

La aventura migratoria de los adolescentes

Isabel Lázaro González

migración

La presencia de menores extranjeros no es ya un fenómeno reciente. Y no sólo porque las imágenes recogidas por las distintas televisiones nos hayan acostumbrado a ver, con una naturalidad sobrecogedora, rostros de niños entre los cuerpos hacinados en pequeñas «cáscaras de nuez». Aprendimos primero que viajaban en patera y después en cayuco. Eso sí, esta llegada al territorio español de los jóvenes africanos que viajan solos no supone para ellos el final de su aventura migratoria. Por el contrario, en muchos casos comienza un penoso calvario a causa de la tensión entre el control de fronteras que defiende el Derecho de extranjería y la protección de la infancia y adolescencia a la que nos encontramos comprometidos. El sistema de protección de menores parece volverse impermeable para estos adolescentes recién llegados.

En efecto, no es un fenómeno reciente porque ya hace más de diez años que, en los años noventa, los adolescentes se convierten en sujetos activos de la migración africana hacia Europa. Desde entonces el flujo de menores extranjeros que viajan solos sin ir acompañados de un adulto responsable ha ido aumentando, y ni las normas jurídicas ni el sistema de protección han sido capaces de ofrecer una respuesta eficaz. Por otra parte, mientras se mantenga en el Estrecho la frontera más desigual del mundo y África sea el hogar de la pobreza, la enfermedad y la guerra, la presión migratoria desde el sur seguirá sintiéndose dramáticamente en nuestro país. Y esta presión afectará a niños y adolescentes, en sociedades en las que la migración ocupa un lugar destacado en el horizonte vital de las personas.

Primero vinieron los varones solos. Después las mujeres ocuparon su lugar en la migración aprovechando que las normas eran más benévolas con ellas. Ahora, los niños y adolescentes están sustituyendo al padre y la madre, por los que la familia había apostado anteriormente en su estrategia migratoria. Existe ciertamente en muchos casos una estrategia fami-

*desde hace diez años,
el flujo de menores extranjeros,
que viajan sin ir acompañados
de un adulto responsable,
va en aumento*

liar para apoyar a los miembros de la familia con mayores posibilidades de permanecer con éxito en territorio europeo.

**¿Cuántos, cuáles, de dónde,
por qué...?**

Pero, ¿qué dimensiones tiene la realidad a que nos referimos? ¿Cuántos menores llegan a España en estas condiciones? Si durante el año 2004 se efectuaron 9.917 acogimientos de menores extranjeros no acompañados en España, la cifra desde entonces se ha incrementado notablemente. En el mes de septiembre de 2006 cerca de

900 menores se amontonaban en los centros de acogida de Canarias como consecuencia de la llegada masiva de inmigrantes subsaharianos a las Islas. Como advirtió en septiembre la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales de Canarias, María Luisa Zamora, entre 40 y 50 menores llegaban cada día a la costa, procedentes de Senegal, Malí y Guinea Bissau.

El perfil de los menores se ha ido diversificando. Inicialmente se trataba, sobre todo, de marroquíes entre quince y dieciocho años que venían a España «a buscarse la vida», incluso impulsados en ocasiones por la propia familia. Pero a este grupo se han ido incorporando menores con otras características como la reciente oleada de subsaharianos, los solicitantes de asilo, las niñas en redes de prostitución («niñas invisibles» dicen algunos), ...

Conocer los rasgos que caracterizan esta peculiar migración, conocer a sus protagonistas, las culturas de origen, las causas del desplazamiento, las características de las familias y las sociedades de procedencia, constituye un elemento fundamental para ajustar la respuesta eficaz del sistema.

Pablo Pérez, mercedario y director de un programa para el acogimiento de refugiados e inmigrantes menores y jóvenes no acompañados¹, recoge la

¹ Fray PABLO PÉREZ PÉREZ, «Una acción liberadora: La Merced (o fragmentos de un

experiencia de Omar, uno de sus muchachos. Su testimonio —parecido a otras historias— ayudará a que nos hagamos cargo de lo que está ocurriendo a nuestro lado:

«Primero está la necesidad, la falta de futuro. Después los cantos de sirena, los engaños de las mafias, el País de Jauja que te espera. Hay que organizar el viaje, convencer a la familia para que te permita emanciparte con apenas quince años. No hay dinero. ¿Cómo atravesar media África y cruzar el Estrecho, “ese abrazo de la muerte”? El padre, urgido por un adolescente duro y persistente, hipoteca su casa humilde y vende las pocas pertenencias que pueda tener. El hermano gemelo, entonces, se empeña en seguir los pasos del que tiene más iniciativa y la desgracia se ceba ya en esa familia para los restos. Llegan a Marruecos, donde una funcionaria, tras sacarles el poco dinero que les resta, les dice que estén al día siguiente en el aeropuerto para tomar un avión. Ella estará esperándoles con los billetes y un pase que les permita viajar a España. Como es de suponer, llegado el momento, la bendita funcionaria no aparece, así que hay que conseguir más dinero y optar por las mortales pateras. Con todo el miedo metido en el cuerpo y en el alma, deciden no retroceder y embarcan al amparo de la noche y con los dedos cruzados. En mala hora: esa noche los locos espíritus del mar deciden salir de jarana,

diario)», *Migraciones* 13 (2003), p. 273. Pablo Pérez es Director del Programa La Merced, Casas de Refugiados e Inmigrantes Menores y Jóvenes no Acompañados.

convirtiendo el viaje en un auténtico infierno. Olas de metros hacen de la patera una cáscara de nuez llena de hormiguitas aterrorizadas. Y lo que tantas veces ha sucedido se repite una vez más: la patera se parte en dos, justo por el centro, justo donde viaja el hermano de Omar. El mar tiene buen apetito, pero no es insaciable, así que únicamente devora al gemelo y a varios viajeros más, respetando la vida de otros cuantos, entre ellos la de nuestro amigo, quizá para que pague su atrevimiento con la culpabilidad y la amargura que ya nunca desaparecerán».

La llegada del menor extranjero en estas condiciones obliga a poner en marcha los mecanismos del sistema jurídico, planteando diversas dificultades a las que se hará referencia a continuación.

Determinación de la minoría de edad del extranjero

La primera cuestión a resolver consiste en determinar si efectivamente el inmigrante es menor de edad. Si se trata de un menor, el sistema de protección de menores se pondrá a su servicio; si, por el contrario, ha alcanzado la mayoría, recibirá el trato que se da a los inmigrantes irregulares.

No resulta infrecuente que los menores de los que hablamos lleguen a territorio español sin documentación y sin que se pueda conocer de forma inmediata su identidad y su minoría

de edad. Cuando se da esta circunstancia, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado deben poner al menor bajo la protección de los servicios de protección de menores, que darán al menor la atención inmediata que precise. Pero, además, deben poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho para que disponga la

*como informó en septiembre
pasado la consejera
de Asuntos Sociales,
entre 40 y 50 menores llegan
cada día a Canarias*

determinación de la edad, tarea en la que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas².

En cuanto a los medios diagnósticos de la edad, lo más adecuado consiste en llevar a cabo un triple examen. En primer lugar, un examen físico general, especificando peso y talla del sujeto, biotipo e índice de masa corporal, evolución de signos de maduración sexual y conclusiones del examen médico general, describiendo cualquier signo sugestivo de una condición patológica que pudiera in-

terferir con el ritmo madurativo del menor. En segundo lugar, un estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda. Finalmente, se debe completar con un examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental. Este examen estaría orientado a definir condiciones patológicas que pudieran alterar el ritmo de maduración dental y a valorar el estado de maduración y mineralización dental.

Ante las dificultades de aplicación de las normas, la Fiscalía General del Estado ha clarificado (a través de sus Instrucciones y Circulares) algunos extremos en relación con la determinación de la edad del extranjero, con el fin de orientar la actuación de los Fiscales.

En 2001 aclara una Instrucción que no puede incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y, en particular, aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien cuya mayoría de edad no se haya establecido previamente con las debidas garantías. Determinada la minoría de edad, se proporcionarán al menor las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor, sea español o extranjero³.

² De este modo lo establece la Ley de Extranjería, Ley Orgánica 4/2000, en su artículo 35.1.

³ Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado.

Señala también esta Instrucción, que la Fiscalía debe **obligatoriamente** disponer que se determine la edad del menor y esa determinación no es potestativa. Aunque la Ley no indique cuáles son las instituciones sanitarias oportunas, en la medida de lo posible se procurará recabar la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día. Pese a que la permanencia del menor en un centro sanitario supone su privación de libertad, no es precisa asistencia de abogado.

Como es sabido, las pruebas médicas establecen la edad por aproximación y, por ello, debe presumirse que la edad del sujeto es la inferior de la horquilla que los servicios médicos señalen. Pese a los avances de la ciencia médica, no es posible una gran precisión en la determinación de la edad. En los resultados influyen, además del origen étnico y cultural, el desarrollo hormonal de los sujetos y el diferente desarrollo de cada individuo. El margen de error gira en torno a los dieciocho meses, por lo que los resultados resultan controvertidos. Debe tenerse en cuenta, también, que estos métodos se idearon para el diagnóstico médico, en relación con el estudio de la evolución armónica del crecimiento y no para conocer la edad de un individuo con fines y repercusiones distintas al campo médico.

En julio de 2006 vuelve la Fiscalía sobre la determinación de la edad en una Circular⁴. Los Fiscales deberán velar que la decisión sobre la práctica de las pruebas se adopte tras la consulta de los antecedentes que pudie-

*se proporcionan las medidas
de protección y asistencia
previstas en la ley para
cualquier menor,
sea español o extranjero*

ran existir del presunto menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados. Si en el Registro consta que la prueba ha sido ya practicada, deberá prescindirse de una nueva prueba. Sin embargo, cuando en la documentación presentada se encuentren indicios de falsedad, cabrá autorizar la práctica de la prueba. Si

⁴ Esta Circular 2/2006, de 27 de julio, responde a las Recomendaciones con las que el Defensor del Pueblo acompaña su Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, publicado en septiembre de 2005. El Defensor recomendaba al Fiscal General que se dictara una Instrucción estableciendo que, cuando existieran dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los Fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes, emitieran una resolución motivada en la que de manera expresa determinaran la edad del menor a todos los efectos.

el menor extranjero es, por sus características físicas, indudablemente menor de edad, no será necesario realizar con carácter urgente las pruebas previstas.

Finalmente, añade la Circular que, practicadas las pruebas, el Fiscal deberá dictar la correspondiente resolución motivada en la que determine si

*el margen de error
en la determinación
de la edad gira en torno
a los dieciocho meses*

la persona afectada debe ser considerada como menor de edad, pero esta resolución tendrá efectos provisionales sin suponer una resolución definitiva sobre la edad.

Situación de desamparo y sobrecarga administrativa

Cuando un menor, cualquiera que sea su nacionalidad, se encuentra solo en territorio español y carece de la asistencia moral o material de un adulto responsable, se debe declarar su desamparo⁵. La declaración de

⁵ El artículo 172.1 del Código Civil, en su párrafo segundo, considera como situación

desamparo —que se efectúa a través de una resolución administrativa— supone la asunción automática de la tutela del menor por la Administración Autonómica. Sólo cuando se ha declarado el desamparo, se proporciona al menor la protección prevista por las leyes para los tutelados.

Algunas Comunidades Autónomas se encuentran desbordadas ante la llegada de menores extranjeros no acompañados. La situación de estos menores es de desamparo, ya que se encuentran solos y sus padres o tutores no ejercen sobre ellos los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de menores; en términos legales, están privados de la necesaria asistencia moral o material. Si la Entidad Pública declarara el desamparo, los menores extranjeros entrarían automáticamente en el sistema de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Corresponde a la Comunidad Autónoma tanto la responsabilidad en

de desamparo «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Cada Comunidad Autónoma ha definido qué situaciones determinan la declaración de desamparo en sus respectivas leyes de protección de menores, situaciones que vienen a ser una concreción de la genérica definición del Código Civil.

cuanto al funcionamiento del sistema de protección de menores, como declarar el desamparo y, por tanto, la entrada de los menores en el sistema. A causa de esa responsabilidad respecto al sistema de protección en su conjunto y del temor a su sobrecarga, tanto la Fiscalía General del Estado como las Comunidades Autónomas han intentado evitar la declaración de desamparo por varias vías.

Emancipación del menor

Por ejemplo, se ha utilizado el argumento de la emancipación del menor. Partiendo de que la emancipación habilita al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuera mayor, la Instrucción 3/2003 retorcía el argumento para evitar dotar al menor de la protección que otorga el Derecho español a los menores cuya situación de desamparo ha sido declarada. Decía el Fiscal General: *«De acuerdo con esta idea, los menores de edad extranjeros podrán beneficiarse de las normas de protección de menores en tanto carezcan de la capacidad civil de obrar, esto es, siempre que sean menores de dieciocho años y no puedan entenderse emancipados. Carecería de sentido que las entidades públicas de protección no pudieran intervenir sobre los españoles mayores de dieciséis años que, con consentimiento expreso o presunto de sus padres, tengan un trabajo remunerado por cuenta ajena [vid. art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores], viven de forma inde-*

pendiente (art. 319 CC), o incluso, habiendo contraído matrimonio, tienen su propia familia (art. 316 CC) y, sin embargo, estuvieran obligados a hacerlo sobre los extranjeros que se hallen en las mismas condiciones personales. 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». En caso de que el menor se encuentre emancipado, la Administración no está obligada a declarar el desamparo y, en consecuencia, a asumir la tutela automática.

Pero el razonamiento de la Fiscalía parte de un error. La emancipación —como la minoría de edad— se ajusta a la ley de la nacionalidad del sujeto y, por tanto, no cabe aplicar sin más el Código Civil español, sino que es preciso examinar si el Derecho de la nacionalidad del extranjero contempla la emancipación y si, en la situación concreta, el menor se encuentra emancipado⁶.

Ante las posiciones fuertemente críticas que manifestaban informes remi-

⁶ S. Adroher Biosca lleva a cabo un interesante y breve análisis de la normativa marroquí al respecto en «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», que se contiene en I. E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. V. MAYORAL NARROS (coords.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Serie V, Documentos de Trabajo 43, Madrid, 2003, pp. 259-282, especialmente pp. 267-269.

tidos por diversas instituciones y atendiendo a los resultados de la aplicación de esta Instrucción, la Fiscalía General del Estado decidió dejarla sin efecto en 2004⁷, presumiéndose a partir de entonces, mientras no se probara lo contrario, la minoría de edad de todo extranjero que no hubiera cumplido los dieciocho años y reputándolo menor a todos los efec-

*si la Entidad Pública declarara
el desamparo, los menores
extranjeros entrarían
automáticamente en el sistema
de protección de menores
de la Comunidad Autónoma
correspondiente*

tos en tanto no quedara acreditado fehacientemente que se encontraba emancipado.

Guarda sin tutela

Con la misma finalidad de evitar la declaración de desamparo se han seguido otras prácticas que merecen duras críticas. Algunas Comunidades Autónomas han aconsejado a sus Servicios de Protección del Menor que no declarasen el desamparo de menores extranjeros no acompañados

cuando éstos entrasen en sus respectivos sistemas de protección⁸. Cuando no se evitaba la declaración de desamparo considerando al menor emancipado, se ha llegado incluso a recomendar que, en lugar de la tutela, se asumiera únicamente la guarda del menor con el argumento de que la Comunidad Autónoma sólo es un paso temporal para los menores en su migración a través de España o de Europa.

Sin embargo, la falta de declaración de desamparo, con la consiguiente asunción de la tutela por la Comunidad Autónoma, perjudica seriamente —como veremos a continuación— el derecho del menor a recibir una protección integral de los poderes públicos.

Desamparo

No hay duda de que la situación en la que se encuentran estos menores corresponde al desamparo. Resulta claro que las personas que deberían cuidarlos no lo están haciendo, como demuestra el hecho de permitir, alentar, no saber o no poder impedir que el menor se esconda en los bajos de un camión o se embarque en una patera. El abandono y la necesidad de asistencia moral o material no dependen, por otra parte, de que el menor quiera o no ser atendido o de que aban-

⁷ Instrucción 6/2004.

⁸ Así lo ha denunciado *Save the Children* en su Informe de 2004, p. 11.

done una o varias veces el centro de protección en el que se encontraba⁹.

Dada la situación de desamparo, las Administraciones competentes en las distintas Comunidades Autónomas deben asumir la tutela del menor de forma inmediata, mientras se estudia la realidad del menor y de su núcleo familiar de origen. Debe evitarse, además, que esta fase de estudio de su situación suponga en la práctica la privación de acceso a recursos socio-educativos y a la formación laboral¹⁰.

Una salida, la «vuelta a casa»

No cabe la expulsión, la devolución o el retorno de los menores extranjeros no acompañados; el menor extranjero no puede ser sancionado con la salida del territorio español por ninguna de estas vías que pueden imponerse a los adultos.

Conforme al punto de partida que asume la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

⁹ E. ARCE JIMÉNEZ, «Menores extranjeros no acompañados», en I. E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. CULEBRAS LLANA (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, IV Jornadas de Derecho de los Menores, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas y Fundación SEUR, 2006, p. 127.

¹⁰ Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los menores no acompañados, octubre 2006.

de que el lugar más adecuado para un menor se encuentra junto a sus padres, la Ley de Extranjería propone como iniciativa prioritaria ante los menores extranjeros no acompañados la «reagrupación familiar en origen»¹¹. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

No debe considerarse, sin embargo, que la repatriación sea un objetivo absoluto que deba perseguirse a toda costa, sino que entran en juego otros intereses como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor. A juicio de la Fiscalía —en su Instrucción 6/2004—, el juego de esos otros intereses puede hacer que la balanza del interés superior del menor se in-

¹¹ El 20 de diciembre de 2005 el Pleno del Congreso de los Diputados acordó una Proposición no de Ley relativa al reagrupamiento familiar de los menores extranjeros localizados en España. La Proposición pone de manifiesto que la repatriación de los menores con el fin de su efectiva reagrupación familiar en el país de origen debe ser la respuesta prioritaria, pero que no debe procederse a la repatriación a cualquier precio: su marco —y límite— se encuentra en el respeto a los derechos y libertades de los menores.

cline finalmente a favor de su permanencia en nuestro país.

Para que la repatriación sea posible es necesario que sea localizada la familia del menor o, en su defecto, que se hagan cargo del menor los servicios de protección de menores de su país de origen y que se verifique que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares.

Debe valorarse también la situación en la que se encuentra el menor en España. Conforme al Reglamento de Extranjería, el órgano de la Comunidad Autónoma encargado de la tutela del menor facilitará a la Delegación del Gobierno cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio y pondrá en su conocimiento las gestiones que hayan podido realizar para localizar a la familia del menor. Por su parte, la Delegación del Gobierno o las Subdelegaciones del Gobierno solicitarán de la Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las embajadas y los consulados correspondientes, para localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen responsables de ellos.

En numerosas ocasiones, tanto la Delegación del Gobierno como la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma,

se colocan en una posición pasiva respecto de la evaluación que permite adoptar adecuadamente la decisión de repatriar. Mientras los representantes de la Delegación del Gobierno no se consideran competentes para evaluar la repatriación y dicen limitarse a llevar adelante la petición hecha por el tutor, la Entidad Pública, que elabora el informe que podría o debería resultar determinante para tomar una decisión acertada, no quiere pronunciarse sobre la situación familiar en el país de origen, el grado de integración en el centro de protección, etc.

Entre las «Reglas de buena práctica para el ejercicio profesional» que acompañan al *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España* del Defensor del Pueblo (2005), esta Institución incluye el deber del abogado de exigir a la Administración que se informe sobre la familia y, en su defecto, sobre los servicios de protección del país al que podría repatriarse al menor. Además, añade, «si hubo anteriormente una repatriación fallida, el letrado se opondrá a que se lleve a efecto una nueva repatriación, dada su previsible ineficacia si no han variado las circunstancias».

Un aspecto esencial en el proceso de repatriación es la audiencia del menor. Para garantizar la regularidad del proceso de repatriación, se exige que el menor sea oído. Denuncia en un Informe *Save the Children* que «no se conoció de ningún menor que haya si-

do entrevistado o recibido por alguna Delegación de Gobierno. A lo sumo, los niños tienen la oportunidad de ser "oídos" en la elaboración del expediente que su tutor envía a la Delegación (como parte del proceso de evaluación de la repatriación). Así la participación del menor depende únicamente de la voluntad de los Servicios de Protección de informar y solicitar al menor su opinión».

*con el fin de evitar
la declaración de desamparo
del inmigrante menor
y la consiguiente obligación
de aplicarle el sistema de
protección, se han seguido
algunas prácticas
muy criticables*

Por otra parte, advierte el Defensor del Pueblo de que el derecho se garantiza no sólo con preguntarle al niño su opinión, sino que incluye el derecho a ser informado sobre sus derechos, las circunstancias en las que se encuentra, las decisiones que respecto a él pueden ser acordadas y sobre los medios y vías de recurso con las que se cuenta. Supone ofrecer al menor la oportunidad de manifestar «libremente» su opinión, opinión que debe ser respetada y sopesada con seriedad, pues su participación no debe ser meramente simbólica, sino que ha

de estar dirigida a determinar opiniones representativas¹².

Acordada la repatriación, la resolución debe ser notificada al menor, informándole de los recursos que caben contra la misma; sólo así se actúa de conformidad con la relevancia de este acuerdo respecto de su persona y con su derecho a recibir de las Administraciones Públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos.

Otra salida, quedarse

Al menor extranjero, cuyo desamparo se haya declarado en España y se encuentre sometido a tutela administrativa, la Administración Pública debe facilitarle la documentación acreditativa de su situación. Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que estén bajo la tutela de una Administración Pública. Pero es preciso solicitar autorización de residencia, y presentar la solicitud corresponde al organismo de la Administración autonómica que ejerce la tutela.

¹² Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España, 2005. En la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 27 de julio, se insiste en la necesidad de respetar el derecho del menor a ser oído en los procesos de repatriación, recordando que este derecho integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (...) derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando tengan suficiente juicio para ello.

Aunque la norma predique una regularización tácita y los efectos de la autorización se retrotraigan al momento en el que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores, esta solución no resulta suficiente. Se completa reglamentariamente como sigue¹³. Transcurridos nueve meses desde que el menor se puso a disposición de los servicios competentes

el menor extranjero no puede ser sancionado con la salida del territorio español por ninguna de estas vías que pueden imponerse a los adultos

de protección de menores y una vez intentada la repatriación, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgar al menor la autorización de residencia. La tramitación de los permisos de residencia es responsabilidad de los Servicios de Protección de Menores (responsable de presentar la solicitud del permiso) y de la Delegación del Gobierno (responsable de la concesión de los permisos)¹⁴.

¹³ La regulación se contiene en el artículo 92.5 del Reglamento de Extranjería.

¹⁴ Vid. Observaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas a España en junio de 2002, así como el Informe de *Save the Children*, de 2004. En este

Lo que ocurre en Madrid puede servir de muestra. Recientemente, desde la Brigada de Extranjería y Documentación de Madrid, informan al Instituto Madrileño del Menor y la Familia de que, cuando se solicite para un menor tutelado la concesión de la autorización de residencia, deberá aportarse inexcusablemente la documentación que certifique el intento de repatriación y la imposibilidad de la misma. Este proceder, que invierte la carga de probar en lo relativo a la responsabilidad de las Administraciones públicas, coloca al menor en una difícil situación de irregularidad si no es efectivamente repatriado.

En relación con el momento en el que la Comunidad Autónoma debe poner en marcha el proceso de regularización del menor presentando la solicitud de permiso de residencia, la mayoría de los Servicios de Protección del Menor esperan nueve meses como establece el Reglamento, pero otros quedan a la espera de la adaptación del menor al sistema de protección sin límite de tiempo en dicha

último se denuncia como especialmente preocupante la situación que se da en Canarias, pues ni los Servicios de Protección del Menor ni la Delegación del Gobierno podían citar ningún menor no acompañado que hubiera salido regularizado del sistema de protección. En conclusión, los menores no acompañados en Canarias están abandonando el sistema de protección sin ninguna documentación de su residencia legal ni posibilidad de encontrar un trabajo.

espera. Los retrasos pueden conducir a graves perjuicios para estos menores, sobre todo si están próximos a cumplir la mayoría de edad. La tramitación puede extenderse desde quince a veinticinco meses para menores mayores de dieciséis años¹⁵.

Por otra parte, no resulta comprensible por qué se ha establecido un período de nueve meses, junto a la exigencia de haber intentado la repatriación con su familia o al país de origen, para proceder a otorgar la autorización de residencia al menor, sobre todo si tenemos en cuenta que el Reglamento de Extranjería se cura en salud al establecer 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 este artículo»*. De este modo la situación del menor parece perder toda estabilidad, salvo que el plazo de nueve meses sea considerado un plazo máximo.

Los Servicios de Protección del Menor deben exigir que la fecha que figura en la autorización de residencia se ajuste a la eficacia prevista en la Ley, es decir, los efectos deben retrotraerse al momento en el que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. Los retrasos y demoras en este terreno de la regularización de los

menores de los que hablamos (muchos de ellos adolescentes) pueden suponer que alcancen la mayoría de edad y salgan del ámbito de protección abocados a la irregularidad.

La reiterada experiencia en este sentido explica la norma contenida en el Reglamento para esta situación: *«En el caso de los menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de*

los menores no acompañados en Canarias están abandonando el sistema de protección sin ninguna documentación de su residencia legal ni posibilidad de encontrar un trabajo

residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero». Es decir, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo para la concesión de la autorización de trabajo por cuenta ajena a estos extranjeros. Si la Entidad Pública no recomienda la concesión de la au-

¹⁵ Informe de *Save the Children*, de 2004, pp. 20-21.

torización temporal, los menores extranjeros saldrán del sistema de protección para convertirse en «carne de explotación» en el mundo de los trabajadores irregulares.

¿Quién vela por el interés superior del menor?

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en consonancia con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, coloca como eje central del Derecho de Menores el interés superior del niño. Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, es decir, no ofrece la ley una definición ni un contenido preciso y claro.

En cuanto principio general, el interés superior del menor tiene una configuración necesariamente genérica y abierta. Deberá determinarse en cada caso, tras analizar la situación concreta, cuál es el interés del menor. No obstante, lo que sí precisan la Convención y la Ley es que el interés del niño es superior a los demás intereses presentes en la situación¹⁶ y, por lo

que respecta al tema que nos ocupa, esto significa que el interés del menor se encuentra por encima del interés del Estado de regular los flujos migratorios y controlar las fronteras.

En las páginas que anteceden se pone de manifiesto la intervención de distintos sujetos en la situación que afecta a los menores extranjeros no acompañados: el propio menor, la autoridad gubernativa estatal, las Administraciones autonómicas, los fiscales, los jueces... Los intereses convergentes que representan, no coinciden necesariamente en todos ellos.

A pesar de que la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma correspondiente asuma la tutela administrativa del menor extranjero en situación de desamparo y a pesar de que el Ministerio Fiscal deba defender el interés del menor, se crean situaciones en las que ni una ni otro representan verdaderamente el interés del individuo menor de edad y extranjero frente a otros intereses también legítimos. Es más, en ocasiones se observa una clara confrontación entre distintos intereses como se ha puesto de manifiesto en decisiones judiciales recientes¹⁷.

¹⁶ La consideración de este interés como superior a cualquier otro se justifica por la especial vulnerabilidad del niño, la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con suficiente madurez y responsabilidad y la necesidad de que las circunstancias que le rodean sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano.

¹⁷ Pueden mencionarse, por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid, de 6 de abril de 2006; el Auto del mismo Juzgado de 25 de abril de 2006; el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 15 de Madrid, de 20 de junio de 2006; el Auto del

Mientras que la lucha contra la inmigración irregular compete a la Administración del Estado, responsable del control y ordenación de la inmigración, el sistema de protección de menores —contemplado en su conjunto— es responsabilidad de las Administraciones Autonómicas, que sufren de forma desigual la presencia de extranjeros.

El Ministerio Fiscal no siempre asume su papel de defensa del interés del menor, haciéndolo valer frente a los intereses de las Administraciones Públicas. Y quede claro que no se trata de una cuestión de «buena voluntad» o de «bondad natural» de las Administraciones Públicas, sino de que «nadie puede servir a dos señores».

El defensor judicial

Entonces, ¿quién vela por el interés del menor? En ocasiones en las que los tribunales han entendido que se daba un verdadero conflicto de intereses entre el menor y la Entidad Pública que ostenta la tutela, se ha procedido al nombramiento de defensor judicial. La figura del defensor judicial se encuentra recogida expresa-

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 18 de Madrid, de 22 de junio de 2006; el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Bilbao, de 18 de julio de 2006; el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Huesca, de 4 de agosto de 2006.

mente en el Derecho civil español para aquellos casos en que existe una contraposición de intereses entre los padres y el hijo o entre el tutor y el tutelado, pero no se ha contemplado explícitamente en el caso de la tutela administrativa. No obstante, los tribunales han considerado que la designación de defensor judicial puede llevarse a cabo en cualquier procedimiento en el que pueda plantearse el conflicto de intereses entre el menor y quien ostente su re-

*parece que estamos ante
la punta de un iceberg
que obligará a repensar
en su conjunto el sistema
de protección de menores*

presentación legal, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en que se plantee¹⁸.

El nombramiento de un defensor judicial para garantizar la defensa del interés del niño frente a quien ejerce la tutela pone en tela de juicio el papel que está jugando la Administración Pública en el sistema de protección de menores y, concretamente, en esa extraña figura que es la tutela ad-

¹⁸ Ver, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006.

ministrativa. Parece que estamos ante la punta de un iceberg que obligará a repensar en su conjunto el sistema de protección de menores.

Reflexión final

La presencia de menores inmigrantes supone para el país que los recibe un problema complejo que requiere de la reflexión y el esfuerzo de todos. Ninguna otra situación relacionada con la inmigración pone en cuestión

de forma comparable la capacidad de Europa, y concretamente de España, de controlar sus fronteras, de ordenar las migraciones, respetando a la persona y sus derechos como estos derechos son entendidos por la civilización occidental europea. La protección del niño en manos de la Administración Pública hace recaer sobre ésta el grave peso y responsabilidad de que estos menores, si no son atendidos, sufran un proceso de deterioro y acaben convirtiéndose en «niños de la calle». ■