

LA INTERVENCIÓN SOBRE LOS MENORES INMIGRANTES DESAMPARADOS EN CATALUÑA. REFLEXIONES DESDE LA CONSTITUCIÓN

ADMINISTRATIVE PROTECTION FOR UNACCOMPANIED MIGRANT CHILDREN IN CATALONIA: A CONSTITUTIONAL APPROACH

DAVID MOYA *

En este artículo se expone el análisis, desde el punto de vista constitucional, de algunas de las novedades en el tratamiento de los menores inmigrantes desamparados en Cataluña, donde recientemente se ha legislado para adaptar el sistema de protección de menores a este nuevo fenómeno. A partir de la descripción de los rasgos característicos de estos menores y del sistema de intervención que en Cataluña se ha articulado para intervenir sobre ellos, se estudian fundamentalmente cuatro aspectos de la regulación actual: en primer lugar, las posibles ineficiencias en la articulación de los mecanismos protectores de estos menores; en segundo lugar, la ausencia de garantías de la nueva medida de internamiento reeducativo de menores; en tercer lugar, los aspectos más problemáticos de la regulación de la repatriación de los menores; en cuarto y último lugar, la au-

* Universidad de Barcelona.

El presente artículo se enmarca en el trabajo que sobre menores no acompañados se realiza en el seno del *Grupo de Estudios sobre los Derechos de los Inmigrantes* (GESDI) bajo la dirección del Dr. Eliseo Aja, Instituto de Derecho Público, Universidad de Barcelona. A la Fundación Jaume Bofill debo agradecer la confianza depositada en mi proyecto de investigación.

sencia de mecanismos de colaboración suficientes para asegurar una intervención administrativa coordinada en este ámbito. El artículo concluye valorando la insuficiencia de las garantías actuales en la protección de los menores y de sus derechos.

The current article offers a constitutional analysis of the main patterns of the regulation of unprotected immigrant children in Catalonia, where recent legislation has been enacted to adapt the general system of protection to this new phenomena. Starting from the minors main characteristics and from the mechanisms of protection there in force, the article deals with four important subjects: first, the potentially ineffective linkage of the institutions designed to protect these minors; second, the measure of (re)educative detention in centres; third, the constitutional problems which arise by way of the measure on minors' repatriation; fourth, the lack of co-operation among the different administrative agencies in charge of the childrens' protection.

Palabras clave: menores inmigrantes no acompañados, sistemas de protección.

Keywords: un protected immigrant children, system of protection.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se viene produciendo en España un fenómeno relativamente nuevo: la migración de menores

¹ En este artículo se utilizarán indistintamente las expresiones «menores inmigrantes no acompañados», «menores en situación de desamparo» y «menores inmigrantes de la calle» para hacer referencia al colectivo cuyos rasgos característicos se describen en el primer apartado. Se parte, en cualquier caso, de la definición del colectivo contenida en el artículo 1 de la *Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, sobre menores no acompañados de países terceros* (DOCE C 221, de 19 de julio de 1997).

no acompañados por adultos¹. Estos menores, de origen magrebí en su mayoría, tras entrar irregularmente en territorio español, viajan de unas ciudades a otras y en algunas de ellas acaban asentándose, de forma precaria y muchas veces temporal. La reacción social e institucional ante su presencia en los barrios de nuestras ciudades ha pasado, al menos, por dos fases².

En una primera fase, la situación de estos menores fue más bien alarmante. En su mayoría llegaban a España sin referentes familiares o amistades que les facilitaran la integración efectiva en la sociedad española, viéndose obligados a canalizar sus necesidades materiales, afectivas, sociales y de protección a través del encuentro en espacios públicos con otros menores en similares circunstancias. La agrupación con otros menores de aproximadamente la misma edad y origen, les permitía compartir experiencias, ofrecerse ayuda mutua y realizar actividades en común (obtener medios de subsistencia, compartir proyectos, descansar, jugar, etc.). No obstante, la ausencia de referentes adultos adecuados que orientasen su actividad diaria, la imposibilidad de integrarse en la sociedad española en calidad de trabajadores por su condición irregular y por su minoría de edad, pero sobre todo, la vida en un medio hostil como es la calle, los exponía a un verdadero peligro de desarraigo y degradación física, muchas veces ligado al inicio en el consumo de drogas y/o a la comisión de pequeños delitos propios de la delincuencia callejera (hurtos, pequeños robos, ...). Esta situación demandaba una intervención rápida y efectiva por parte de los servicios sociales comunitarios, que en la mayor parte de los casos no contaban con las infraestructuras ni el personal necesarios. Los servicios generales de protección de menores intentaron asumir la protección y el tratamiento de estos menores, pero sin introducir apenas ajustes ni

² Estas fases se han producido, con mayor o menor variación, en casi todas las ciudades donde se ha manifestado este fenómeno. En la ciudad de Barcelona el paso de una fase a otra se produjo cuando la situación de los menores inmigrantes de la calle saltó a los medios de comunicación.

flexibilizar unos servicios diseñados para menores nacionales con problemáticas completamente distintas (malos tratos, abusos, desamparo familiar, etc.).

En una fase posterior, y superado el inicial desconcierto ante el elevado nivel de fracaso en su intervención, las instituciones públicas se han implicado en la solución del problema, no sólo asistiendo y protegiendo a los menores, sino también intentando diseñar y aplicar una política pública coherente, que ha requerido la adaptación del marco legal, la reorganización de parte de los servicios sociales de protección y atención a los menores y la liberación de medios económicos, materiales y personales. Dentro de esta fase, y una vez cubiertas las necesidades más urgentes, es conveniente reflexionar detenidamente sobre las características del fenómeno y los retos que comporta para las sociedades de acogida.

Aunque existen algunos estudios interesantes y rigurosos sobre la inmigración de menores no acompañados³ aún existen lagunas sobre aspectos sectoriales o particulares de la misma. Con la idea de ganar detalle en el enfoque de este fenómeno, el presente artículo ofrece una perspectiva jurídico-constitucional de algunos de esos problemas en el concreto ámbito geográfico de Cataluña, y ello por las serias implicaciones constitucionales que el fenómeno presenta y por el interés que aportan las experiencias que en esta Comunidad se han puesto en marcha⁴.

³ FÁBREGA RUIZ, CRISTÓBAL FRANCISCO: *Protección jurídica del menor inmigrante*, Ed. Colex, Madrid 2001; VVAA: *Menores extranjeros no acompañados*, Seminario Europeo, Madrid 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2001, Ed. UNAF, Madrid 2001; ELÍAS MÉNDEZ, CRISTINA: *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002. Léanse también los comentarios a la situación de estos menores en los cuatro últimos informes anuales del Defensor del Pueblo así como los de su homólogo autonómico en Cataluña, el Síndic de Greuges.

⁴ Debe, no obstante, tenerse en cuenta que el dinamismo que caracteriza al fenómeno de la inmigración de menores hace forzoso reconocer manifestaciones y problemáticas distintas en cada región e incluso ciudad, siendo ello especialmente obvio en los casos de Ceuta, Melilla y Canarias.

Atendiendo a esta perspectiva y con los objetivos enunciados, en el apartado siguiente se ofrece una breve descripción del fenómeno de los menores inmigrantes desamparados y del mecanismo de intervención sobre los mismos que rige en Cataluña, descripción a partir de la cual se expondrán y analizarán en ulteriores apartados los concretos problemas que dicho fenómeno plantea.

1. EL COLECTIVO DE MENORES INMIGRANTES DE LA CALLE Y LOS MECANISMOS DE INTERVENCIÓN EN CATALUÑA

La inmigración de menores no acompañados constituye un hecho más o menos reciente, que se ha manifestado con singularidad propia en los últimos cuatro o cinco años, aunque en Ceuta, Melilla y el sur de España en general ya apuntara algo antes. Se trata de un fenómeno con unas características propias y diferenciadas respecto a los menores nacionales en situación de desamparo. Su número es en realidad bastante reducido, apenas un millar, y se concentran en unas pocas ciudades (Barcelona, Madrid, Córdoba, etc.). Su composición y características no son homogéneas ni perfectamente definidas, al contrario, dependen de distintas variables, tales como la edad, la trayectoria personal, la madurez del proyecto migratorio o el grado de marginación padecida durante la estancia en la calle.

No obstante, y teniendo en cuenta estas prevenciones, pueden trazarse algunos **rasgos comunes a estos menores**: el primero es su minoría de edad, que justifica la intervención administrativa protectora e impide su expulsión inmediata, y su origen magrebí, mayoritariamente marroquí; segundo, la grave situación de desprotección, derivada de la ausencia de familiares o tutores legales que puedan ejercer la guarda legal durante su tránsito por España (siendo éste a veces alentado desde el propio entorno familiar del menor) o de redes de apoyo o modelos de referencia alternativos, que son sustituidos por relaciones grupales con otros

jóvenes en similares circunstancias; tercero, la entrada ilegal en España por medios habitualmente peligrosos para su integridad personal (escondidos en los ejes de los autocares, de polizones en embarcaciones, ofreciendo favores sexuales o siendo utilizados por redes de delincuencia organizada como transporte de drogas) y, consecuentemente, el carácter irregular de su estancia, que con el tiempo deviene un obstáculo complejo para su integración social y laboral, agravada por la ausencia de documentación identificativa; cuarto, la facilidad con que se trasladan de un lugar a otro de España e incluso de Europa, iniciando su trayecto en las ciudades del sur para acabar asentándose generalmente en diferentes entornos urbanos (Madrid, Barcelona, pero también Turín, Marsella o Amsterdam), lo cual dificulta la intervención administrativa de protección así como el arraigo en un determinado lugar, requisito necesario para la integración social; quinto, la disposición de un proyecto migratorio personal que convierte al menor en un semi-adulto ante sus propios ojos, y la emigración en una aventura cuya finalidad suele ser la asistencia económica a la familia y el progreso personal, tanto económica como socialmente, y cuya frustración constituye una situación estresante para el menor; sexto, la diferente percepción en Marruecos y en España del papel del trabajo de los jóvenes como medio de socialización, así como la diferente valoración de la importancia de la adolescencia para la futura vida adulta; asimismo, la desconfianza que estos menores abrigan hacia las instituciones públicas y la diferencia de idioma constituyen trabas importantes en los primeros estadios de cualquier intervención integradora del menor; finalmente, la progresiva degradación y marginación de los menores inmigrantes durante su estancia en la calle, pues contrariamente a lo que se piensa, muchos de ellos no eran exactamente «niños de la calle» en sus países de origen⁵.

⁵ Sobre el fenómeno de los niños de la calle en Tánger léase la encuesta-acción elaborada por la Asociación DARNA: *El fenómeno de los niños de la calle en Tánger*, Ed. DARNA-CONEMUND, Madrid 2000.

La planificación de la intervención sobre estos menores debe tener en cuenta estos rasgos comunes para ordenar un sistema de intervención coherente e integrado, que, al mismo tiempo, cuente con una serie de itinerarios de intervención articulados en función de las particulares características del menor. Ese marco de intervención debe dotar de contenido el mandato constitucional del art. 39.4 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar a los niños la protección prevista en los acuerdos internacionales, que en cualquier caso debe atender a su superior interés⁶.

En Cataluña el diseño de un marco de intervención sobre los menores inmigrantes de la calle se ha estructurado en base a cuatro itinerarios diferenciados que intentan ajustarse a las características y necesidades del colectivo, en función de una tipología flexible de esos menores⁷: los menores desprotegidos, los menores en situación de grave riesgo social, los menores que han cometido delitos y los menores drogodependientes, enfermos o con alteraciones psíquicas⁸.

⁶ Las disposiciones constitucionales e internacionales introducen como criterios orientadores de la política pública de intervención sobre los menores inmigrantes: primero, el principio de protección del interés del menor; segundo, el reconocimiento de una serie de derechos y libertades que configuran un estatuto jurídico específico con particularidades referidas a la protección y ejercicio de los mismos, y que, en el caso de menores extranjeros, impone algunas diferencias derivadas de la legislación de extranjería; y tercero, el principio de no discriminación de los menores inmigrantes respecto a los menores nacionales más allá de esas particularidades propias de su condición de extranjeros. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid 2000.

⁷ Una visión general de la situación de los menores inmigrantes en Cataluña puede encontrarse en COMAS, MARTA (COORD.): «L'atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació», Colección *Finestra Oberta*, Fundació Jaume Bofill, n.º 19, enero 2001; ROGNONI, IRMA (COORD.): «Menors i joves del carrer: visió sociojurídica», Colección *Finestra Oberta*, Fundació Jaume Bofill, n.º 23, noviembre 2001.

⁸ Obviamente, esta clasificación de los menores no debe tomarse más que de forma orientativa, máxime cuando está estrechamente ligada a unos rasgos característicos que los menores presentan en un momento concreto pero sujetos a variación, como pueden ser la edad (o el tiempo que lleva en la calle) o las circunstancias personales del mismo.

Conforme a la normativa catalana, el circuito principal de intervención es el *circuito de protección de los menores desamparados*, previsto para aquellos menores inmigrantes recién llegados a España o que han pasado un período breve en la calle y por consiguiente aún no han adoptado comportamientos que impidan su incorporación a los circuitos generales de protección de menores. La intervención administrativa se activa ante la comunicación o detección de cualquier situación de hecho por la cual un menor carezca de los elementos básicos de desarrollo integral de su personalidad, situación definida como «desamparo». Ante situaciones de desamparo, la Administración tiene la obligación de prestar la atención inmediata al menor, comunicar las circunstancias del caso al Ministerio Fiscal, y, si se confirma la existencia de una situación fáctica de desamparo, iniciar el procedimiento de declaración de desamparo, para lo cual se requiere un informe de los equipos técnicos pluridisciplinarios que determine la existencia de desamparo y proponga su declaración a la Dirección General de Atención al Menor⁹ (DGAM) de la Generalidad de Cataluña, que es la responsable de efectuar de forma motivada tal declaración, así como de asumir las funciones tutelares sobre el menor. No obstante, la asunción de las funciones tutelares por la Administración autonómica, el art. 35 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (TIDYLE), prescribe la repatriación del menor siempre que sea posible, lo cual plantea serias objeciones des-

⁹ Según la Disp. Final 3^a LORJM, las revisiones del Código Civil contenidas en la LORJM (y muy destacadamente la nueva redacción del art. 172 Cc. por la Disp. Final 5^a LORJM) sólo son de aplicación a las Comunidades con Derecho Foral o Civil propio si estas no han regulado el régimen de desamparo de los menores. Esa competencia la ejerce actualmente la Dirección General de Atención a los Menores (DGAM), una de cuyas secciones, junto a la de Urgencias, es la Sección de Menores Indocumentados. Cfr. IGLESIAS REDONDO, JULIO IGNACIO: *Guarda asistencial, tutela exlege y acogimiento de menores*, Ed. Cedecs, Barcelona 1996, pp. 27-62.

de el punto de vista constitucional en relación al principio de protección del interés del menor, como se expondrá más adelante. En todo caso, la asunción por la Administración de las funciones tutelares comporta la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria durante el tiempo que dura la medida de protección, y la duración de tales funciones se prolonga hasta la mayoría de edad, la emancipación del menor, o la reintegración del mismo a la patria potestad o tutela correspondientes. En la práctica la mayor parte de menores inmigrantes de la calle declarados en desamparo son acogidos institucionalmente¹⁰, en centros públicos o colaboradores en régimen abierto, en los que el Director del Centro ostenta la guarda del menor. La integración de los menores inmigrantes en el circuito de protección general es el objetivo principal del proceso de integración social del menor.

A caballo entre la protección de menores y la justicia juvenil, la reforma legislativa acometida por la Ley catalana 8/2002¹¹ ha instituido un *itinerario de intervención sobre*

¹⁰ De entre todas las medidas de protección de los menores desamparados que la Ley 37/1991 contempla, en la práctica únicamente se aplica el acogimiento institucional, con la salvedad de alguna experiencia de acogimiento familiar gestionada por Cruz Roja, la Asociación cultural Ibn Batuta y el Institut de Reinserció Social, a cargo del Institut Català de l'Acolliment i l'Adopció.

¹¹ Antes de la reforma legislativa introducida por la Ley catalana 8/2002 ese itinerario intermedio se encontraba regulado en el Título V de la Ley catalana 11/1985, cuyas medidas no contenían más que un tratamiento complementario del sistema de protección de menores, sin constituir en realidad un itinerario de intervención diferenciado y por lo tanto de limitada utilidad para menores especialmente conflictivos que rehusaran el tratamiento de protección institucional. Estas disposiciones han sido reformadas por la reciente Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, pensada desde su Preámbulo para atender la nueva problemática de los menores inmigrantes de la calle que rechazan la integración en el circuito de protección de menores.

adolescentes con conductas de alto riesgo social pensado, como se deduce de la Exposición de Motivos, para el colectivo de menores inmigrantes de la calle que se resisten a la integración en el circuito de protección de menores¹². El problema de este tratamiento estriba en que la regulación de las concretas medidas aplicables a los menores suscita serias dudas: primero, respecto al fundamento competencial para adoptar esta regulación; y segundo, sobre la constitucionalidad de la medida de internamiento en habitaciones o espacios de contención del art. 5 bis 2.c) Ley catalana 8/2002 para los menores desamparados que rechacen las medidas reeducativas. De estos problemas nos ocuparemos en los apartados siguientes, baste aquí señalar que existe una cierta contradicción conceptual en el hecho de instituir un itinerario abierto de carácter asistencial para incorporar progresivamente a los menores al circuito general de protección, y articular al mismo tiempo un mecanismo muy restrictivo de internamiento para aquellos casos en que el menor rechaza incluso este itinerario abierto.

El *itinerario de justicia juvenil* se articula en base a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabili-

¹² El colectivo de menores en grave riesgo social estaría formado por todos aquellos menores que rechazan sistemáticamente los recursos del circuito general de menores y se encuentran en un avanzado estado de marginación social con grave riesgo para su salud o para el desarrollo integral de su personalidad, debido a períodos de permanencia en la calle considerables, al desarraigo personal, al inicio en el consumo de drogas, a la iniciación en la pequeña delincuencia, etc. La intervención se realiza fuera del circuito general de protección de menores a través, por ejemplo, de pisos abiertos y tutelados, flexibilización de las exigencias de escolarización para hacerlas compatibles con programas intensivos de formación ocupacional, etc.. No obstante, la definición legal del «adolescente con conductas de alto riesgo social» en la reforma catalana es harto ambigua, pues se califica como tal todo menor cuya conducta altera de manera grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas de manera que provocan un riesgo evidente de causarse daños a sí mismos o de perjudicar a terceros, lo cual permite incluir en la misma a cualquier menor inmigrante de la calle se encuentre o no una situación de riesgo social.

dad Penal de los Menores (LORPM) y la Ley catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de Justicia juvenil, que delimitan con bastante claridad el colectivo para el que se crea este circuito de intervención. Si se orilla el tratamiento terapéutico, en lo que se refiere al colectivo de menores inmigrantes de la calle de más de 14 años¹³, la entrada en el circuito de justicia juvenil únicamente se produce si el menor es condenado a una medida de internamiento en un centro de justicia juvenil¹⁴. El tratamiento institucional, que en función del delito cometido puede realizarse en un centro de régimen cerrado, semi-abierto o abierto, implica el traslado del menor al centro y la elaboración de un proyecto educativo personalizado. La lectura de la normativa estatal y autonómica permite observar que el internamiento pasa por dos períodos, el primero de internamiento efectivo y el segundo de libertad vigilada, que tiene por finalidad incorporar al menor progresivamente a la vida normalizada. En el caso de los menores inmigrantes de la calle, ambas fases requieren la coordinación de los servicios de justicia juvenil y los de protección, tal y como exige el art. 61.d) Ley catalana 27/2001, muy especialmente si se trata de una medida de internamiento, pues en tal caso el menor pasa de encon-

¹³ En virtud del art. 1.1 LORPM los menores de 14 años se derivan al circuito general de protección.

¹⁴ Excepto las medidas de internamiento en centro, las medidas re-educativas de justicia juvenil son suplementarias al tratamiento protector en los dos circuitos anteriores (arts. 7.1 y 9 de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores, de 12 de enero). Téngase en cuenta el principio restrictivo en la aplicación de medidas de internamiento en centro semiabierto o cerrado de justicia juvenil, tal y como se formuló en la STC 61/1998, de 17 de marzo. En la práctica, no obstante, los Jueces de Menores tienden a aplicar medidas de internamiento de los menores no sólo por el tipo de delitos (hurto, robo, ...) y el grado de reincidencia, sino también por la situación de desarraigo y carencia de referentes familiares. En cualquier caso, las medidas de internamiento se rodean de garantías suplementarias (visitas periódicas del Juez a los centros, entrevistas con los menores, seguimiento de los informes, posibilidad de sustituir las medidas durante su ejecución...).

trarse bajo la guardia de los servicios de justicia juvenil a la guardia de los servicios de protección.

El *internamiento terapéutico* constituiría el cuarto itinerario de intervención, previsto para aquellos menores que padecen serios trastornos psíquicos, drogodependencias o enfermedades que impidan una intervención educativa con mínimas condiciones de éxito. En estas circunstancias, el ingreso de un menor en un centro médico-terapéutico puede realizarse a partir de una decisión judicial, o bien en el seno de un procedimiento de justicia juvenil (art. 7 LORPM), o bien de un procedimiento civil a solicitud de la Administración tutora (arts. 211 y 271 Cc), con o sin previa incapacitación. En realidad, el terapéutico no es un itinerario reeducativo en sí mismo, sino que en cierta medida constituye una intervención previa y complementaria de las demás. Este recurso es especialmente importante en el caso de los menores de la calle que presentan patologías graves, enfermedades crónicas, adicción a drogas, alteraciones de la conducta, etc., provocadas por las situaciones extremas que han soportado hasta llegar a España, o por la estancia prolongada en las calles de nuestras ciudades o incluso por la frustración del proyecto migratorio.

En conclusión, de todos los problemas que la actual intervención sobre los menores inmigrantes desamparados de la calle plantea, desde la óptica constitucional los más preocupantes son: la articulación de los mecanismos de tutela administrativa ante situaciones de desamparo del menor; los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la medida de internamiento preventivo de menores en grave riesgo social y a la repatriación de menores, así como la dispersión de títulos competenciales sin que existan mecanismos efectivos de colaboración administrativa. En los siguientes apartados se analizan separadamente cada uno de estos problemas al tiempo que se efectúan algunas recomendaciones.

2. EL DERECHO SUBJETIVO DEL MENOR A LA PROTECCIÓN Y SU ARTICULACIÓN A TRAVÉS DE LA INSTITUCIÓN DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

Como ya se ha dicho anteriormente, el principio de Estado social que rige en nuestra Constitución se manifiesta en el ámbito de menores en la obligación recogida en el art. 39.4 CE de asegurarles una protección integral equivalente, al menos, a la prevista en los acuerdos internacionales. El art. 20 Convenio de Derechos del Niño¹⁵ concreta esa obligación estatal afirmando que el Estado se encuentra obligado a brindar protección y asistencia especial al menor ante situaciones fácticas de privación del medio familiar, o simplemente, cuando el interés del menor así lo requiera, y ello, en virtud del art. 2.1 del mismo Convenio con independencia del origen nacional del menor.

La incorporación *ex art.* 39.4 CE de la obligación del art. 20 CDN a los principios rectores de la política social y económica en virtud del art. 39.4 CE, permite sostener la existencia de un derecho subjetivo de los menores a ser protegidos por el Estado que goza de las garantías del art. 53.3 CE, entre las cuales figura destacadamente el acceso a los Tribunales. La jurisdicción ordinaria se erige de esta manera en órgano de control y garante último del cumpli-

¹⁵ Art. 20 Convenio de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (BOE n.º 313, de 30 de diciembre de 1990): «1.-Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2.-Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3.-Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

miento del deber estatal de protección del menor, conforme a las vías procesales articuladas por la legislación española¹⁶.

Precisamente, mientras en los itinerario terapéutico y de justicia juvenil la intervención judicial autorizatoria del internamiento de menores garantiza la supervisión jurisdiccional del cumplimiento de la obligación de protección, en los itinerarios de protección de menores y de intervención sobre menores en situación de grave riesgo social, el ordenamiento no ha establecido mecanismos de control judicial inmediato o automático. Ello es especialmente perjudicial para los menores inmigrantes de la calle, pues los mecanismos procesales que aseguran el cumplimiento de la obligación estatal de protección están concebidos para menores nacionales, cuyos padres o familiares están en muchos casos en disposición de incoar un procedimiento jurisdiccional de revisión de la declaración de desamparo o de las decisiones de emplazamiento en acogimiento residencial, es decir, de animar la intervención jurisdiccional frente a los errores o los excesos de celo de la Administración. Sin embargo, los menores desprotegidos sin referentes familiares, sean inmigrantes o no, sólo disponen de la protección que les pueda brindar el Ministerio Fiscal tras la comunicación de la adopción de una medida de protección por desamparo, en ejercicio de su deber de vigilancia del art. 174 Cc. Aunque es cierto que el Juez puede dictar de oficio «las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios» en aplicación del art. 158 Cc, el único que puede tener conocimiento de las decisiones de las instituciones tutelares es el Ministerio Fiscal, por lo que esa intervención judicial de oficio es harto improbable. La comunicación al Ministerio Fiscal, consti-

¹⁶ El desarrollo legislativo de la obligación de protección se ha regulado por el Estado en el Código Civil y en la LOPJM, y por las Comunidades Autónomas en sus respectivas leyes de protección de menores, así como en sus leyes sobre Derecho Civil cuando han contado con un Derecho Civil o Foral propio

tuyendo una garantía frente a las actuaciones más patentemente arbitrarias, no garantiza una densidad de control sobre las decisiones administrativas del mismo nivel que otras garantías como la comunicación o autorización judicial o la asistencia letrada, especialmente en el caso de menores que no tienen a nadie que vele por sus derechos o por una protección administrativa adecuada y proporcional¹⁷.

Además, la detección de un menor en situación de desamparo no siempre comporta, a pesar de lo que dice la Ley, una automática declaración oficial de desamparo¹⁸. Tras la detección del menor en desamparo, la Administración autonómica ejerce las funciones propias de la guarda del menor ofreciéndole transitoriamente la atención y asistencia inmediata que éste requiere (art. 35 TIDYLE, art. 172 Cc y art. 2.5 Ley catalana 37/1991), pero sin emitir la declaración de tutela hasta que los servicios de protección de menores no se han asegurado de que existe una verdadera situación de desamparo y se practican las averiguaciones necesarias sobre el menor, su familia, etc... que pueden extenderse en el tiempo sin apenas control.

¹⁷ En ese contexto de escasa densidad de control de la actividad administrativa de protección de menores, conviene advertir que tal control se produce únicamente respecto de las decisiones de protección de los menores que se comunican al Ministerio Fiscal, pero no sobre las situaciones fácticas de desprotección sobre las que la Administración no interviene o lo hace ineficazmente. En estos casos, únicamente la intervención ante el Ministerio Fiscal o el Juez, de una asociación o de un ciudadano que tenga conocimiento de la desprotección del menor puede provocar el inicio de una intervención administrativa de protección (art. 13 LOPJM).

¹⁸ Del estudio de casos que relata ROGNONI, cit. *supra*. resulta que en la práctica administrativa las fugas de los centros paralizan el expediente de tutela, que en algunas ocasiones no se adopta siquiera una resolución de guarda administrativa sino que se ejerce una guarda de hecho, que en otras no se ha emitido diagnóstico técnico o se ha emitido con retraso. Finalmente, de los datos del estudio se concluye que la asunción de la tutela no es una actuación jurídica habitual, como tampoco lo es adoptarla en un breve plazo, al contrario, la declaración de tutela puede tomar varios meses.

Los menores que se encuentran bajo la guardia administrativa, ya sea por culpa propia cuando ellos mismos obstaculizan la actividad administrativa (fugas de los centros de acogimiento, ofreciendo datos o identidades falsas, etc.), ya sea por culpa de la Administración que incumple sus deberes de protección o los ejerce inadecuada o ineficazmente al retrasar la declaración de desamparo, pueden perjudicar de forma irreparable su posición, porque la guarda administrativa aunque despliegue casi los mismos efectos a nivel prestacional que la institución de la tutela, a nivel jurídico no es equiparable, especialmente en dos ámbitos: en primer lugar, la mayoría de edad alcanzada durante la guarda administrativa hace decaer el procedimiento de tutela y en consecuencia la expectativa de legalización de la residencia, incurriendo automáticamente en causa de expulsión por estancia irregular; en segundo lugar, la ausencia de declaración de tutela impide al menor disponer de un permiso de residencia o trabajo que le permita realizar actividades de formación ocupacional o directamente ejercer una actividad laboral remunerada durante la guarda, lo que genera una situación de dependencia respecto a los recursos de los centros de acogida y los talleres específicos previstos para estos menores, al margen de lo desmotivador y anti-pedagógico que es mantener en compás de espera a menores que no han entrado en España para permanecer inactivos.

El art. 35 TIDYLE evita los posibles efectos negativos que para la obtención del permiso de residencia supondría una declaración de tutela sin efectos retroactivos¹⁹, fijando

¹⁹ Legislación estatal y legislación catalana difieren en la determinación del momento en que nace la tutela o las funciones tutelares. En la legislación estatal el derecho del menor a la intervención administrativa protectora nace a partir del momento en que el menor se encuentra en una situación fáctica de desprotección (tutela *ex lege* del art. 172 Cc y art. 18 LOPJM), mientras que en la legislación catalana la Administración asume únicamente las «funciones tutelares» a partir de la resolución motivada de desamparo emitida por la DGAM, que es el organismo autonómico de protección de menores (art. 3 de la Ley catalana 37/1991). No obstante, ambas pretenden instaurar una tutela administrativa cauteladora

un criterio homogéneo a efectos del permiso de residencia: el período de residencia legal del menor tutelado por la Administración autonómica se computa desde el momento en que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios sociales de protección de menores²⁰. Sin embargo, al vincular tales efectos a la declaración de tutela en vez de a la guarda administrativa, este precepto no da respuesta a los casos de desprotección no declarada por resolución administrativa.

La única solución en estos casos consistiría en buscar un remedio jurisdiccional consistente en la declaración del desamparo y la constitución judicial de la tutela. Pero este camino en la práctica no es operativo, porque el menor se encuentra fugado o precisamente bajo la protección de la Administración a la que debería denunciar por incumplimiento de sus obligaciones. La posibilidad de que esa revisión judicial la inste el Ministerio Fiscal, un particular o una asociación es, en la práctica, más bien remota.

Por lo que hace a los menores atendidos en el nuevo circuito de intervención de menores en situación de alto riesgo social, los problemas de transitoriedad se plantearán de forma idéntica a lo expuesto anteriormente, si no es que adquieren todavía mayor complejidad y gravedad. No obstante, respecto a este circuito es necesario aclarar otro tipo de cuestiones. Para empezar, la nueva regulación catalana no es clara respecto a si tales menores se

provisional a través de mecanismos ligeramente distintos cuya única diferencia estribaría en que en la legislación estatal se da el reconocimiento de efectos retroactivos a la declaración de tutela, mientras que en la catalana la declaración de tutela no tiene efectos retroactivos.

²⁰ Desde esa intervención inicial comienza el cómputo del período de residencia legal del menor, que de ser superior a los tres años, le permitirá al llegar a la mayoría de edad obtener un permiso de residencia permanente, eximiéndole de la necesidad de obtener el preceptivo permiso de trabajo. Esta previsión, de operar correctamente, constituye uno de los mecanismos más eficaces de integración social de los jóvenes inmigrantes.

encuentran bajo tutela administrativa, o simplemente bajo la guarda de la Administración hasta que se incorporen al circuito de protección general. Esta segunda interpretación debe rechazarse de plano. El menor tiene un derecho subjetivo a recibir una protección integral por parte del Estado ante una situación de desamparo que, de existir y ser declarada por la Administración, comporta obligatoriamente la asunción por la Administración catalana de las funciones tutelares (art. 3 Ley catalana 37/1991). Aunque estos menores rechacen el acogimiento institucional y sólo admitan medidas socio-educativas desde el medio (centros de noche, asistencia a talleres de formación ocupacional, cursos de idiomas, educación básica en hábitos e higiene, escolarización adaptada o flexible y progresiva, etc.), y quizá precisamente por ello se encuentran desprotegidos, razón por la cual la DGAM debe asumir su tutela. Cosa distinta es que por las especiales circunstancias de estos menores las intervenciones educativas iniciales se practiquen en la calle respetando su autonomía, con el fin de incorporarlos progresivamente al sistema general de protección, pero mientras tanto debe declararse su desamparo y la tutela administrativa, debe iniciarse el trámite de documentación conducente a la obtención de un permiso de residencia, debe ofrecerseles información sobre sus derechos y deben satisfacerse sus necesidades básicas, mientras se les motiva a participar en actividades educativas o talleres de formación laboral.

Por otro lado, si bien la intervención en el medio implica una capacidad más reducida de control sobre el menor, la guarda sigue correspondiendo al Director del Centro o al educador que esté a cargo de la actividad que se realice en cada momento. Más allá, cuando los menores se encuentren en libertad o abandonen los recursos ofrecidos, decaerá la guarda pero no la responsabilidad y las obligaciones tutelares sobre los menores, que siguen correspondiendo a la Administración autonómica que ha optado por seguir este itinerario.

3. EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO DE MENORES EN SITUACIÓN DE GRAVE RIESGO SOCIAL

El art. 5 bis de la Ley catalana 8/2002 establece:

«2. A fin de que la actuación del organismo competente en materia de protección de menores llegue a todas las personas menores que la necesitan, a pesar de que la rechacen, se pueden adoptar las medidas específicas siguientes:

c) El ingreso, por necesidades reeducativas, en centros o unidades con restricción o supresión de salidas por tiempo limitado, de manera que se puedan desarrollar programas individuales. En estos casos los menores pueden formular una reclamación en forma de queja al director del centro. Esta medida únicamente se puede adoptar cuando la persona menor rechaza las medidas establecidas en los apartados a y b o cualquier otra medida de protección adecuada a sus necesidades. La adopción de esta medida, que se debe hacer constar en el informe de seguimiento de la acción educativa de los menores afectados, debe notificarse a Fiscalía antes de las veinticuatro horas posteriores al ingreso, debe revisarse semanalmente y su duración no puede superar los treinta días, si bien puede ser adoptada de nuevo si el resto de medidas son rechazadas de nuevo y de forma reiterada.»

En principio, cualquier restricción de la libertad personal, y por tanto también el internamiento de menores, requiere para su realización una autorización judicial conforme al art. 17.2 CE²¹, que en el art. 5bis de la Ley ca-

²¹ El Tribunal Constitucional ha reconocido implícitamente la existencia de limitaciones o modulaciones al disfrute del derecho a la libertad personal por los menores edad, por ejemplo en las STC 71/1990 y STC 36/1991. En su Sentencia 36/1991, el Tribunal Constitucional reconoció al Legislador la facultad de instaurar un procedimiento judicial puramente corrector de menores diferente del proceso penal, en el que «en todo caso se respeten plenamente los derechos humanos y las garantías legales», así como la existencia de una edad mínima penal por

talana 8/2002 no existe²². No obstante, el Tribunal Constitucional ha flexibilizado la exigencia de las garantías de los arts. 17.2 y 3 CE al admitir que éstas únicamente correspondían al «detenido», es decir, a aquél al que se ha privado provisionalmente de la libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal (STC 107/1985 y STC 341/1993²³). En tanto que el internamiento de menores no constituye una detención preventiva por delitos, básicamente por la ausencia de delitos y por la naturaleza reeducativa de la medida, la aplicación de las garantías del art. 17.2 y 3 CE no es constitucionalmente exigible de forma automática, sino que tales garantías serán o no exigibles en función de la finalidad, naturaleza y duración con que tal medida haya sido configurada por el Legislador.

Para analizar la finalidad, naturaleza y duración de la medida de internamiento de menores, es de gran ayuda recurrir a lo dispuesto en el art. 5 1.d) CEDH, que admi-

debajo de la cual no podrán imponerse penas. Dentro del respeto a estos límites, el Tribunal consideró admisible que el Legislador estableciera procedimientos que pudieran conllevar una restricción del derecho a la libertad personal de los menores fuera del ámbito puramente penal.

²² La ley catalana parece reconocer la intervención jurisdiccional para la autorización de tal medida en su art. 47 ante la oposición del representante legal o en su ausencia. No obstante, en el caso de los menores inmigrantes en que el tutor es precisamente el organismo protector de la Administración autonómica, la representación legal nunca se opondrá a una medida recomendada por ella misma, impidiendo la intervención judicial de control. Desde otro punto de vista, la ausencia de control jurisdiccional entra en contradicción con la exigencia de autorización judicial para toda clase de internamiento, educativo o psiquiátrico, dispuesto en los arts. 215 y 219 de la Ley catalana 9/1998 Código de Familia de Cataluña.

²³ STC 341/1993: «[...]El ámbito de discrecionalidad del legislador para configurar otros casos de privación de libertad debe ser objeto de control de constitucionalidad a la luz de los criterios que inspiran las garantías dispuestas en los apartados dos y tres de este precepto y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate.»

te la restricción del derecho a la libertad del menor con fines distintos a los penales si concurren una serie de garantías²⁴: «*Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.*» La medida de internamiento preventivo del art. 5bis de la Ley catalana 37/1991, reformada por la 8/2002, puede calificarse de medida limitativa de la libertad con fines reeducativos, en concordancia con el art. 5.1 d) CEDH, a pesar de que la ley la califique de internamiento en régimen abierto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abrazado una interpretación amplia del concepto «restricción de la libertad», incluyendo en el mismo cualesquiera medidas que resulten en la limitación de la capacidad ambulatoria del sujeto²⁵. Por consiguiente, la introducción de elementos constructivos o arquitectónicos de seguridad con finalidad de contención de los menores (espacios físicos reducidos bajo vigilancia especial o supervisión de educadores, accesos cerrados con llave, puertas reforzadas, ventanas con elementos de seguridad, muros, vigilancia nocturna y diurna, etc...), con el fin de dificultar su huida y someterlos a un tratamiento obligatorio, aparte de diluir las diferencias entre los centros de régimen abierto o semiabierto y los de régimen cerrado, somete a los menores a una limitación de su libertad personal equiparable al internamiento en régimen cerrado²⁶. En ta-

²⁴ En la misma línea el art. 25 CDI: «*Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación*»,

²⁵ Para calificar una medida de «restricción de libertad» el TEDH tiene en cuenta las particulares circunstancias de cada caso, así por ejemplo, la residencia forzosa en una isla de un adulto (STEDH *Guzzardi v. Italia*) o el internamiento psiquiátrico en un centro considerado abierto (STEDH *Ashingdane*).

les circunstancias, no hay duda de que el menor en acogimiento institucional padece en estos casos una limitación de su libertad personal en el sentido del art. 5.1d CEDH²⁷.

El internamiento preventivo de menores tiene, conforme a la Ley catalana 8/2002, una *finalidad reeducativa del menor*, dada la necesidad en ciertos casos de asegurar la efectividad de un programa individual de tratamiento reeducativo del menor y asegurar su continuidad. A la vista de la interpretación instrumental de la finalidad reeducativa de una medida privativa de libertad aplicada a un menor inmigrante en la STEDH *Bouamar v. Bélgica*²⁸, el interna-

²⁶ Aunque la consideración de privación de la libertad del menor pueda depender tanto de sus circunstancias personales, de las medidas arquitectónicas de contención de cada centro (tamaño de esos espacios, muros, barrotes, elementos de seguridad en las puertas, ...) y del tiempo que dure la aplicación de la medida, pueden asemejarlas más a una medida concreta de contención física que a un tratamiento en régimen cerrado, lo cierto es que la ambigua redacción del texto legal da cobertura a tratamientos muy restrictivos, y solo por ello ya merece una valoración muy crítica.

²⁷ Cfr. STEDH *Guzzardi v. Italia*, cit. *Supra*. Incluso si los menores gozan de un régimen abierto que les permita salidas controladas, existe una sujeción especial que sitúa al menor en una situación de restricción de libertad (STEDH *Ashingdane*, cit *supra*).

²⁸ La STEDH *Bouamar v. Bélgica*, de 29/2/1988, constituye un precedente de referencia respecto al derecho a la libertad personal de los menores inmigrantes y sobre las condiciones de admisibilidad del internamiento de un menor con fines educativos en el sistema europeo de protección de Derechos Humanos. En este caso, un menor marroquí con perturbación mental había sido objeto de nueve medidas provisionales de 15 días de reclusión en prisión en un solo año. En dicha sentencia, el TEDH se esforzó por subrayar que la ley belga de 1965 tenía un espíritu liberal dirigido a desplazar fuera del ámbito penal el tratamiento de jóvenes infractores, estableciendo una serie de medidas menos lesivas de la libertad y no punitivas, sino preventivas, si bien mantenía la medida de privación de libertad para casos excepcionales, por un breve período y únicamente cuando no hubieran otras instituciones que se pudieran hacer cargo inmediatamente de dichos jóvenes y la personalidad y conducta del joven así lo requirieran. En el caso, la detención del Sr. Bouamar nueve veces en un año ascendiendo a 119 de 291 días nunca fue seguida de ningún tratamiento reeducativo.

miento preventivo de la Ley catalana puede considerarse acorde con el Convenio. En aquella Sentencia el Tribunal admitió una detención instrumental que en sí misma no era reeducativa, porque constituía una medida preliminar o previa al régimen de reeducación que facilitaba la posterior intervención educativa. No obstante, exigió la concurrencia de las garantías previstas en el Convenio, de entre las cuales destacó la necesidad de que el control judicial previsto legalmente en el caso concreto ofreciera las garantías necesarias para asegurar un control real del internamiento, cosa que no ocurrió para el Sr. Bouamar. Es en el ámbito de las garantías donde la medida de internamiento preventivo catalana quiebra también.

En primer lugar, la exigencia de un mínimo procedimiento sólo puede salvarse si se realiza un esfuerzo interpretativo bastante voluntarista, porque la regulación catalana apenas ofrece elementos para determinar el procedimiento administrativo que rige la adopción de tal decisión, la tramitación de la queja del menor o incluso el cauce que asegura la actuación supervisora del Ministerio Fiscal. En segundo lugar, la *duración* de la medida es indeterminada e ilimitada, porque se subordina a la subsistencia de las causas que originaron su adopción y porque puede ser de aplicación reiterada por períodos de hasta un mes, sin límite alguno. Esta regulación es absolutamente desproporcionada, especialmente si se compara con la regulación del internamiento en sede de justicia juvenil, cuya duración está baremada de forma estricta²⁹, y que en la práctica podría acabar siendo de duración inferior a la de un internamiento preventivo, sin que en este último exista comportamiento delictivo, y con muchas menos garantías³⁰, o incluso que a

²⁹ STC 61/1998, de 17 de marzo, cit *supra*.

³⁰ En la Sentencia *Bouamar*, cit. *supra*, que acabó condenando al gobierno belga, las medidas eran de 15 días cada una y aunque la condena se debió a la reiteración en su aplicación (9 internamientos muy seguidos) sin intervención educativa posterior, no es menos cierto que estas habían sido acordadas por un órgano jurisdiccional y no meramente administrativo.

un internamiento por delitos sucediera otro preventivo más prolongado pero con inferiores garantías.

Precisamente, en materia de garantías el art. 5.2 CEDH reconoce el derecho al menor a presentar un recurso ante un órgano judicial con la finalidad de que se pronuncie en breve sobre la legalidad de la privación de libertad y ordene el levantamiento del internamiento si éste fuese ilegal³¹; este derecho exige de los Estados parte la previsión de un procedimiento y de un órgano adecuado («ad hoc») que en todo caso deberá ser judicial, especialmente si la decisión de internamiento provenía de un órgano administrativo³² (STEDH *De Wilde, Ooms y Versyp* de 18/6/71). En este sentido, la intervención del Ministerio Fiscal no es autorizatoria, pues la facultad para decidir sobre los derechos y libertades de las personas está reservada únicamente al Juez, y tampoco puede dictar órdenes a la Administración autonómica o al Director del centro para que ponga fin al internamiento; el Ministerio Fiscal lo único que puede hacer, aparte de promover el fin del internamiento por detención ilegal o por *habeas corpus*, es impugnar ante el Juez civil la decisión de internamiento preventivo³³.

Por todo ello, aunque la comunicación al Ministerio Fiscal constituye un garantía y abre la posibilidad de un control jurisdiccional posterior, no es suficiente para ase-

³¹ Cfr. PEDRAZ PEÑALVA, ERNESTO: «El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 del CEDH)», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XI, 1993, Ed. CGPJ, pp. 73-172.

³² El concepto de órgano judicial de la CEDH no implica siempre un juez del aparato judicial estatal, sino cualquier órgano independiente del Poder Ejecutivo que tenga atribuida la potestad decisoria y no meramente consultiva y, por tanto, sea «independiente» e «imparcial» (STEDH *Neumeister* de 27/6/68).

³³ En aplicación del art. 3 de la Ley 50/1981 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Disposición Final 20 LOPJM, el Ministerio Fiscal tiene atribuida la facultad de promover la revisión judicial de las decisiones de las instituciones tutelares en ejercicio de sus funciones, por el procedimiento verbal recogido en los arts. 437 LEC y siguientes, de conformidad con el art. 158 Cc.

gurar los derechos del menor vista la duración indeterminada y potencialmente ilimitada de la medida y su naturaleza meramente reeducativa fuera del marco sancionador. En un caso similar, la ponderación entre naturaleza, duración y garantías impone la autorización judicial, se trata del internamiento psiquiátrico de menores (art. 211 del Código Civil y arts. 215 y 219 del Código de Familia de Cataluña). La densidad de control sobre la actividad administrativa no es la misma cuando se exige una autorización judicial que cuando se comunica un acto administrativo al Ministerio Fiscal para que éste, a la luz de un informe elaborado por la propia Administración, decida si inicia un proceso civil en el que deberá probar ante el Juez que esa medida vulnera el derecho a la libertad del menor. Evidentemente, en el primer caso los derechos se encuentran mejor garantizados que en el segundo.

Finalmente, existe una última objeción a la adopción de medidas de internamiento preventivo del art. 5 bis de la Ley catalana: este tipo de medidas implican el uso de la fuerza sobre el menor para conducirlo a un Centro al que se resiste a ser integrado, decisión que toma la propia Administración tutora del menor sin control jurisdiccional alguno, puesto que no hay padres o familiares que se opongan a tal medida.

En conclusión, aunque conforme a la doctrina constitucional y europea el internamiento preventivo con fines reeducativos de un menor es admisible, su concreta previsión en el art. 5bis de la Ley catalana 8/2002 vulnera el derecho fundamental a la libertad personal del menor, por la potencialmente excesiva duración de la medida, por las insuficientes garantías reconocidas a los menores sometidos a internamiento (períodos de un mes prorrogables), así como por la deficiente regulación de los elementos procedimentales esenciales. Por no mencionar la posibilidad de que tal regulación carezca de fundamento competencial al invadir un ámbito reservado a Ley Orgánica.

4. LOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA REPATRIACIÓN DE MENORES DEL ART. 35 TIDYLE

La medida de retorno de menores prevista en el art. 35 TIDYLE no es una medida de alejamiento de extranjeros, tal y como éstas se encuentran diseñadas en la legislación de extranjería. Para empezar, existe una razón teleológica que impide asimilar el retorno de menores a las medidas de alejamiento: estas medidas son instrumentos de realización y ejecución de las políticas de control de flujos migratorios, o en los casos más graves, de protección del orden y la seguridad públicas; en cambio, la medida de retorno de menores está dirigida a satisfacer el principio del superior interés del menor, y sólo de tal manera concebida puede encajarse constitucionalmente en el art. 39 CE.

En segundo lugar, existe una razón más bien de índole material: ninguna medida de alejamiento se adecua, a la vista de la regulación de sus supuestos de aplicación, a la problemática del retorno de menores que se encuentran irregularmente en España. La denegación de la entrada y el retorno de extranjeros (art. 60 TIDYLE) se aplican a aquellos que solicitan la entrada en España ante los controles migratorios fronterizos. La devolución (art. 58.2 TIDYLE) es una medida de alejamiento de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente o que lo hayan hecho vulnerando una prohibición de entrada impuesta a raíz de una expulsión anterior; en este caso los menores se encuentran ya en España desde hace tiempo porque han entrado ilegalmente y no es posible que exista una prohibición de entrada si no se les ha expulsado previamente. Por otro lado, la expulsión es una sanción cuya regulación y garantías no encajan en absoluto con el tratamiento que según el art. 35 TIDYLE debe dispensarse a los menores; además, la expulsión no tiene finalidad reeducativa sino al contrario, únicamente consecuencias negativas para el estatuto del menor. Desde una óptica procedimental, la devolución y el retorno están diseñadas para ser resueltas en

procedimientos muy breves y ejecutadas inmediatamente, de modo que sus garantías son mínimas, no satisfacen los requisitos necesarios para alejar a los menores y sus formas de ejecución para ellas previstas son gravemente intrusivas; la expulsión implica un internamiento de hasta cuarenta días del extranjero, que no puede ser aplicado a los menores (art. 127 Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, REDYLE). En tales circunstancias, la repatriación de menores no entra dentro de los supuestos habilitantes de ninguna medida de alejamiento de extranjeros.

Por consiguiente, ni por su finalidad, ni por los bienes jurídicos protegidos, ni por los principios estructurales que las sustentan, ni por la forma en que se han previsto sus procedimientos, puede concluirse que las medidas de alejamiento fueron previstas por el Legislador para su aplicación a menores inmigrantes desamparados. En realidad, la interpretación del art. 35 TIDYLE o del art. 62 REDYLE en consonancia con los arts. 3.1, 9.1 y 9.4 CDN³⁴, obliga a entender la «repatriación de menores» no como una medida de alejamiento al servicio de las políticas migratorias, sino como una medida de protección del menor, de reintegración del menor en el entorno social y familiar más apropiado y, por tanto, una medida socio-educativa en su propio interés.

Esta interpretación de la medida de repatriación conforme a la Constitución y al principio de protección del superior interés del menor puede forzarse en el caso del art. 35 TIDYLE, dado lo escueto de su regulación, pero no en el del art. 62 REDYLE. Dicho precepto reglamentario automatiza la repatriación del menor en detrimento del

³⁴ Llevando esta idea hasta sus últimas consecuencias, incluso si el titular de la patria potestad o el tutor (persona o institución) presentara una solicitud de repatriación, ésta podría ser igualmente denegada por la Administración española si el interés del menor así lo requiriera. En tal caso, deberían aportarse pruebas tangibles de que el interés del menor estará sustancialmente mejor garantizado en territorio español, lo cual resultará muy difícil si existe la reclamación por parte de un padre en circunstancias normales, aunque los medios materiales de los que disponga sean inferiores a los ofrecidos en España.

principio del superior interés del menor, y ello es especialmente evidente: primero, en el apartado 3º, párrafo 4º, que anuda la repatriación a la localización de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país, sin ofrecer espacio para la valoración del interés del menor en permanecer en España; segundo, en el apartado 5º cuando subordina la concesión del permiso de residencia al menor tutelado al transcurso de un período de nueve meses y a que el intento de repatriación del menor haya sido imposible. Esta regulación establece una preferencia genérica por la repatriación de menores, identificando el interés del menor con un pretendido derecho a la reagrupación familiar; como si fuera un derecho fundamental el ser conducido a la casa paterna contra la voluntad y el interés del menor y de su familia³⁵. La identificación *a priori* y de forma genérica del interés del menor con su repatriación puede ser cierta en algunos casos, pero no en otros, pues el interés superior del menor requiere una decisión individualizada en cada caso concreto. En tales casos, esa identificación del interés del menor rompe con el principio internacional y constitucionalmente reconocido.

El segundo problema que presenta la regulación del art. 35 TIDYLE es de orden procedimental pues no dispo-

³⁵ En la medida en que la redacción del art. 64.2 REDYLE identifica el interés del menor con la vuelta al país de origen («eufemísticamente denominada «reagrupación familiar»), por encima del particular interés del menor en un caso concreto tal y como vendría determinado en los informes técnicos de los servicios sociales, la regulación entra en conflicto con el art. 3.1 Convención de Derechos del Niño, y por consiguiente con el art. 39.4 CE. El problema en estos casos consiste en localizar a la familia de los menores y que ésta reclame su repatriación, pues en caso contrario no se puede alejar a un menor respecto del cual no está asegurada la recepción familiar en mínimas condiciones y mucho menos la repatriación para acogimiento institucional por la Administración de otro país que no pueda garantizar unas condiciones asistenciales similares a las de los servicios españoles. Art. 3.3 de la *Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, sobre menores no acompañados de países terceros* (DOCE C 221, de 19 de julio de 1997).

ne los trámites requeridos para la ejecución de tal medida ni las garantías a disposición del menor ante un procedimiento de repatriación. Entre esas garantías, debería reconocerse al menor el derecho a asistencia letrada, en la misma medida que cualquier extranjero al que se aplica una medida de alejamiento. Debe destacarse también el hecho de que la regulación actual no somete la decisión de repatriación a autorización judicial, sino que simplemente impone la comunicación al Ministerio Fiscal de tales decisiones, para que en caso de desacuerdo, promueva los recursos pertinentes contra tal medida, en este caso en el orden contencioso-administrativo.

En resumen, si se considera que el art. 35 TIDYLE puede ser interpretado de conformidad con el principio de superior interés del menor, el art. 62 REDYLE quiebra tal principio, por lo que en un caso concreto de repatriación, podrán ser denunciados sus vicios y depurado del ordenamiento. El problema es que la asistencia letrada no se encuentra reconocida expresamente a los menores y, en su ausencia, el control jurisdiccional necesario para revisar una actividad administrativa viciada puede devenir impracticable.

5. EL PROBLEMA DE LA DISPERSIÓN DE TÍTULOS COMPETENCIALES Y LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR EN LOS MECANISMOS DE COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA

Ya se ha avanzado anteriormente que la intervención sobre los menores implica a una diversidad de instancias (legislativas, ejecutivas, judiciales) y actores (Estado³⁶, Comu-

³⁶ El Estado dispone de competencias para regular los derechos de los menores (art. 149.1.1 CE), la legislación penal de menores (art. 149.1.6 CE), el derecho civil, sin perjuicio de las Comunidades con derecho civil propio (art. 149.1.8 CE) y el derecho procesal en estos ámbitos (art. 149.1.6 CE), además de la regulación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) y de la com-

nidades Autónomas³⁷, Entes Locales³⁸, empresas privadas e incluso sociedad civil). Además, la característica movilidad de estos menores a través de las fronteras territoriales, obliga a contar con la colaboración de las autoridades de otros países europeos implicados también en el fenómeno de la migración de menores. Tampoco hay que olvidar la necesidad de establecer mecanismos administrativos de coordinación con las autoridades de los países de origen de los menores en aras de facilitar la identificación del menor, la protección consular, la comunicación con su familia y, en su caso, la repatriación del menor.

En este ámbito, aparte de la discutible distribución competencial contenida en la legislación que regula la materia³⁹, y vista la multiplicidad de títulos competenciales y

petencia en materia de seguridad pública (art. 149.1.29 CE). Además, el Estado ha ejercitado su competencia en materia de inmigración (art. 149.1.2 CE) para regular el régimen de los menores inmigrantes fundamentalmente a través de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000 y del Reglamento de ejecución de la misma, Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. No obstante, el título competencial «inmigración» del art. 149.1.2 CE no excluye la intervención del resto de Administraciones en materias que sean de su competencia. Cfr. AJA, ELISEO: «Las funciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la inmigración», en *Informe de las Comunidades Autónomas 1999*, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona 2000.

³⁷ Las Comunidades Autónomas, a su vez, disponen de competencias en materia de instituciones de tutela y protección de menores, juventud, asistencia social, educación, servicios sociales, etc., si bien no todas disponen de las mismas competencias, dando lugar a una cierta asimetría competencial, especialmente en lo que respecta a competencias de policía, derecho civil propio o integración laboral.

³⁸ Los Ayuntamientos también pueden intervenir en este sector a través de las competencias sobre vía pública, policía local y bienestar social. No obstante, cada municipio dispone de medios distintos, por no hablar de competencias, véase por ejemplo, la Carta Municipal de Barcelona.

³⁹ Cabe, por ejemplo, dudar del fundamento competencial del Legislador estatal (y, por tanto, de la constitucionalidad de la ley aprobada) que atribuye en exclusiva la decisión sobre la repatriación de menores a la autoridad gubernativa central via art. 62 TIDYLE; igualmente, es más que discutible la competencia autonómica catalana para regular

de instituciones competentes para intervenir sobre los menores, es esencial para asegurar una intervención coherente y eficaz que garantice la protección y educación integral del menor, además de reforzar la coordinación interna de cada administración⁴⁰, el establecimiento de mecanismos de colaboración administrativa en varios planos: asegurando la colaboración de las Comunidades Autónomas entre sí; de las Comunidades con el Gobierno central; de los entes locales entre sí y con las Comunidades Autónomas; y finalmente, entre el Estado español y otros Estados, especialmente los de origen de los menores.

Respecto a las *relaciones de colaboración entre Comunidades Autónomas*, pueden señalarse algunos ámbitos en los que éstas se hacen más necesarias, partiendo de la idea de que son éstas las que tienen atribuidas las competencias de protección de menores y asumen la tutela sobre los menores inmigrantes desamparados que se encuentran en su territorio. Para empezar, es necesario crear mecanismos de auxilio interadministrativo, pues en muchos casos la información de que dispone una Administración puede ser necesaria para la ejecución de competencias propias de otra instancia o incluso para poder articular una política pública coherente y eficaz⁴¹. Por ejemplo, disponiendo e

por medio de la Ley 8/2002 medidas limitativas de la libertad de los menores que se encuentren en una situación de «grave riesgo social». Sobre la segunda cuestión, sólo resultaría justificada competencialmente la ley autonómica si, primero, se considera una regulación no esencial del derecho, es decir, tangencial, pues en otro caso existe una reserva de Ley Orgánica a favor del Estado, y segundo, si tampoco se considera esta regulación como fuera del ámbito del art. 149.1.1 CE, relativo a las condiciones mínimas de disfrute de los derechos, pues en tal caso correspondería también al Estado. Por ello, la ley parece exceder sobradamente el ámbito de competencia autonómica.

⁴⁰ Es necesario revisar también la coordinación entre órganos de una misma Administración. Así, a veces ha faltado coordinación entre el sistema de protección de menores y el sistema de justicia juvenil, ambos encuadrados en Consejería de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

⁴¹ La obligación de información recíproca se encuentra presente en el art. 2 de la Ley de Proceso Autonómico. El intercambio de información sobre los menores (principalmente estadísticas elaboradas a partir

intercambiando datos sobre los menores tutelados por cada Administración, con el fin de identificar a aquellos menores cuya tutela haya sido declarada con anterioridad por otra Comunidad Autónoma. Una vez instaurados métodos fiables de identificación del menor y dispuesto un sistema de intercambio de información y comunicación eficiente entre las Comunidades, sería interesante, por ejemplo, articular reglas y criterios objetivos para determinar los casos en que conviene trasladar al menor a la Comunidad que declaró inicialmente su desamparo y se convirtió en su tutora o incluso para, reconociendo la validez y eficacia de la declaración de desamparo de otra Comunidad, articular mecanismos de transferencia de la tutela y guarda asistencial del menor por parte de la Comunidad en la que el menor se halla.

En otro plano, el intercambio de las respectivas experiencias en este ámbito, que muchas veces sigue cauces no formalizados, puede encontrar un espacio privilegiado en las Conferencias Sectoriales. Por ejemplo, la discusión de las reglas comunes de determinación de la competencia de una Comunidad Autónoma sobre un menor y sus consecuencias, sería una cuestión a debatir en Conferencia Sectorial o a determinar por medio de acuerdos bilaterales o multilaterales entre Comunidades Autónomas.

Además, es necesario fijar criterios de distribución de los menores entre los servicios de las diversas Comunidades Autónomas, a efectos de descargar a algunas de ellas que por su situación geográfica (Ceuta, Melilla, Canarias), por su capacidad de atracción de la inmigración de menores (Cataluña, País Vasco, Madrid) o por constituir paso obligado de ese itinerario migratorio (Andalucía o Murcia, por ejemplo) atienden a un número mayor de menores, incrementando el riesgo de colapso de tales servicios. En este sentido, es necesario que las Comunidades Autónomas analicen sus respectivas políticas de atención para evitar

de los datos disponibles) es esencial para elaborar y adaptar las respectivas políticas autonómicas en este ámbito.

contradicciones o grandes desviaciones que desequilibren o atraigan a los menores hacia determinadas centros urbanos. Es más, sería deseable una mayor colaboración entre las Comunidades Autónomas para crear y agrupar servicios en las Comunidades más pequeñas o con un impacto más reducido de este fenómeno con el fin de compartir servicios y lograr una mayor eficiencia. Sería el caso, por ejemplo, para la creación de un centro de tratamiento de menores con problemas psiquiátricos, para lo cual bastaría un convenio entre varias Comunidades Autónomas.

En el ámbito de las *relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, la necesidad de colaboración no es menos imperiosa, especialmente en los aspectos más relacionados con el régimen de extranjería que afectan a los menores⁴². Empezando por la necesidad de buscar mecanismos de coordinación entre los órganos administrativos autonómicos responsables de la tutela del menor y la autoridad gubernativa encargada de resolver sobre la repatriación del menor o proveerle de documentación acreditativa de su residencia legal, sería necesario desarrollar algún sistema que vaya más allá de la participación mediante informe no vinculante en el procedimiento del art. 35 TIDYLE⁴³; es igualmente urgente acordar, por ejemplo, el papel de la

⁴² La Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores obliga a acciones conjuntas entre el Estado y las CCAA en diversas áreas: creación de infraestructuras, medios personales, etc... Con tal fin se han suscrito convenios (2001) entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y CC.AA. para la adopción de medidas alternativas al internamiento para menores infractores y para la promoción de jóvenes.

⁴³ Los arts. 35 LO 8/2000 y 62 RD 641/2001 han establecido un «procedimiento participado» como técnica de coordinación en la intervención sobre los menores inmigrantes indocumentados de la calle, en la que intervienen fundamentalmente las administraciones autonómica y local, pero en la que tienen cabida el Ministerio Fiscal y los Entes Locales. Este procedimiento requiere la colaboración de los órganos jurisdiccionales de Justicia Juvenil, de los servicios sociales de asistencia social, servicios sanitarios, de la policía, de los servicios educativos, de la autoridad gubernativa y laboral, etc.

administración tutora en la fase ejecutiva del procedimiento de repatriación del menor. Precisamente en relación con ello, debe señalarse la necesidad de instaurar mecanismos de coordinación de las policías estatales, autonómicas y locales, no sólo para la ejecución de la repatriación, sino para la coordinación de diversas actuaciones en el ámbito de menores, por ejemplo su detección y documentación, su búsqueda si escapan de los centros de protección o justicia juvenil de menores inmigrantes, etc. En este sentido, la idea a valorar sería la creación de órganos *ad hoc* que incorporaran un reglamento interno de funcionamiento o la incardinación de los mismos en otros órganos como la Junta de Seguretat en Cataluña. En cualquier caso, es evidente la necesidad de elaborar conjuntamente protocolos para la intervención policial en este ámbito.

En el mismo sentido sería necesaria una mayor coordinación entre el Estado y las administraciones tutoras del menor a efectos de agilizar la concesión del permiso de residencia y/o trabajo o su renovación, especialmente al alcanzar los menores la mayoría de edad y pasar al régimen general de extranjería, cuando en muchos casos los menores continúan en programas de integración social de mayores de 18 años. Con ello se trataría de evitar situaciones de descoordinación, en las que la administración tutora intenta integrar progresivamente al menor en la sociedad y el menor ve denegada su solicitud de permiso de residencia o de trabajo, a pesar de encontrarse, por ejemplo, en un piso tutelado.

El Consejo Superior de Política de Inmigración previsto en la LO 8/2000 debería servir de centro de discusión de medidas de colaboración administrativa. Es precisamente en este espacio, donde deberían discutirse incrementos o financiación suplementaria para determinadas Comunidades Autónomas que tengan a su cargo un número mayor de menores o donde una atención de calidad pueda suponer costes difíciles de asumir. Tampoco es difícil imaginar el empleo de convenios para financiar la creación de centros de protección o atención a menores con financiación

estatal en determinados lugares donde éstos fueran necesarios por el impacto del fenómeno migratorio de menores, como por ejemplo en Ceuta y Melilla, donde esa necesidad es palmaria.

Respecto al papel de los *Entes Locales*, más allá de las competencias municipales, existen otras administraciones territoriales cuyo papel en este ámbito puede ampliarse, por ejemplo, las Diputaciones Provinciales o los Consejos Comarcales en Cataluña. Debe tenerse en cuenta también que los municipios pueden adoptar acuerdos para la prestación de servicios comunes o distribuir costes; así, por ejemplo, puede ser necesaria cierta coordinación de las grandes ciudades con municipios colindantes en caso de que la movilidad de los menores devenga un problema común⁴⁴.

Por último, no debería perderse de vista la necesidad de iniciar relaciones bilaterales con algunas ciudades o regiones europeas en las que el fenómeno de los menores inmigrantes de la calle presente puntos de coincidencia con los de nuestras ciudades.

⁴⁴ Acuerdo de coordinación y compromiso para mejorar la respuesta interinstitucional al problema social de la inmigración de menores y jóvenes indocumentados en situación de alto riesgo social, de 9 de marzo de 1999. Fueron parte en el mismo el Gobierno de la Generalidad, la Delegación del Gobierno del Estado en Cataluña, los Ayuntamientos de Barcelona y Santa Coloma de Gramanet y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Las dos novedades destacables del Acuerdo es que apostaba por la detección temprana de los menores inmigrantes de la calle a través de educadores sociales que trabajaban en el medio. Junto a ello introducía mecanismos para asegurar la identificación del menor por medio de fotografías y huellas dactilares, incorporando garantías de confidencialidad de los datos de los menores. Un segundo convenio de abril de 1999 entre el Departamento de Justicia de la Generalitat y el Ayuntamiento de Barcelona trató de dotar con recursos adecuados las previsiones del Acuerdo. Posteriormente, esas mismas partes ratificaron el Convenio de 11 de julio de 2000, con el fin de actualizar y adaptar el acuerdo anterior .

CONCLUSIONES

En términos generales, debe valorarse positivamente la instauración de un sistema de intervención sobre menores basado en itinerarios adaptados a las distintas necesidades de ese colectivo, y especialmente la introducción de un nuevo itinerario para los menores en situación de grave riesgo social, basado en una atención en el medio de carácter no restrictivo. Ese mecanismo de intervención será especialmente eficaz si, además, se aplica con flexibilidad en beneficio del menor, con el máximo respeto a sus intereses y con un soporte material, humano y presupuestario adecuado.

No obstante, el designio protector que alienta la actual regulación resulta empañado por la ausencia de garantías que aseguren la protección efectiva de los derechos de los menores inmigrantes de la calle. En este sentido, la regulación actual implica un retroceso porque debilita o no logra proteger suficientemente los derechos de estos menores.

Esa paradójica desprotección se observa en la regulación concreta de las medidas de repatriación (art. 35 TIDYLE y art. 62 REDYLE) y de internamiento preventivo de menores en situación de grave riesgo social (art. 5 bis Ley catalana 31/1997 introducido por la Ley catalana 8/2002), respectivamente justificadas en una pretendida protección de la unidad familiar y en la necesidad de asegurar la efectividad del tratamiento socio-educativo del menor. Sin entrar a discutir el grado en que medidas tan restrictivas como estas pueden llegar a satisfacer el superior interés del menor, lo cierto es que su mera comunicación al Ministerio Fiscal no es una garantía suficiente de los derechos fundamentales y principios de protección del superior interés del menor que están en juego. Al menos, no los garantiza al mismo nivel que la exigencia de autorización judicial o el reconocimiento de asistencia letrada, por lo que hay que concluir que esa reducción del nivel de garantía de los derechos sitúa al menor en una posición de mayor vulnerabilidad frente a actos administrativos arbitrarios o desproporcionados.

El particular aislamiento social que padecen los menores inmigrantes de la calle pone de relieve, además, la debilidad de las garantías que asisten a los menores desamparados ante posibles disfunciones en la declaración del desamparo y la asunción de la tutela. En tales casos, las garantías de los circuitos general y especial de menores en riesgo social dispuestas para obligar a la Administración autonómica a prestar la protección a la que tienen derecho, apenas ofrece medios eficaces y realistas al menor para que exija a los Tribunales que suplan la ineficacia de la Administración, la cual le está privando por omisión de aquello que más necesita: residencia legal y formación para trabajar.

Finalmente, el escaso nivel de coordinación administrativa en materia de intervención sobre los menores inmigrantes resta eficacia y coherencia a la intervención protectora de menores. Y ello a pesar de que la adopción de algunos de los instrumentos y procedimientos de coordinación administrativa citados anteriormente sólo requiere una mínima voluntad política, que en el ámbito de menores debería darse por descontada.