultados se comparan con unas tablas elaboradas a través de estudios estadísticos que reflejan el desarrollo de los huesos a las diferentes edades. Sin embargo, esta técnica es bastante criticada debido a que los resultados implican un margen de error de dos años, por lo general inferior a lo que posteriormente se comprueba, de ahí que muchos extranjeros realmente mayores de edad,

En ambos casos, es decir, tanto si se tiene seguridad de que el extranjero es menor, como si no, se informará de su localización al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre. También se les informará de su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, tal y como debe constar en el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero, decreto que se inscribirá en el Registro de menores no acompañados¹⁰.

oculten su documentación y aleguen ser menores. Ver M^a.D. Adam Muñoz, "La actuación de los poderes públicos en los procesos migratorios de menores", en la obra colectiva *Estudios sobre Derecho de extranjería*, E. Álvarez Conde y E. Pérez Martín (dirs.), Instituto Universitario de Derecho Público ed., Madrid, 2005, pp. 539 ss.

¹⁰ La inscripción se llevará a cabo de conformidad con lo establecido en el artículo 215 del nuevo reglamento:

"Artículo 215. Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

1. En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor. El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los siguientes datos referentes a la identificación de los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal:

- a. Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.
- b. Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor.
- c. Su impresión dactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos.
- d. Fotografía.
- e. Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto.
- f. Centro de acogida o lugar de residencia.
- g. Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle.
- h. Traslados del menor entre Comunidades Autónomas.
- i. Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata.
- j. Fecha de solicitud de la autorización de residencia.
- k. Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia.
- l. Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

2. Los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a través de las Oficinas de Extranjería, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el apartado anterior.

3. Para garantizar la exactitud e integridad del Registro, el Ministerio Fiscal podrá requerir a los Servicios Públicos de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

En esta primera toma de contacto con el menor extranjero, se prevé que el servicio de protección de menores, en el que se le haya puesto a disposición, deberá informarle, “de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste”, del contenido básico del derecho a la protección internacional que ostenta, así como del “procedimiento previsto para su solicitud y de la normativa vigente en materia de protección de menores”. De nuevo, de todo ello debe existir constancia por escrito.

Además de todo lo anterior, se sigue regulando, al igual que en el reglamento anterior que, si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

De todo lo anterior subyace la importancia de que exista una coordinación entre las diferentes instituciones afectadas, por lo que en el reglamento se insta a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración a que adopte las medidas necesarias para impulsar la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados en ese sentido¹¹.

2. Procedimiento de repatriación (arts. 191, 192, 193, 194)

Según el nuevo Reglamento, los “Centros directivos competentes para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado” serán las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno¹² (en cuyo territorio se halle el domicilio del menor), lo que implica que deberán realizar “las actuaciones informativas previas y, en su caso, la incoación, tramitación y resolución del procedimiento” de repatriación.

En este punto, lo primero que habrá que hacer es informarse acerca de cuál es la situación de origen del menor, para lo que se regula la existencia de un modelo tipo, en el que se solicitan, entre otros datos, los relativos a la filiación del menor y a las circunstancias sociales y familiares de su

del Estado, Policías autonómicas, Policías locales, Instituciones Sanitarias y a cualquier otra entidad pública o privada, la remisión de cuantos datos obren en su poder sobre menores extranjeros no acompañados. Dichos datos serán remitidos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para la actualización del Registro”.

¹¹ En definitiva, un Protocolo destinado a “coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación” (art. 190.2 del Reglamento).

¹² Aquellas previstas en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y en los Acuerdos bilaterales suscritos por España sobre la materia.

entorno en el país de origen¹³.

Para ello, la Delegación o Subdelegación del Gobierno solicitará, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, un informe a la representación diplomática del país de origen del menor sobre cuáles son sus circunstancias familiares¹⁴. Si se tratase de un país que no cuenta con representación diplomática en España, el informe será solicitado a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios (a diferencia de lo que establecía el anterior reglamento, en el que se establecía la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores), informando de todo ello a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios. Es muy importante la novedad introducida en este aspecto, al advertir, con el fin de proteger al menor, o así lo entendemos nosotros, que si la representación diplomática del país de origen acuerda sustituir la información sobre la familia del menor, por la relativa a los servicios de protección del menor del país de origen (por entender que será allí donde vaya el menor una vez repatriado, y no con su familia), deberá añadir, por escrito, su compromiso de asumir la responsabilidad sobre el menor.

Además de dicho informe, también se solicitará toda la información disponible del menor a la Administración autonómica donde el menor tenga su domicilio, a la entidad que tenga atribuida su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, así como a la Administración autonómica donde se ubique dicha entidad.

Una vez certificado que nos hallamos ante un menor extranjero no acompañado y que en base a las informaciones recibidas y al interés superior del menor, la mejor opción para él es la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen, el Delegado o Subdelegado de Gobierno competente acordará el comienzo del procedimiento de repatriación del menor (lo que debe ser grabado en la aplicación informática correspondiente). Dicho acuerdo, en el que constará expresamente la identidad del menor y la existencia de informe de las autoridades competentes del país de origen, será notificado inmediatamente al menor¹⁵, al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente

¹³ Para una protección integral del menor, es necesario que pueda ser reconocido con un nombre, apellidos y nacionalidad, por ello se debe utilizar toda diligencia posible a fin de que el menor colabore en su correcta identificación (art. 8 de la Convención de los Derechos del niño).

¹⁴ El período de identificación de las familias dura generalmente, de tres a seis meses.

¹⁵ El menor será informado por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no

su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.

Iniciado el procedimiento de repatriación, el reglamento prevé la posibilidad de que en el plazo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la correspondiente notificación, el menor extranjero, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal puedan formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, *“así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados”*. En el caso de que sea el menor quien quiera formular las alegaciones se prevé que si ha alcanzado la edad de dieciséis años, pueda intervenir por sí mismo o a través del representante que designe, y en caso contrario, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, salvo que teniendo suficiente juicio¹⁶, alegue una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, en cuyo caso se suspendería el procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. En este plazo de diez días, también intervendrá la Delegación o Subdelegación del Gobierno, recabando información no presentada anteriormente sobre la situación del menor en España (*“sobre la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio”*).

Si los hechos alegados en este período resultan ser relevantes para la adopción del acuerdo de repatriación, se acordará la apertura de un periodo de prueba *“por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas sean pertinentes”*.

Incorporados al expediente todos los datos y pruebas, comenzará el trámite de audiencia que finalizará con la resolución del procedimiento. Así, dice el Reglamento que durante la fase de audiencia *“se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación”* (es lo que anteriormente se regulaba como el derecho del menor a ser oído). De todo ello debe quedar constancia escrita, como en los pasos anteriores.

Según el art. 194.2 del Reglamento, *“realizado el trámite de audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España”*. En caso de optar por la primera solución, la resolución debe establecer si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección

comprende o habla el idioma español.

¹⁶ *“Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente”* (art. 193.1 del Reglamento).

del menor de su país de origen (de todo ello quedará constancia en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados). La resolución (de la que cabe la posibilidad de impugnación en vía contencioso-administrativa) deberá ser notificada, en el plazo de diez días, al menor o, en su caso, a su representante, y comunicada al tutor del menor y al Ministerio Fiscal.

También destacamos la novedad relativa a los plazos, contenida en el último inciso del 194, según el cual, el plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento será de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento.

3. La ejecución del procedimiento (art. 195)

Una vez tomada la decisión de repatriar al menor, este será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen¹⁷.

El Reglamento deja claro que la repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país, si bien, si éstos no se hicieran cargo, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos y subsidiariamente, a la Administración General del Estado que se hará cargo del coste de la repatriación.

4. Aspectos olvidados por el nuevo Reglamento

Creemos que es importante hablar no tanto de las novedades introducidas, que son muchas, principalmente en cuanto al detalle con que se regula todo el procedimiento, y que ya hemos visto en el apartado anterior, sino tratar qué aspectos venían recogidos en el anterior reglamento aprobado en el 2004 y, que ahora, han pasado por alto.

a.- Así debemos destacar por un lado el interés superior del menor al que, si bien se hace referencia en los artículos que regulan el procedimiento, apenas parece que se le dé importancia, y ello lo deducimos del hecho de que, como podemos observar a lo largo de todo el articulado, apenas se hace referencia a la posibilidad de que el menor se quede en España, es decir, se parte siempre de que la mejor opción es la repatriación.

¹⁷ *“En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de repatriación, la ejecución de ésta estará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal”* (art. 195.2 del Reglamento).

b.- Por ningún lado aparece la mención de desamparo¹⁸ en la que se encuentra el menor, con todos los problemas que este aspecto generó anteriormente. Nos referimos a las Instrucciones 3/2003 y 6/2004, del Fiscal General del Estado en relación con los menores extranjeros no acompañados¹⁹. Así, mientras la primera (que generó dudas e interpretaciones contradictorias con el principio general de prevalencia del interés superior del menor) sentaba la presunción *iuris tantum* de emancipación de todo menor extranjero mayor de dieciséis años que viviera independiente de sus padres y con el consentimiento de éstos (no pudiendo por tanto ser puesto bajo los servicios de protección de menores, sino correspondiéndole directamente la tramitación de repatriación), la segunda, de 2004, establece que todo aquel que no tenga más de dieciocho años y cuya emancipación no se haya constatado fehacientemente, es menor y por tanto dependiente de los servicios de protección de menores de la correspondiente Comunidad Autónoma, reafirmando así el principio de interés superior del menor.

c.- Una de las ausencias más importantes es la que hace referencia a la decisión de ejecución de la repatriación. El nuevo artículo 195 establece simplemente que esta implicará “*su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen*”. Se olvida así un aspecto esencial, desde nuestro punto de vista, que sí se recogían en el antiguo artículo 92.4: “*No procederá esta medida cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares*” (desarrollaremos este aspecto en el posterior apartado dedicado a las garantías).

d.- Asimismo tampoco se hace referencia (a diferencia de los que se regulaba en el anterior Reglamento) a que, en todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para

¹⁸ Para establecer una definición de desamparo, debemos acudir al artículo 172.1 Código Civil, que en su párrafo segundo define la situación de desamparo como aquella “*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 menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”. Frente a esta generalidad, no nos queda otra opción que acudir a la diferente regulación autonómica, donde encontramos todo un listado de causas que implican desamparo, como el abandono voluntario del menor por su familia, los malos tratos, la ausencia de escolarización, la mala convivencia familiar, drogas, alcohol, etc. *Vid.*, C. Martínez García, “Los sistemas de protección y de reforma. Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados”, en la obra colectiva *Nuevos Retos... cit.*, p. 84.

¹⁹ Instrucción del Fiscal General del Estado 3/2003, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra situación jurídica de desamparo, e Instrucción del Fiscal General del Estado 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

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. Y a que el hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en el artículo correspondiente.

IV. OTROS ASPECTOS NOVEDOSOS SOBRE LOS MENA (ARTS. 196, 197 Y 198)

Si bien ya hemos tratado todo lo referido a la repatriación del menor extranjero no acompañado, el Reglamento recoge otra serie de novedades respecto a este colectivo que no podemos pasar por alto.

Así, en el artículo 196 se regula lo referente a la residencia del menor extranjero no acompañado, para aquellos casos en los que se acredite la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. En esos casos, se procederá a otorgarle la autorización de residencia²⁰ (según lo establecido en el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero). Este procedimiento deberá iniciarse por la Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, comunicando al menor el acuerdo de inicio del procedimiento a través del servicio de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre²¹. Este procedimiento debe quedar resuelto y ser notificado tanto al menor como al Ministerio Fiscal en el plazo de un mes, con el fin de que el representante del menor solicite, en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución, y ante la Oficina de Extranjería correspondiente, la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

Esta autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, si bien se retrotrae su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal

²⁰ La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.

²¹ Se requerirá para ello que se aporte la siguiente documentación: a. Copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, del menor. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción del menor, en vigor. b. Documento acreditativo de que la persona física que interviene en el procedimiento tiene competencia para ello en representación del servicio de protección de menores. c. Documento acreditativo de la relación de tutela legal, custodia, protección provisional o guarda entre el menor y el servicio de protección de menores (art. 196.2 del Reglamento).

por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores, si bien se prevé la posibilidad de renovar dicha autorización por un año más, cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial (salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración).

El artículo 197 regula el acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia. Es decir, qué es lo que sucede cuando el menor alcanza la mayoría de edad siendo titular de una autorización de residencia de las que hemos visto en el apartado anterior. En estos casos el Reglamento prevé la posibilidad de solicitar la renovación de la misma en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento (procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo), con toda una serie de particularidades que se enumeran en el citado artículo al que nos remitimos²². La vigencia de la autorización renovada será de dos años (de nuevo, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración).

Por último, el artículo 198 regula qué sucede en los casos en los que el menor accede a la mayoría de edad no siendo titular de una autorización de residencia. Así se establece la posibilidad, en estos casos, de que el servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, recomiende la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, siempre que, como requisito, el menor haya *“participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social”*. Para ello, junto a la recomendación, el menor ya mayor, deberá presentar la solicitud de autorización durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años, y debe asimismo acreditar toda una serie de aspectos que se recogen en el citado artículo²³.

²² Art. 197.2 y 197.3 del Reglamento: *“(...) particularidades:*

- a. *La cuantía a acreditar como medios económicos para su sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.*
- a. *Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (...).”*

²³ Art. 198.2 del Reglamento: *“(...) habrá de acreditar, alternativamente:*

- a. *Que cuenta con medios económicos suficientes para su sostenimiento, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.*
- b. *Que cuenta con un contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva respecto a los que se reúnen los requisitos establecidos en los apartados b), c), d), e) y f) del*

V. GARANTÍAS DEL MENOR FRENTE A LA REPATRIACIÓN

¿Se dan las suficientes garantías para que este procedimiento de repatriación no implique un mal mayor para el MENA? Las fuentes consultadas nos hacen pensar que no. No existen suficientes garantías sino que, al contrario, se producen constantes violaciones a lo establecido en las normas. Así se vulnera:

1. la garantía de que se oír al menor antes de tomar la decisión de repatriarlo.
2. la mención expresa a que la decisión sobre la repatriación se basará en el principio del interés superior del menor.
3. el hecho de que la repatriación del menor sólo procederá 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 origen²⁴.

En cualquier caso, el interés superior del menor debe primar, y por ello no compartimos que dicho interés sea en todo caso compatible cuando la opción elegida es la repatriación²⁵, ya que dentro de esa opción nos encontramos con dos posibilidades; por un lado la reagrupación familiar, que implica devolver al menor con su familia, o por otro lado, ponerle a disposición de los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos. Es esta última opción, principalmente, la que más nos preocupa, pues en la mayoría de los casos no es compatible con el interés superior del menor. Además, en ambos casos, reagrupación y puesta a disposición de los servicios de protección de menores, no existen suficientes garantías legales tipificadas, ya que tan sólo se establece que una vez tomada la decisión por haberse localizado a la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se pondrá al menor a disposición de las autoridades competentes en el país de origen.

artículo 64.3 de este Reglamento.

- c. *Que reúne los requisitos establecidos en los apartados a), b) c) y d) del artículo 105.3 de este Reglamento de cara al ejercicio de una actividad por cuenta propia. No obstante, la rentabilidad esperada del proyecto deberá ser, como mínimo, una cantidad para garantizar los gastos relativos a su manutención y alojamiento que represente mensualmente el 100% del IPREM."*

²⁴ Asociación pro derechos humanos de Andalucía, *Menores extranjeros no acompañados en Andalucía (MENA). Entre la represión y la protección*, junio, 2006, http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/informemena0606apdh.pdf?package_id=9185

²⁵ Esto implica, en muchos casos, que se rompa con el proceso de escolarización ya iniciado, el programa educativo y de formación profesional de los menores, etc.

Esto nos hace preguntarnos si realmente se toman las medidas necesarias para garantizar que no existe ningún tipo de riesgo para el menor y que la repatriación es la opción más adecuada. Es decir, legalmente parece un procedimiento sencillo, pero la realidad indica que son muchos los problemas subyacentes. Por un lado, se constatan numerosas irregularidades en el desarrollo del procedimiento legal de repatriación: se observa en efecto que numerosas familias no son informadas del procedimiento ni de los detalles de la instrucción, y que a menudo ni se avisa a los padres de la vuelta de su hijo.

Respeto a ello, Amnistía Internacional ha indicado que “la organización espera que realmente se examine de forma individualizada y caso por caso qué garantías efectivas existen de que se va a producir realmente la reagrupación familiar o, en su defecto que se va a entregar al menor a unos servicios de protección (en el país de origen) que realmente van a tener los recursos y medios para acogerlo en condiciones dignas y que el menor no va a ser expuesto a trato cruel, degradante o inhumano ni a violaciones de derechos humanos. De acuerdo con informes recibidos por la organización, en los últimos años se han producido “supuestas” reagrupaciones familiares en las que rara vez los niños llegaban a reunirse con su familia o eran puestos al cuidado de los servicios marroquíes como exigía la legislación nacional o internacional. También ha habido denuncias sobre los presuntos malos tratos infligidos tanto por agentes españoles como por agentes marroquíes en el contexto de las expulsiones²⁶.

Por otro lado, qué debemos entender por “servicios de protección del país de origen”, ¿cualquier autoridad agente, o servicios específicos?, lo que está claro es que en muchos casos los menores son entregados en comisarías de sus países de origen, donde se les deja en libertad iniciando de nuevo su intento de volver a España²⁷. De forma que, como se manifiesta en la siguiente declaración, las garantías son insuficientes:

“... me llevaron a mí y a dos chicos a un centro de Granada... todos teníamos 16 años... pasamos en ese centro cuatro días. Después vino la policía y nos llevó al aeropuerto... nos dieron un papel para firmarlo. Nos metieron en un avión... nos llevaron de Granada a Melilla... y a Beni Enzar. Después nos llevaron a un juez que dijo a la policía que nos acompañara a Kelaa Sragna, pero la policía nos llevó a la estación de autobuses, nos compró los billetes y allí nos dejó... Pienso cada día en volver a intentarlo” (M. R.

²⁶ En Informe: “ESPAÑA: Oportunidades perdidas y mejoras insuficientes en materia de derechos humanos. Recomendaciones de Amnistía Internacional a la reforma del Reglamento de Extranjería.”, Amnesty Internacional- sección España- Diciembre 2004.

²⁷ J. Zapatero Gómez, “Menores. Un solo marco jurídico”, en la obra colectiva *Los derechos de los menores extranjeros*, F. Pantoja García y L. C. Nieto García (dirs.), Consejo General del Poder Judicial ed., Madrid, 2007, pp. 41 y 42.

-agosto-2004)²⁸.

Es decir, ha de garantizarse la finalidad de repatriar al menor con su familia o con los servicios de protección de menores, y esta finalidad es su protección, por lo que es necesario que antes de adoptar la decisión de repatriar al menor, se lleve a cabo no solo un informe por los servicios de protección de menores en España, sino que ese menor sea oído, ya que el regreso debe, en todo caso, hacerse de forma voluntaria, asegurándose que el menor está plenamente informado, consultado y ha sido oído antes de acordar la repatriación. Hay que evitar por tanto, que la repatriación se convierta en una forma de expulsión de los menores extranjeros²⁹.

Lo que está claro es que se nos presentan toda una serie de problemas, porque no es lo mismo el derecho formal que la realidad; la vigencia de las leyes una vez publicadas en el BOE, que su vigencia efectiva. Como ya hemos dicho anteriormente, nos encontramos en la doctrina con opiniones discrepantes en este sentido y así, mientras una parte defiende que la legislación no puede ser un trampolín para justificar la repatriación del menor en todo caso, hay, por otro lado, quien alega que hay que evitar que el sistema de derechos y garantías de la Unión Europea se use de forma fraudulenta para forzar la residencia cuando no sea legalmente procedente, es decir, evitar que la minoría de edad pueda justificar en todo caso la declaración automática de desamparo de un menor.

Por tanto, las políticas de menores extranjeros no deben ir encaminadas tanto a la repatriación del mismo (y menos aun cuando en la mayoría de los casos queda constatada la inutilidad de tal solución ya que los menores, o bien son abandonados en las comisarías de las fronteras o bien intentan, una vez repatriados, volver al país del que fueron expulsados), sino a establecer modos más fiables que determinen la edad de los extranjeros. Si los menores extranjeros mienten, respecto a su edad, cuando llegan a España, es porque no quieren ver como se rompe el sueño que vienen persiguiendo, en muchos casos, y que tanto les ha costado alcanzar. Por ello la legislación debe cambiar en el sentido de establecer medios más fiables para determinar la edad del extranjero y evitar que se comentan errores. Es decir, ante la mala legislación en ese sentido, los menores no deben ser los perjudicados y por ello en caso de duda deben ser considerados como menores y, en cualquier caso, debe primar el interés del menor, interés que la ley convierte en un derecho de los menores. Recordamos así que, según la Ley Orgánica de protección jurídica al menor, 1/1996, *“el interés superior del menor habrá de ser tenido en cuenta por encima*

²⁸ “Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a los menores marroquíes y de los malos tratos sufridos”, *Informe SOS Racismo*, mayo, 2005.

²⁹ L.C. Nieto García, “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, en la obra colectiva *Los derechos de los menores... cit.*, p. 28.

de cualquier otro interés legítimo”, o sea por encima del interés legítimo del Estado español a regular sus flujos migratorios, por ejemplo. En este sentido, recordamos que la protección de los menores es un principio rector consagrado en la Constitución española y que España es parte de la Convención de los Derechos del niño: esa, y no otra, es la base legal actual.

VI. LA IMPORTANCIA DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE ESTE COLECTIVO

Creemos importante hablar de la inserción porque, entre otros motivos, tanto el artículo 197 como el 198 del Reglamento, recogen como pautas para una posible renovación de la residencia “el grado de inserción del solicitante en la sociedad española”, que vendrá determinada, entre otros, “por los siguientes aspectos:

- a. *El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección.*
- b. *El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado.*
- c. *La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes.*
- d. *El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española.*
- e. *La continuidad en los estudios.*
- f. *La existencia de una oferta o contrato de trabajo.*
- g. *La participación en itinerarios de formación”.*

Este colectivo tiene todos los derechos a los que hemos hecho referencia, y por lo tanto, a no sentirse discriminados por su condición de extranjeros. Por ello, la labor social tendente a su integración es de gran importancia. Así, es necesario realizar una intervención directa hacia el menor, comenzando por una fase de acercamiento y confianza y derivándolo después a una residencia o centro de acogida para comenzar a normalizar su situación.

Por ello, la Ley Orgánica 2/2009 introduce modificaciones en relación a la integración de los MENA, estableciendo que, en caso de que permanezcan en España, la integración debe ser el objetivo de las políticas llevadas a cabo por las Administraciones Públicas. Respecto a ello, destacamos tres ideas:

1.- Por un lado el 35.2 de la Ley Orgánica 4/2000, establece que: “Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas

de la situación de los mismos”. Por ello, no podemos dejar de señalar que estamos hablando en este caso de la integración del menor en su país de origen, es decir, una vez repatriado y con el fin de prevenir su emigración.

2.- El apartado 11 del mismo artículo 35 establece que: *“La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados. Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los mismos. Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor”*. A tales efectos, deberá dirigirse al juzgado competente que proceda en función del lugar en que vaya a residir el menor, adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela. El régimen de la tutela será el previsto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- Por su parte, el apartado 12, del artículo 35, regula que *“las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración”*. Por tanto, además de remitirnos a la normativa autonómica, por ser las Comunidades Autónomas quienes tienen competencia sobre la tutela del menor, se impulsa a la integración mediante la posibilidad de adoptar acuerdos con ese fin.

VII. CONCLUSIONES

Tenemos que evitar que se trate el fenómeno de los MENA únicamente en términos de gestión ordenada de los flujos migratorios, desde un prisma de seguridad y de lucha contra la inmigración clandestina, en vez de en base a lo que dispone la Ley. “Hemos olvidado de que se trata de niños y niñas que ciertamente emigran solos para mejorar su calidad de vida y sus perspectivas de futuro, que son niños y niñas dispuestos a arriesgar la vida para alcanzar su objetivo, pero que ante todo son menores de edad en necesidad de protección”³⁰.

Como muestran numerosos estudios, en muchos casos estos menores

³⁰ Asociación pro derechos humanos de Andalucía, *Menores extranjeros no acompañados en Andalucía (MENA). Entre la represión y la protección*, junio, 2006, http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/informemena0606apdh.pdf?package_id=9185

en situación de calle en España no se encontraban en la calle antes de emigrar, ya que en sus países de origen sus familias ejercían bien su función de socialización normalizada. Esto significa que es durante su estancia en España, debido a la falta de acogida o a su ejercicio inadecuado por las autoridades responsables de su integración, cuando estos menores se encuentran sin protección, expuestos a todos los riesgos, aprendiendo a sobrevivir en la calle con el miedo de ser expulsados. Lo que supone que estos niños devueltos se encuentran sólo con sus propios medios para volver a casa, cosa que hacen raramente y suelen permanecer en la calle, sin volver nunca a su casa, y reintentando siempre la travesía. Se acostumbran por otro lado a una vida de marginalidad, que origina esta vuelta forzada, efectuada sin la voluntad del menor o su familia, y sin garantías del respeto de sus derechos más elementales.

Los menores no acompañados procedentes de terceros países representan un grupo particularmente vulnerable que requiere una atención especial y respuestas específicas. Para ello, España debe implementar medidas de protección y regular esta materia siguiendo el recién aprobado Programa de Estocolmo, que diseña las líneas de actuación en materia de justicia e interior para los próximos años. El Programa de Estocolmo (*“Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”*) es un programa multianual para el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión el 2 de noviembre de 2009, para el período 2010-2014, y cuyas prioridades políticas son los intereses y necesidades de los ciudadanos y asegurar el respeto e integridad de las libertades fundamentales, garantizando la seguridad en Europa. En dicho programa, además de los derechos del niño, se hace especial mención a los menores no acompañados, describiéndolos como un grupo particularmente vulnerable y con necesidad de una atención especial y unas respuestas específicas. Así, propone que a nivel europeo, y en relación a estos menores, se preste especial atención a áreas como el intercambio de información, la cooperación con los países de origen, la determinación de la edad de los menores, la identificación y búsqueda de sus familias y las medidas respecto a la introducción ilegal de menores. Para afrontar todo ello y mejorar la situación de estos menores, se deben dar respuestas globales en torno a reformar la legislación en esta materia, combinar la prevención con la protección y asistencia en el retorno de estos menores, y establecer relaciones de cooperación que faciliten las repatriaciones e impidan ulteriores salidas. El programa establece asimismo que en la mayoría de los casos, la mejor opción en relación al interés superior del menor, será la reagrupación y el desarrollo en su entorno, es decir, en su país de origen, dejando de lado (con lo que no estamos muy de acuerdo) cualquier información en relación a las consecuencias positivas, o no, de

permanecer en el país al que han emigrado.

TITLE

THE NEW LEGISLATION ON MINORS REPATRIATION UNACCOMPANIED

SUMMARY

I. INTRODUCTION.- II. THE MENA: 1. Profile and reasons. 2. Regulation.- III. THE REPATRIATION OF THE MENA IN THE NEW LEGISLATION: 1. The location of the minor and consistent actions: determination of the age (art. 190). 2. Procedure of repatriation (arts. 191, 192, 193, 194). 3. The execution of the procedure (art. 195). 4. Aspects forgotten by the new Regulation.- IV. OTHER NEW ASPECTS ON THE MENA (ARTS. 196, 197 and 198).- V. GUARANTEES OF THE MINOR OPPOSITE TO THE REPATRIATION.- VI. THE IMPORTANCE OF THE SOCIAL INTEGRATION OF THIS GROUP.- VII. CONCLUSIONS.

KEYWORDS

Minor; Foreigner; Repatriation; Rights.

ABSTRACT

The minors are a particularly vulnerable group, if that description we add the alien, the vulnerability increases, and if we add that they are unaccompanied, the required protection is even greater. Throughout this study, we examine not only when we can say that we have a minor unaccompanied, also the legislative implications that may lead to these children being repatriated to their original countries or to remain in Spain. It will also analyze the importance of protecting their rights and ensure their integration into society, if they remain in our country.

Fecha de recepción: 10/03/2013 Fecha de aceptación: 25/03/2013.