



www.apdha.org

**ASOCIACIÓN PRO DERECHOS
HUMANOS DE ANDALUCÍA**

Entre la represión y la protección

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ANDALUCÍA (MENA)

Junio 2006



www.apdha.org

**ASOCIACIÓN PRO DERECHOS
HUMANOS DE ANDALUCÍA**

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ANDALUCÍA
Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía
junio2006

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

Definición del MENA

Definición del desamparo

I/ DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD SOCIO-ECONÓMICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS ENTRE MARRUECOS Y ANDALUCÍA

1. ¿Quiénes son?
2. ¿Por qué emigran los menores marroquíes?
3. El sistema de acogida de menores inmigrantes en Andalucía

II/ LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS MENA EN ANDALUCÍA

1. De la protección jurídica de la Infancia
2. Del sistema de acogida en España
3. Del proceso de Protección jurídica hacia el Menor Extranjero en desamparo
4. Los fallos del sistema

III/ POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA REPATRIACIÓN DE MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

1. Instrumentos jurídicos utilizados en este marco y análisis
2. Análisis crítico de las políticas públicas de repatriación
3. Modalidades de expulsión: entre la teoría y la práctica
4. Políticas europeas respecto a los MENA: una armonización en la repatriación

IV/ CONSIDERACIONES FINALES

1. Menores necesitados de protección antes que inmigrantes
2. Recomendaciones finales

Realizado con la colaboración del
COMITÉ CATHOLIQUE CONTRE LA FAIM ET POUR LE DEVELOPPEMENT

Coordinado por

- Brigitte Espuche
- Cristina Luna
- Betty Dezalais

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA

INTRODUCCIÓN:

Como indica el Consejo de Europa¹, el fenómeno de las migraciones está vinculado a los cambios provocados por la globalización, especialmente a la circulación incesante de las mercancías, de los capitales y de la información. Estos factores, junto al deterioro continuado de la situación social, económica y política de los países empobrecidos, provocan un aumento de los flujos migratorios, así que una modificación y diversificación de los grupos sociales emigrantes.

En este contexto, España, como puerta meridional de Europa, representa un punto clave en las rutas migratorias: mientras que antes era un territorio sobre todo de tránsito para los extranjeros en dirección a Francia, Alemania o Suiza, en los últimos años España ha visto aumentar su nivel de inmigración al mismo paso que su índice de crecimiento². España ya no es una zona de simple paso, sino un territorio sobre el cual los emigrantes pretenden establecerse de forma estable.

En los años 90, España comienza a detectar un nuevo fenómeno migratorio con la llegada de menores extranjeros no acompañados a su territorio (la llamada tercera generación de la inmigración³). Desde entonces, todos los estudios demuestran que los menores inmigrantes son "los nuevos protagonistas de los procesos de migración en el panorama internacional"⁴.

En efecto, "...dentro de ese creciente flujo de inmigrantes hacia los países desarrollados, llama la atención la presencia de un elevado número de menores que, sin estar acompañados de adultos, tratan de mejorar sus expectativas de futuro incorporándose a la aventura migratoria. Se trata de personas que a su condición de inmigrantes unen su calidad de menores de edad, lo que en principio los haría merecedores de una especial tutela y protección por parte de aquellos países que proclaman su acendrada defensa de los derechos de los menores como una de las manifestaciones más relevantes de su elevado nivel de desarrollo y progreso.

Sin embargo, estos países, a la hora de afrontar el fenómeno de las migraciones de menores, parece como si sólo fueran capaces de vislumbrar al inmigrante que pretende participar de sus riquezas y su bienestar, mien-

1. En Conferencia regional Consejo de Europa sobre "las migraciones de los menores no acompañados: actuar en el interés del niño" -Acogida de los MENA en España- Málaga-Octubre 2005

2. Existe en España una presión migratoria fuerte debida a muchos factores. Entre ellos, la proximidad de los países empobrecidos
□ visto su tasa de paro de la población activa pasar de 22,9% a 11,2%.

3. La primera generación se caracterizaba por la emigración del padre hacia Europa ("búsqueda del tesoro"), después la de la madre (como acompañante primero en el marco de la reagrupación familiar, y después como actor), y, constituyendo una tercera fase de emigración, la del niño, emigrando sin su familia primaria. Ver también: "Niños entre fronteras: migración de menores no acompañados en el Mediterráneo occidental"- Liliana Suárez Navaz-

4. En "Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España"- Ramírez Fernández, Ángeles y Jiménez Álvarez, Mercedes

tras un velo les oculta al menor que demanda su amparo y protección. Quizás sea por ello que la legislación que se pretende aplicar a estos menores inmigrantes sea con preferencia la de extranjería y no la de protección de menores⁵” .

Esta ambigüedad intrínseca de la condición del menor extranjero en migración, plantea a las autoridades competentes un dilema difícil entre su política restrictiva a la inmigración y su obligación de garantizar el respeto de las normas internas y los acuerdos internacionales ratificados sobre los derechos de los menores.

En efecto, estos “nuevos sujetos de movilidad⁶” que acceden generalmente a Europa por costas y puertos andaluces (dada la ubicación estratégica de Andalucía), suscitan muchas preguntas, incertidumbres y alarma tanto dentro de la sociedad civil como en los poderes públicos, poco acostumbrados a este nuevo fenómeno migratorio.

Es esta **tensión entre la represión y la protección** lo que se trata de apuntar y de analizar, a través de este estudio previo, hecho más bien para acercarnos a la realidad de los MENA, y ampliar nuestro conocimiento del tema gracias a todas las informaciones que hemos podido recopilar.

Pretendemos así, en primer lugar, presentar brevemente la situación actual de los menores extranjeros (en su mayoría marroquíes) no acompañados en Andalucía, (I), para después abordar el sistema de acogida en España, desde el aspecto jurídico (II) y, finalmente, las políticas públicas de repatriación (III). Será en el informe definitivo, cuando hagamos una valoración de todo ello y presentaremos nuestras propuestas de actuación (IV).

Definición de los términos

- Definición del Menor Extranjero No Acompañado:

El Consejo de la Unión Europea, en el artículo 1 de su Resolución del 26 de julio de 1997, define los Menores Extranjeros No Acompañados como: **“todos los nacionales de países terceros menores de 18 años que entran en el territorio de los Estados miembros sin estar acompañados de un adulto que sea responsable de ellos por la ley o el hábito, y mientras no estén efectivamente bajo cargo de tal persona (...) (así como) menores nacionales de países terceros que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro” (97/C 221/03).**

5. En Nota de prensa Informe Especial 2004 sobre menores inmigrantes en Andalucía : « la atención en los centros de protección de menores »

6. En “Buscarle la vida”- Mercedes Jiménez

Pero, esta Resolución se entiende como “norma de mínimos”, es decir sin perjuicio de las disposiciones más favorables en Derecho Interno, y conforme a esta definición, el menor extranjero que se encuentra en territorio español sin la compañía de un adulto responsable, es un menor extranjero no acompañado⁷.

- Definición del desamparo:

La *LO 1/1996, del 15 de enero*, sobre protección jurídica del menor, emplea el término amplio de situación de desprotección social del menor para referirse a todas aquellas situaciones que perjudiquen su desarrollo personal o social.

La ley distingue las Situaciones de riesgo (*art.17*) que son aquellas de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, sin que requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, y la Situación de desamparo (*art. 18*) que aparece definida en el *art. 172.1 del Código Civil (CC)* como

Conjugando la letra del artículo 172 del Código Civil con la interpretación jurisprudencial, esta claro que el menor extranjero que se encuentra en territorio español sin compañía de un adulto que ejerza de manera efectiva las funciones de guarda, está en situación de desamparo, puesto que en su situación concurren los dos requisitos, subjetivo y objetivo,

la que se produce de hecho **“a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”**.

Así que la definición legal de la situación de desamparo contempla dos aspectos:

-1º una omisión o ejercicio inadecuado por parte de los padres o tutores de sus deberes de protección

-2º un resultado: que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral y material.

Para los niños extranjeros declarados en desamparo, derivan de esta definición dos consecuencias:

-la tutela automática de la Administración

-la regularización de su situación legal en España

DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD SOCIO-ECONÓMICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS ENTRE MARRUECOS Y ANDALUCÍA

1.1. ¿QUIENES SON?⁸

El origen de los menores depende de la proximidad del país de origen y el de recepción, de las relaciones entre estos dos países, y de las rutas migratorias establecidas por los adultos antes que ellos.

En España, los MENA son generalmente originarios de África Septentrional (Marruecos, Argelia), de África Subsahariana y de los países del Este (Rumanía en particular).

Centrándonos sobre todo en el caso de la larga tradición de emigración desde Marruecos, **podemos decir que los MENA representan una quinta etapa en el proceso migratorio marroquí hacia Europa⁹**.

En efecto, el fenómeno de la emigración es muy dinámico. La primera etapa, en los años 60-70, estuvo constituida por una emigración masculina hacia países como Bélgica, Holanda o Alemania.

En los años 70, la mujer empieza a participar en el fenómeno de la emigración, pero más como acompañante del marido (reagrupación familiar) que como actor principal de esta emigración.

La tercera etapa se abre con la feminización de la emigración, cuando a mediados de los años 80 la mujer con problemas sociales o divorciada empieza a autonomizarse en la emigración.

Los años 90 marcan la cuarta etapa de la emigración, con el cierre y control de las fronteras europeas: la entrada de España en la U.E en 1986, la definición del territorio Schengen y las políticas de visado (visado necesario entre Marruecos y España a partir de 1991). Empieza entonces la llamada "emigración clandestina" de los adultos.

En fin, al final de los años 90, asistimos a una quinta fase del proceso con la emigración de los menores no acompañados a Europa. Al principio, sólo emigraban no acompañados los llamados niños "en situación de calle", pero ahora ya no es así. El último eslabón de la emigración de los menores se dio a conocer en el 2003 con "la paterización" del fenómeno.

8. En Conferencia regional CE sobre "las migraciones de los menores no acompañados: actuar en el interés del niño "Acogida de los MENA en España- Málaga-Octubre 2005

9. Cf. Director de la Asociación TADAMON- Seminario Permanente de Derechos Humanos «El proceso de la emigración de los menores marroquíes »- Córdoba- 09/03/06

1.1 Principales características sociológicas de los MENA en Andalucía

Suelen ser chicos de entre 14 y 18 años, la mayoría originarios de una familia numerosa en Marruecos, con la que mantienen relaciones habituales y constantes.

La edad media es de 16 años, pero dan prueba con frecuencia de una gran madurez, especialmente en la claridad de su proyecto migratorio (obtener papeles para trabajar), y en su deseo de mejorar su situación personal y familiar. Adoptan para ello una gran movilidad geográfica, puesto que el factor determinante es el éxito del objetivo, y se benefician de unas redes de compatriotas para facilitar los accesos.

Suelen tener un bajo nivel educativo, debido a menudo a una escolaridad obligatoria interrumpida en el país de origen, y gozan de una pequeña experiencia profesional por su rechazo al sistema escolar a favor de una formación profesional.

También suelen rechazar el sistema de protección ofrecido en el país de acogida por soluciones más autónomas (alojamiento en apartamento), poniendo en práctica su conocimiento y uso relativo de la legislación y de los servicios de protección. Al mismo tiempo, sus relaciones con otros jóvenes se suele limitar en buena medida a los originarios de Marruecos, y suelen ser muy escasas con los jóvenes españoles.

A pesar del choque brutal frente a la realidad de la inmigración, no suelen prever volver un día a casa, aunque, como se decía antes, si conservan unas relaciones muy fluidas y constantes con la familia y comunidad de origen en un fenómeno que genera vínculos y redes de carácter transnacional.

1.2 Su situación familiar en origen¹⁰:

Acercarnos a la situación familiar de origen de los menores que emigran no acompañados desde Marruecos a España nos permite entrever **cuatro situaciones familiares de referencia**.

1) Una primera situación familiar donde los menores están escolarizados, viven con su familia en un ambiente estable, donde la familia goza de una situación económica que cubre las necesidades básicas, como la alimentación, la ropa, el alojamiento, la educación y los cuidados sanitarios. En este grupo, los niños no trabajan.

Representan el 10% de los candidatos a la emigración

10. Nos referimos principalmente a los menores marroquíes. Ver informe de Mercedes Jiménez "Buscarse la Vida

2) Segunda situación familiar, donde los menores tienen dificultades en su escolarización y tienen una primera experiencia de trabajo. Viven en un ambiente familiar estable, pero con dificultades económicas. Pueden pasar la mayor parte de su tiempo en la calle sin hacer de eso su modo de vida.

Ellos representan el 40% de los candidatos a la emigración

3) Tercera situación: los menores viviendo en un ambiente familiar inestable, con una situación económica precaria o muy precaria. El conjunto de estas circunstancias caracteriza la tercera topología. Los problemas más comunes provocados por esta ruptura familiar están a menudo vinculados con la enfermedad de uno de los padres.

Estos niños representan el 35% de los candidatos a la emigración

4) Cuarta situación: los llamados menores “en situación de calle”, que han hecho de la calle su modo de vida y que están separados del núcleo familiar.

Ellos sólo representan el 15% de los candidatos a la emigración

Queda de manifiesto así que este último colectivo no es tan amplio como nos lo presentan los discursos catastrofistas de los medios de comunicación y de las autoridades públicas...

1.3 Menores y contexto socio-económico y político en Marruecos

La emigración de menores desde Marruecos, encuentra un importante aliento en la situación socioeconómica de este país, y en particular en la falta de sistemas de protección de menores, víctimas frecuentes de la violencia sistemática que se ejerce sobre ellos, tanto por parte del Estado como por parte del resto de la sociedad.

En Marruecos, el número de niños en situación de calle es considerable y no deja de crecer.

Los niños obligados a vivir en la calle, además de ser víctimas de discriminación, están particularmente expuestos al riesgo de ser detenidos, puesto que el vagabundeo y la mendicidad están considerados como delitos menores.

- Los niños desfavorecidos a nivel socioeconómico son objetos del incumplimiento sistemático de sus derechos civiles y políticos en hechos como los siguientes: Redadas, falta de crédito otorgado a la palabra del niño a quien no se escucha, detenciones abusivas en malas condiciones (sobrepoblación y mezcla con los adultos dentro de los lugares de detención), padres o profesores

no avisados, falta de asistencia legal, niños tratados como culpables y no víctimas.

- Los problemas socioeconómicos (exclusión, pobreza, dimisión parental) son tratados desde un enfoque de seguridad, contrario a los derechos humanos, mientras que estos niños necesitan sobre todo protección.

Marruecos, en 1993, ratificó el **Convenio de los Derechos del Niño**. Con el fin de conseguir una armonización de los textos de ley nacionales con los distintos convenios y protocolos internacionales ratificados, en el año 2002 se adoptó un nuevo código de procedimiento penal.

Esta revisión estableció una nueva organización de la justicia de los menores y una reforma que hace hincapié en la protección del menor infractor, del menor víctima de un delito y del menor en situación difícil expuesto a la delincuencia.

Los últimos cambios legales relativos a la infancia eran significativos: Código de trabajo, Código de la familia y Código Penal. Lamentablemente, estos cambios no han sido acompañados de una transformación eficaz en las prácticas sociales y en el tratamiento de los menores.

Marruecos carece de una política social que garantice una protección global a la infancia. No existe responsabilidad pública en cuanto a las situaciones de falta de protección especial de los menores: niños de la calle, menores explotados en el trabajo y sexualmente, niñas trabajando en el servicio doméstico en condiciones de semi-esclavitud, niños de madres solteras – que ya tienen un reconocimiento jurídico, pero que no se les reconoce aún en la práctica social –, menores de las zonas rurales sin acceso a los servicios básicos, etc...

A este respecto, el Defensor del Menor Andaluz ha afirmado que **“(...) todas las personas consultadas -formal o informalmente- sobre la situación del Sistema de Protección de Menores en Marruecos coincidían en calificar de primario y deficiente dicho sistema, considerándolo escasamente preparado y dotado para atender las necesidades del elevado número de menores que padecen situaciones de riesgo en Marruecos y claramente incapaz de afrontar con garantías la incorporación al mismo de un elevado número de menores como el que podrían ser retornados desde nuestro país si se llevan a cabo los acuerdos que se prevé firmar entre los Reinos de España y Marruecos”¹¹.**

11. En nota prensa Informe Especial sobre menores inmigrantes en Andalucía: « la atención en los centros de protección de menores » - Defensor del Pueblo- (2004)

I.2. ¿PORQUÉ EMIGRAN LOS MENORES MARROQUÍES?

Las situaciones socio-económicas de miseria y de pobreza, así como situaciones sociales y políticas de fuerte contenido represivo, son las mayores responsables de las migraciones hacia una Europa vista como un El Dorado, y particularmente España, a solamente 15km de distancia del continente africano.

En Marruecos particularmente, el éxodo rural y el paro (34% de los jóvenes están parados) representan, además del yugo socio-político-religioso, unas de las principales razones para querer emigrar.

2.1 Trabajo Precoz

El bajo nivel socio económico de la mayoría de las familias obliga a los padres a incorporar a sus niños al trabajo de manera muy precoz. Sin embargo, la iniciativa de trabajar suele venir directamente del niño mismo, ya que la escuela no representa una perspectiva clara de futuro. En efecto, la escuela no se percibe por el menor (ni con frecuencia tampoco por la familia) como un medio de promoción social, si se considera la tasa muy alta de diplomados parados y la calidad de la enseñanza (basada en antiguos sistemas franceses, que han demostrado en muchas ocasiones su ineficacia).

El menor entonces se plantea temprano un objetivo de autonomía financiera rápida, vía un empleo que le permita sostener su familia.

Así pues, se puede constatar que los niños trabajan en el sector informal para colaborar con las necesidades de la familia a pesar de que la edad laboral mínima es de 15 años (aunque un 73% de los niños comenzó a trabajar antes de la edad legal).

La incorporación de estos menores al mundo laboral se hace en condiciones muy precarias y lejos de ser una experiencia de aprendizaje e inserción en la vida social, el trabajo de los menores es una primera experiencia en la cual se constata que “Mi futuro no está en este país”.

2.2 Influencia familiar y mediática

Hemos podido comprobar que se trata de menores que frecuentemente emigran sin el apoyo expreso de su familia, pero si con el consentimiento a menudo tácito de sus padres, que se sienten impotentes ante las pocas perspectivas de futuro que se ofrecen a sus hijos. Esta nueva forma de emigración parece así formar parte de una especie de “estrategia familiar”, considerando que el menor

protegido tiene menos posibilidades de ser expulsado/devuelto hacia su país de origen que los adultos en situación irregular.

Es más, es notable que en Marruecos los medios de comunicación no hacen más que afirmar un cierto sentimiento de que el “otro lado” está muy cerca y es muy accesible, retransmitiendo esta influencia occidental, visible tanto a través de las parabólicas, como de las inversiones extranjeras¹² que inundan literalmente Marruecos.

En efecto, las “incitaciones” a emigrar no faltan: ya sean gigantescos carteles publicitarios del “otro mundo” y como acceder a él (ofertas de viajes en barco, propaganda para estudiar 2 años en Europa, etc...) o la imagen de éxito social otorgada a los “Marroquíes Residiendo en Europa” cuando vuelven a casa en verano...

Por otra parte, esta influencia occidental, a la vez rechazada y querida, se deja ver también a través del impacto de los antiguos protectorados español y francés, y de la implantación de numerosísimas empresas extranjeras en Marruecos, por las excelentes condiciones para la inversión y para sacar beneficios de la propia cooperación al desarrollo.

Aparece así un fenómeno quizás insuficientemente estudiado; el llamado “mito migratorio”, fomentado por medios de comunicación que cubren hoy todo el planeta y presentan una visión falseada del nuevo y mítico El Dorado. Basta señalar que en una encuesta realizada entre APDHA y Pateras de la Vida en la provincia de Larache, 63% de los jóvenes encuestados se planteaban emigrar. En otras zonas, por ejemplo en la provincia de Beni-Mellal, elevaban esta cifra hasta el 80% de los jóvenes, cuyo horizonte de futuro era la emigración.

2.3 Los principales puntos de salida de los menores marroquíes que emigran a España

Los menores marroquíes emigran principalmente por los puntos de salida de Tánger, Ceuta, Nador, Melilla, el puerto de Casablanca y Tarfaya. Hay que señalar que también los Polos industriales, enclaves españoles, centros urbanos, lugares de intercambios comerciales internacionales, son zonas fronterizas atractivas.

Tánger es el ejemplo típico de una zona de expansión industrial donde se establecieron manufacturas extranjeras en búsqueda de una mano de obra barata. Una mano de obra que se encontró con frecuencia en mujeres y niños, objeto en numerosos casos de terrible explotación. El proceso de globalización

12. Frutos del impacto de los antiguos protectorados francés y español y de los intereses económicos y diplomáticos que puede representar Marruecos

y deslocalización de empresas, ha traído consigo estas gravísimas violaciones de derechos humanos.

2.4 “Paterización”

Hasta los finales del 2002, los menores emigraban principalmente en los barcos o escondidos bajo los ejes de un camión (salvo los niños que iban de Tarfaya a las Islas Canarias que utilizaban la patera). Pero desde enero de 2003, aumentó el número de menores que llegan a las costas andaluzas en pateras.

Eso representa entonces un cambio: la “paterización” de la inmigración de los niños¹³.

Después de la puesta en marcha del SIVE, los itinerarios de las pateras se han modificado. Para evitar su localización por la Guardia Civil, se elige otros puntos de entrada en la costa, principalmente Granada, Almería y las Canarias. Esta travesía es mucho más arriesgada y peligrosa, además de ser más cara.

2.5 Redes y globalización

La migración de menores en el caso de Marruecos, refuerza la existencia de redes transnacionales. Es posible por la existencia de dichas redes y al tiempo las refuerza. No se trata de redes de tráfico de personas específicamente de tipo mafioso, tal como se empeñan en difundir para justificar sus políticas de rechazo los diferentes gobiernos, por más que estas también existan y operen para explotar una actividad que, precisamente por su carácter ilegal, es económicamente muy rentable.

Nos referimos más bien a la extensión de redes que vinculan a familias y a comunidades a través de la distancia. Lo cual es posible precisamente por los procesos de globalización que de u otra forma afectan a todos. La extensión de estas redes que dan soporte a esta aventura migratoria de los menores (y de los mayores) no es nada desdeñable. Como tampoco lo es su papel en la génesis y el desarrollo de los procesos migratorios. Tanto, por ejemplo, en el impulso que provoca la migración de los chavales, en la organización y soporte del propio proceso migratorio o en la acogida en el país receptor. Juegan por tanto un enorme papel los factores subjetivos, familiares y comunitarios.

Tanto es así que posiblemente estas nuevas migraciones de menores se inscriban y jueguen un papel muy importante en lo que numerosos autores han analizado como la génesis de “comunidades transnacionales”, en las que se

13. En Informe SOS Racismo y Mercedes Jiménez

crean y se sostienen múltiples relaciones que vinculan a los actuales inmigrantes con sus lugares de origen¹⁴.

Algo por cierto absolutamente imprescindible de tener en cuenta a la hora de abordar las actuaciones con menores llegados de allende nuestras fronteras.

Es importante poner en relieve los rasgos particulares de la emigración de los menores no acompañados, a través de esta tendencia contradictoria de la globalización.

Esta contradicción se revela entre las políticas de cierre de fronteras y la voluntad de movimiento de los individuos: “Los menores no acompañados son así los nuevos saltimbanquis, los vulnerables de la globalización”¹⁵ necesitando también una protección en el país de acogida.

I.3. EL SISTEMA DE ACOGIDA DE MENORES INMIGRANTES EN ANDALUCÍA

La Comunidad Autónoma de Andalucía cuenta con 249 centros de protección, con una capacidad de 2459 plazas. 30 de esos centros de acogida son específicos para los MENA, con una capacidad total de 600 plazas.

La Junta ha admitido, según sus datos, a 1734 MENA en sus centros durante el año 2005, es decir, 875 admisiones más que en el año anterior, aunque sea muy difícil contabilizar de manera precisa el número real de menores que han pasado por sus centros.

En efecto, no sólo los propios niños no facilitan siempre información fiable sobre su identidad, sino que los niños pueden incluso ser “duplicados” en los registros de los centros de la Junta (fuga, errores, traslados, etc...).

Pero frente a esta llegada **“cada vez más masiva”¹⁶**, pronto la capacidad de recepción de España se ve desbordada y las autoridades se dan cuenta de que los servicios de acogida no están preparados para acoger menores con características y necesidades diferentes a aquellas para las que fueron concebidos. Se ven obligados a proceder rápidamente a la creación de nuevos mecanismos para garantizar la acogida reclamada, obligación de los servicios del Estado y de cada Comunidad Autónoma.

Así, en Andalucía, ante la llegada de más menores superando las previsiones de la Junta, se pusieron en marcha 7 planes de urgencia desde el pasado verano del 2005, por los que se crearon doce de estos centros. Este aumento ha significado un coste suplementario de 15 euros por día y por menor, o sea un

14. Ver por ejemplo Hannerz 1992, Basch 1994, Appadurai 1996 y Canales y Zolniski 2000

15. En “Globalización y movimientos migratorios”- Natalia Ribas Mateos-

16. Ver discursos de las autoridades, en particular emitidos por la Consejera de la Igualdad o la Directora General de Infancia y Familias a este respecto en el mes de febrero del 2006.

coste total de 8 000 000 euros por el año 2005.

El 80 % de estos menores están acogidos en centros de la provincia de Granada (447), de Cádiz (380), de Málaga (352), de Almería (204), de Sevilla (161), de Córdoba (74), de Jaén (61), y Huelva (55)¹⁷.

Una parte de los Centros son gestionados directamente por la propia administración, pero otros muchos son centros de protección privados que son gestionados por ONGs o asociaciones que tienen un convenio con la Junta. (La Asociación Andaluza de Centros Católicos de Ayuda al menor tiene 52 Centros, por ejemplo). También existen muchísimos Centros “informales” no identificados como tales, pero que acogen algunos MENA en caso de desbordamiento de las entidades públicas.

En todo caso, es preciso ser conscientes de que, como dice Mercedes Jiménez, *“Hemos de tener en cuenta que la magnitud de este colectivo se mide en número de menores acogidos en recursos de protección y que [...] hay menores en la calle que nunca han tenido contacto con las instituciones de protección”*¹⁸.

Así que no solamente la cifra real del número exacto de MENA presentes en el territorio español es en parte desconocida, sino que además las cifras anunciadas dentro de los centros pueden ser relativamente erróneas.

3.1 Valoración que hace el Defensor del menor de Andalucía sobre los Centros de Menores Inmigrantes

Después de una investigación realizada durante el año 2001, el Defensor del Menor de Andalucía¹⁹, habla de **“una valoración globalmente positiva respecto a la atención que han recibido los menores inmigrantes acogidos por el sistema de protección andaluz en el periodo analizado”**.

1º. Porque todo menor inmigrante derivado al sistema de protección andaluz pudo contar con una plaza en un centro y vio adecuadamente satisfechas sus necesidades básicas, tanto materiales, como afectivas, formativas o sanitarias.

2º. Porque los diferentes organismos que integran el sistema de protección de menores de Andalucía están asumiendo una serie de competencias y responsabilidades en relación con los procesos migratorios de menores que exceden con mucho a los que les atribuye la legislación vigente, por la actitud pasiva y la falta de asunción de responsabilidades que caracteriza la actuación de la Administración del Estado en el ejercicio de las competencias que claramente le atribuye la legislación de extranjería.

17. Con la reserva emitida de que no podemos tener unas cifras exactas: se trata entonces de una aproximación.

18. En “Buscarse la vida”- de Mercedes Jiménez- p.13

19. En nota de prensa Informe Especial sobre menores inmigrantes en Andalucía: « la atención en los centros de protección de menores » - Defensor del Pueblo- (2004)

Pero sin embargo, a pesar de su valoración positiva, destaca unas circunstancias concretas que ponen en cuestión la eficacia y la validez de la atención recibida por los MENA en los centros de protección andaluces, durante el año 2001-2002.

-No es posible ofrecer datos fiables sobre el número real de menores inmigrantes atendidos en Andalucía durante el periodo investigado, como consecuencia de la inexistencia de un registro unificado de menores inmigrantes.

-No se han elaborado estudios sobre los menores inmigrantes que permitan conocer sus características sociológicas, sus necesidades asistenciales y los medios y recursos que precisan para integrarse socialmente.

-No ha existido una planificación del sistema de protección, ni un diseño del modelo de intervención con menores inmigrantes, limitándose la Administración a solventar las necesidades puntuales que han ido surgiendo en las distintas provincias utilizando los recursos disponibles en las mismas.

-Existen grandes diferencias en la actuación desarrollada por las distintas provincias andaluzas en relación a los procesos migratorios de menores, que determinan un panorama disperso, confuso y, en ocasiones, caótico, respecto de cómo deben desarrollarse las distintas fases que integran el proceso migratorio de los menores y cuales han de ser los criterios que han de regir su desarrollo, sin que en ningún caso existan razones derivadas del número o características de los menores inmigrantes afectados que justifiquen tales divergencias.

-No existen directrices, ni criterios claros y definidos sobre como debe desarrollarse cada fase del proceso migratorio con independencia del centro o provincia en que se encuentre acogido el menor inmigrante.

-No existen instrucciones claras a las Delegaciones Provinciales sobre cual debe ser el procedimiento a seguir en los casos en que se haya acordado el retorno de un menor inmigrante, en cuanto a los derechos que asisten a dicho menor y los cauces procedimentales que debe respetar la autoridad gubernativa para ejecutar dicha decisión.

-No puede admitirse la persistencia de la situación actual en la que las posibilidades de que un menor inmigrante permanezca en España y sea regularizada su situación o sea retornado a su país de origen, dependen, no ya de cuales sean sus circunstancias personales y socio-familiares, sino de cual sea la provincia en que se encuentra ubicado el centro de protección que lo ha acogido²⁰.

Es preciso señalar que creemos la situación mas deteriorada desde la fecha de esta investigación del 2001-2002 del DMA.

20. En nota de prensa Informe Especial sobre menores inmigrantes en Andalucía: « la atención en los centros de protección de menores » - Defensor del Pueblo- (2004)

II LEGISLACION DE PROTECCIÓN DE LOS MENA EN ANDALUCÍA

II.1. INTRODUCCION

Derecho, ciudadanía, inmigración.

Derecho e inmigración pueden ser términos contrapuestos. Referirse a los derechos de los inmigrantes exige, en primer lugar, aludir al Derecho existente en una determinada comunidad política, sea ésta de ámbito estatal o regional. Los extranjeros tan sólo pueden acceder a aquellos derechos que el Estado, en virtud de la soberanía que le es propia, esté dispuesto a reconocerle.

Se reserva un catálogo más amplio de derechos que son exclusivos para los ciudadanos y de los cuales los extranjeros se encuentran excluidos. La ciudadanía aparece así en las sociedades actuales al tiempo como categoría de inclusión y al tiempo de exclusión.

En la UE son los ciudadanos extracomunitarios los que ven de forma más drástica recortados sus derechos, hasta el punto de que incluso se les niegan derechos que son inherentes a toda persona humana²¹.

Se trata de una distinción fundamental en la política actual frente a las migraciones por parte de los estados de la UE, que afectará de forma muy notable a la consideración de los menores migrantes.

El menor extranjero no acompañado:

La caracterización jurídica del menor extranjero viene delimitada por una doble consideración negativa: ser menor y extranjero.

Si por menor se entiende toda aquella persona que aún no ha alcanzado la mayoría de edad, extranjero es todo aquel que carece de la nacionalidad española.

De este modo, bajo la rúbrica de «menor extranjero» se alude a un grupo de individuos que viene definido precisamente por referencia a lo que carece, y en relación a ello se encuentra afectado por dos tipos bien diferentes de normas²².

De un lado, la normativa propia del **régimen de extranjería**, que impone determinadas restricciones a los derechos y libertades de los que pueden gozar los extranjeros que se encuentren en nuestro territorio, en comparación con los que disfrutaban los nacionales.

21. V□

Instrucción 3/2003"- Alberto Carrio Sanpedro- Área de Filosofía del Derecho-Universidad de Oviedo

22. Ídem

De otro, la que incumbe a **la protección jurídica del menor**, más protectora con los intereses de éste, ya que hace primar por encima de cualesquiera otras circunstancias el “**interés superior**”²³ del mismo.

En España, y por consiguiente en Andalucía, todas las intervenciones que afecten a los menores deben, conforme al *artículo 12 de la Ley 1/1996*, relativa a la protección jurídica de los menores y al *artículo 92 del reglamento de la Ley O. 4/2000*, modificada por la *L.O 14/2003* relativa a los extranjeros, estar guiadas por el famoso principio del interés superior del niño, que sin embargo no está suficientemente definido, ni siquiera en la propia ley.

Pero lo cierto es que, en la práctica, para el caso de los menores extranjeros no acompañados, este principio es puesto en cuestión, dado que los menores extranjeros sufren un trato que no da la prioridad a su condición de menor potencialmente en desamparo, sino por el contrario el acento se pone sobre su condición de inmigrante en situación irregular.

Se manifiesta así la contradicción entre dos lógicas que regulan su situación: una que debe proteger al niño en desamparo sin ninguna discriminación de nacionalidad o de situación administrativa (Ley Orgánica de Protección de la Infancia) y otra que les expulse (Ley de Extranjería relativa a la situación de los inmigrantes irregulares en España) refiriéndose al control de las fronteras y a la canalización de los flujos migratorios.

II.2. DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INFANCIA

Los Menores extranjeros se benefician en España de una protección jurídica **internacional, nacional** y de las **Comunidades Autónomas**.

Los principales instrumentos vigentes son los siguientes:

2.1. Legislación internacional sobre la protección de la Infancia

- Declaración de los Derechos de los niños [1959]
- Convenio de los Derechos de los niños [1989] (ratificado por España en 90 y vigente desde 91)
- Pacto de La Haya sobre la Protección de la Infancia [1993] (ratificada por España en 95)

23. Que por cierto, como se indica abajo, no está suficientemente definido...

- Directiva 94/33 CE sobre la Protección de los jóvenes en el trabajo [1994]
- Resolución CE sobre los MENA en los países terceros [1997]
- Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: [2000] (y el principio de subsidiaridad)
- Directiva 2001/55 CE sobre la protección temporal de las personas desplazadas: [2001]
- Convenio sobre la Protección de los trabajadores internacionales emigrantes y sus familias: [2003]
- Resolución 2003/48 Comisión Derechos Humanos ONU: vulnerabilidad de los trabajadores emigrantes y incremento de los movimientos migratorios [2003]
- Directiva 2003/86 CE: Derecho a la reagrupación familiar [2003]

2.2 Legislación española sobre el derecho de Extranjería:

-*Ley Orgánica 4/2000* sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España modificada por la *Ley Orgánica 8/2000* modificada por la *Ley Orgánica 14/2003*

-*Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000* sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España modificada por la *Ley Orgánica 8/2000* modificada por la *Ley Orgánica 14/2003*

-*Real Decreto 2393* del 30 de diciembre de 2004 relativo a la ejecución de la *LO 4/2000* relativa a los extranjeros, modificada por la *Ley Orgánica 14/2003*

2.3 Legislación española sobre la Protección de la Infancia:

Ley de protección jurídica al menor (L.O 1/96):

Esta ley reconoce el menor como sujeto de derechos, y como persona que puede opinar sobre los derechos que le afectan.

Esta Ley proclama que el interés superior del menor habrá de ser tenido en cuenta por encima de cualquier otro interés legítimo.

2.4 Legislación de la Comunidad autónoma sobre la Protección de la Infancia

A la Comunidad Autónoma de Andalucía le corresponde la competencia exclusiva en materia de protección de menores residentes en su territorio. Esto comporta la constitución y aplicación de los distintos instrumentos que dan lugar a la acción protectora de la Administración; todo ello con el objetivo final de conseguir un mayor nivel de bienestar para los menores de Andalucía.

Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor:

Esta Ley entronca con la corriente legislativa que en los últimos años ha ido reconociendo paulatinamente la existencia de una serie de derechos de los que son titulares los menores de edad, concediendo a los poderes públicos amplias potestades para que, en caso de que las personas en principio encargadas de velar por el bienestar del menor (titulares de la patria potestad o tutores) incumplan sus deberes para con el mismo, pueda intervenir la Administración por el superior interés del niño.

El Título I se denomina de los derechos de los menores, en él se establece el objeto y el ámbito de aplicación, los principios generales que la inspiran y las actuaciones concretas a que se comprometen las Administraciones Públicas de Andalucía para la promoción y protección de los derechos de los menores que se consideran de mayor importancia para su desarrollo integral.

Los derechos que recoge la ley andaluza son los siguientes:

- o Derecho a la identificación (art. 5).
- o Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 6).
- o Derecho a la información y a una publicidad adecuada (art. 7).
- o Derecho a la prevención de los malos tratos y de la explotación (art. 8).
- o Derecho a la integración (art. 9).
- o Derecho a la salud (art. 10).
- o Derecho a la educación (art. 11).
- o Derecho a la cultura, ocio, asociacionismo y participación social de la infancia (art. 12).
- o Derecho al medio ambiente (art. 13).
- o Derecho a ser oído (art. 14).

Esta Ley instituye la figura del **Defensor del Menor**, crea los Consejos Regionales y Provinciales de la Infancia, como órganos de participación y coordina-

ción de las instituciones públicas y privadas, y desarrolla el Observatorio de la Infancia en Andalucía con la misión de promover actuaciones de investigación, estudio y análisis técnico de las materias relacionadas con los derechos y la atención de los menores.

II.3. DEL SISTEMA DE ACOGIDA EN ESPAÑA

La acogida de los menores extranjeros no acompañados moviliza diferentes actores: la administración nacional, la de las Comunidades autónomas, el Fiscal y otros sectores como ONG, municipalidades, etc...En España, según la distribución constitucional de las competencias, **la protección de la Infancia incumbe a las Comunidades Autónomas**. En cambio, la política de Extranjería es competencia del Ministerio del Interior.

La Fiscalía, por su parte, tiene por misión de velar al respeto de los intereses y de los derechos del niño durante todo el proceso de protección administrativa.

La necesidad de coordinar las intervenciones entre todas las administraciones y los organismos privados concernidos ha llevado el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a crear un grupo de trabajo encargado de analizar y abordar este fenómeno en el marco del Observatorio de la Infancia creado anteriormente.

Los trabajos de este grupo han dado lugar a la elaboración de un Protocolo de coordinación institucional en cuanto a las intervenciones hacia los MENA, en el cual están expuestas las medidas a poner en marcha por cada organismo responsable.

Los planes de acción del Estado español y de las Comunidades Autónomas sobre la Infancia y sobre la integración social de los inmigrantes prevén también medidas y programas dentro de la planificación y la ejecución de esas políticas.

En el marco de la administración general del Estado, la Secretaria de Estado para la inmigración y a la emigración ha definido dos orientaciones estratégicas prioritarias:

- o apoyo financiero de programas de acogida llevados por las Comunidades Autónomas y las ONGs
- o realización de un trabajo conjunto con los países de origen de estos menores

II.4. DEL PROCESO DE PROTECCIÓN JURÍDICA HACIA EL MENOR EXTRANJERO EN DESAMPARO

Determinación de la edad. En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de, o localicen a, un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los Servicios de Protección de Menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores. La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverán 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. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen.

El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la Entidad pública que ejerce la tutela del menor. El órgano encargado de la tutela del menor ha de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.

La autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento. La Administración General del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo según la legislación civil, actuando a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, y éstas por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación, que se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través

del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.

La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno, o por el Subdelegado del Gobierno cuando tuviesen la competencia delegada para ello, y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

La repatriación se efectuará a **costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país**. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación.

Transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el *artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000* modificada por la *L.O 14/2003*. En todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio. El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse.

En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que **alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de 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 modificada por la Ley 14/2003*.

Si se trata de *menores solicitantes de asilo*, se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del *artículo 15 del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984*,

de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la *Ley 9/1994*, de 19 de mayo, aprobado por *Real Decreto 203/1995*, de 10 de febrero.

II.5. FALLOS DEL SISTEMA

5.1 ¿Menores de edad o candidatos a la emigración?

Los menores son tratados como inmigrantes irregulares y no como menores en desamparo.

De hecho, el discurso dominante, hoy en día, mantiene que los menores extranjeros no acompañados son inmigrantes que **“vienen sólo en pateras enviados por unos padres que ponen en riesgo la vida de sus hijos por razones inconfesables, utilizando su condición de menores de edad, para poder entrar en España, conseguir una autorización de residencia y trabajo, que de otro modo sería imposible obtener, y finalmente reagrupar con ellos a toda su familia”**²⁴

Eso significa que se trata el fenómeno de los MENA únicamente en términos de gestión ordenada de los flujos migratorios, desde un prisma de seguridad y de lucha contra la inmigración clandestina, y no según lo que dispone la Ley. Hemos olvidado de que se trata de niños y niñas que ciertamente emigran solos para mejorar su calidad de vida y sus perspectivas de futuro, que son niños y niñas dispuestos a arriesgar la vida para alcanzar su objetivo, pero que ante todo son menores de edad en necesidad de protección. Ahora bien, la Ley ha convertido esta necesidad en derecho: recordamos así que, según la *Ley de protección jurídica al menor (L.O 1/96)*, **“el interés superior del menor habrá de ser tenido en cuenta por encima de cualquier otro interés legítimo”**, o sea por encima del interés legítimo del Estado español a regular sus flujos migratorios, por ejemplo. En este sentido, recordamos que **“la protección de los menores es un principio rector consagrado en la Constitución española y España es parte de la Convención de los Derechos del niño: esa, y no otra, es la base legal actual”**²⁵

5.2 “Interés superior” del menor y reagrupación familiar

Según el Defensor del Menor de Andalucía, este concepto no está definido legalmente con claridad, por lo que habría siempre que considerar cada caso

24. Ver Informe “Menores extranjeros no acompañados”- Elena Arce Jiménez - pagina 1-

25. En el informe “Menores extranjeros no acompañados”- Elena Arce Jiménez - pagina 2-

de manera individualizada: “(...) el interés superior del menor, (...) se encuadra dentro de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, en la medida en que no hay una definición clara y terminante sobre cual sea ese interés superior, que pueda aplicarse a cualquier menor sin distinción. Por lo que habrá que analizar cada caso en particular para determinar que medida de protección sería la mas adecuada para satisfacer el concreto interés superior del menor en cuestión”²⁶ .

Sin embargo, en el “interés superior del niño”, la mayoría de los actores políticos y sociales insisten sobre la importancia de la reagrupación familiar (*CDE artículo 10*). Pero esta voluntad de repatriación puede dar lugar en la práctica a conflictos con los deseos propios expresados por el niño o su familia.

Deseos que, sin embargo, no puede expresar de manera legal, puesto que el menor de edad se encuentra sin representación jurídica; no tiene derecho a la asistencia de un abogado, ni tiene derecho a comparecer ante al juez.

Su única posibilidad, vía su tutor o el Defensor del Menor, es de interpelar a la Administración...que así ejerce el doble papel de protector y represor (ya que decide sobre su eventual expulsión), lo que constituye claramente un conflicto de interés y una vulneración del principio constitucional de separación de poderes.

5.3 Violaciones de los derechos fundamentales del niño

En este contexto, Amnistía Internacional ha afirmado que **“le preocupa que no aparezcan expresamente los derechos de asistencia letrada y de intérprete a los menores no acompañados. Igualmente lamenta que no se haya incluido ninguna mención expresa a que se actuará en todo momento de conformidad con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”**²⁷

Además, al no ser oído, se vulnera el derecho del menor a tener un proceso justo antes de tomar una decisión que influye de forma decisiva en su vida, como es la reagrupación familiar o su estancia en España.

Pero sobre todo, se viola la Ley, y en particular el *artículo 92 del Reglamento de la Ley de Extranjería 4/2000 modificada por la ley 14/2003*, que estipula:

-la garantía de que se oirá al menor antes de tomar la decisión de repatriarlo.

26. En el informe Especial sobre menores inmigrantes en Andalucía: « la atención en los centros de protección de menores » - Defensor del Pueblo- (2004)

27. En el Informe Amnesty Internacional- sección España: “ESPAÑA: Oportunidades perdidas y mejoras insuficientes en materia de derechos humanos. Recomendaciones de Amnistía Internacional a la reforma del Reglamento de Extranjería.”- Diciembre 2004- p.23-

-la mención expresa a que la decisión sobre la repatriación se basará en el principio del interés superior del menor.

-que se establezca expresamente que la repatriación del menor sólo procederá si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen.

Además, en este Reglamento, se garantiza expresamente que no procederá la repatriación cuando “**se verifique la existencia de un riesgo o peligro para la integridad del menor o de su persecución o la de sus familiares**”²⁸, respetándose así el principio de no-devolución.

Por otro lado, la Ley 02/03 marroquí, relativa a la entrada y a la estancia de los extranjeros en Marruecos, y a la inmigración y emigración irregular, introduce el delito de “emigración irregular” y no duda en castigar a toda persona que se habría vuelto “culpable” de querer dejar su país.

5.4 Repatriaciones y legislación marroquí de emigración

En efecto, el artículo 50 de esta Ley se refiere a la emigración clandestina a partir de Marruecos, y castiga de una multa de 3000 a 10000 dirhams (o sea de 270 a 900 euros), y de un encarcelamiento de uno a seis meses, o de una de esas dos penas solamente, (sin perjuicio de las disposiciones del Código Penal relativas a este tema) a toda persona que deja clandestinamente las fronteras terrestres, marítimas o aéreas de Marruecos.

La existencia de una Ley como esta en Marruecos implica al menos dos cuestiones:

1) La primera que esta **Ley 02/03** contraviene los acuerdos internacionales que prevén el **derecho y la libertad de circulación**:

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)**, declaración política que reconoce en su *artículo 13* el derecho a salir y a volver a su propio país²⁹.

Por ello vulnera la Declaración Universal de los Derechos Humanos cualquier legislación interna de un país que prohíba la emigración de sus nacionales, aunque efectivamente no tenga fuerza jurídica directa.

- **Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (1966)**, que establece en su *artículo 12* que “**nadie puede ser privado del derecho a dejar su país**”, lo que significa que no solo la Ley 02/03 es contraria a

28. Cf. Artículo 92-4 de dicho Reglamento

29. Art 13.2 DUDH. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país

este principio de derecho internacional, sino que vulnera un Pacto Internacional con fuerza jurídica, que tendría mucho interés que pudiera ser denunciada ante organismos internacionales.

De ello también podría ser responsabilizada la UE, al imponer esta violación del Pacto Internacional a los países terceros como Marruecos en función de sus políticas migratorias.

2) La segunda que **no se distingue entre los adultos y los menores en esta Ley 02/03**, respecto a las sanciones dictadas, puesto que la Ley indica que las penas infligidas se imponen a “toda persona que deja clandestinamente” Marruecos.

Esto significa que un menor repatriado de España hasta Marruecos puede ser sancionado con una multa y/o con una pena de prisión cuando es remitido a las autoridades policiales de su país, lo que según nuestro punto de vista, constituye sin duda un riesgo o peligro para la integridad del menor. De hecho, tal situación sería contraria a las exigencias de garantías supuestas en el *Reglamento de la Ley de Extranjería 4/2000 modificada por la ley 14/2003*, tal como hemos señalado más arriba. **Así que por muchos motivos, esta Ley 02/03 no sólo es muy represiva, sino que en varios aspectos no respeta los principios básicos del Estado de Derecho.**

Por estas razones, podríamos aducir diversos argumentos jurídicos para oponernos a estas repatriaciones de menores marroquíes a su país de origen, donde pueden acabar siendo castigados por haber cometido un delito de emigración ilegal, cuando este delito es en sí ilegal y no existe en el país de acogida.

De hecho, se podría intentar una solicitud de no-devolución al país de origen por causa de riesgo/peligro para la integridad del menor si se le aplica una sanción ilegítima y inexistente en España.

5.5 A raíz de todo lo expuesto, destacamos las siguientes situaciones como de especial urgencia

- La falta de información a los niños sobre sus derechos y responsabilidades
- La situación en la que quedan los menores ex-tutelados: fabricación de futuros clandestinos una vez cumplida la mayoría de edad.
- La llamada “tutela en suspenso” que sigue aplicándose: la lentitud de las Administraciones para proporcionar la tutela oficial

Menores extranjeros no
acompañados en Andalucía
(MENA)

- La constante amenaza de las repatriaciones
- La falta de acciones de formación educativa adaptada para los menores en los centros de protección
 - La falta de formación profesional (jurídica, intercultural, etc...) de los profesionales y trabajadores/educadores sociales, aunque la Junta de Andalucía intente poner medios al respecto
 - Malas condiciones laborales para los profesionales del terreno en los centros de acogida (falta de motivación y de compromiso)
 - Insuficiencia en las prestaciones sanitarias y en la “seguridad e higiene” de los centros
 - Discriminación y “guetización” de los menores extranjeros: según su nacionalidad, según su situación administrativa, según si estén en un Centro mixto o especializado
- La practica no fiable de la prueba oseométrica
- Una política de acogida que necesita ser definida
- La falta de coordinación institucional y ausencia de criterios comunes en materia de atención y protección
 - La falta de representación jurídica del menor: los menores de edad carecen de la capacidad de obrar para actuar en la vida jurídica, por lo que deberán ser representados por sus padres, titulares de la patria potestad o de su tutor, así lo establece el artículo 162 CC. Pero no tienen acceso al juez ni a un abogado que le represente.
 - Problema de conflicto de intereses en el papel otorgado a la Administración: se encarga al mismo tiempo de la Protección (tutela) y de la represión (expulsión)
 - La alarma social creada por la Junta de Andalucía y por los medios de comunicación sobre la saturación de los Centros de Protección, cuando existen recursos de acogida, dispuestos a recibir y llevar proyectos con esos niños.
 - Que esta alarma social no es descartable que haya sido o pueda ser utilizada para justificar una política de expulsiones sobre los menores con la excusa de que pueda ser reagrupado “en su interés”.

III. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA REPATRIACIÓN DE MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

III.1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS EN ESTE MARCO. ANÁLISIS DE LOS MISMOS

1.1 Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado (23/10/03)

Hemos visto que la especificidad del colectivo MENA es generadora de una contradicción jurídica en cuanto a su doble condición de emigrante y de menor.

El Gobierno del Partido Popular (PP) español pretendió durante un tiempo solucionar esta contradicción tratando a los jóvenes entre 16 y 18 años como adultos, o más bien como menores emancipados, aplicándoles el régimen de la devolución bajo 48h hacia el país de origen, consustancial a los adultos en situación irregular. Esta claro que esta medida violaba claramente la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño³⁰.

Pero además, esta manera de priorizar la lucha contra la inmigración clandestina sobre la protección a la infancia tuvo como efecto, además de la violación de los derechos fundamentales de los menores en cuestión, de desdramatizar la imagen y la condición del menor aislado, (olvidamos que está en una situación grave y potencialmente “dramática”, insistiendo sobre el aspecto de fraude a la Ley de Extranjería) dejándolo sin defensa, y sin posibilidad de integración en la sociedad española. Este rechazo, alimentado por la difusión de una imagen negativa por parte de los medios de comunicación (menores “delincuentes”, menores de la calle), favoreció una determinada distorsión de la consideración social de estos jóvenes, y no permitió la voluntad de obrar más allá para la protección de sus derechos humanos.

1.2 Memorando de entendimiento entre el reino de Marruecos y el reino de España, sobre repatriación asistida de menores no acompañados (23/12/03)

8 de diciembre del 2003: Reunión de Alto Nivel en Marrakech entre España y Marruecos.

23 de diciembre del 2003: Firma de un Memorando entre los dos países que permite la repatriación de los menores marroquíes no acompañados que se

30. Ver “España: los menores acompañados sin papeles están en riesgo: Una instrucción discriminatoria del Fiscal General del Estado viola obligaciones internacionales de España y vulnera derechos fundamentales de los menores” - noviembre 2003-

encuentran en España.

Este acuerdo tendría que garantizar que se respetaran escrupulosamente las obligaciones respecto a la protección y amparo de menores suscritas por ambos países.

1.3 Instrucción 6/2004 de la Fiscalía General del Estado:

El cambio de Gobierno español en 2004 y la designación de un nuevo Fiscal General del Estado han permitido la anulación de la Instrucción 3/2003, para poner en vigor una nueva Instrucción más protectora hacia los MENA.

Así, dejando sin efecto la Instrucción anterior 3/2003, el nuevo Fiscal General, retoma una actitud más coherente con su papel institucional garantizador de los derechos e intereses del niño.

La reunificación familiar ya no es un objetivo absoluto: al tener en cuenta otros factores en la consideración del interés superior del niño, se deja la puerta abierta a acordar su permanencia en España.

La aprobación del nuevo reglamento³¹ y la adopción de la Instrucción 6/2004 indican que la decisión de su permanencia o de su expulsión sólo se puede tomar después de haber escuchado el menor y después de la presentación de un informe de los servicios de protección de la Infancia. Esas nuevas medidas prevén también la puesta en marcha de un sistema de control, que consiste en pedir a la Fiscalía de menores que informe sobre toda acción relativa a los procedimientos de repatriación³².

III.2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POLÍTICAS DE REPATRIACIÓN

En Europa en general, y en España particularmente, el temor del “efecto llamada” está alimentando discursos de recelo a la inmigración y de incremento de las políticas hiper restrictivas en la gestión de los flujos migratorios. Esto es aún mas evidente con respecto al tema de menores: “Hemos de ser conscientes de que los recursos materiales de los llamados países de acogida, entre los cuales se encuentra España, no son ilimitados, ni pueden asumir los actuales flujos migratorios sin poner en peligro su bienestar económico. Las entidades españolas de protección nunca van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serian necesarios para atender a todos los menores de edad que intentan acceder irregularmente a nuestro país, ni los tejidos productivos de la

31. Decreto Real n°2393 del 30 de diciembre de 2004, de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la L.O 14/2003 relativa a los extranjeros.

32. Cf. Artículo 92.4 del Decreto Real n°2393

sociedad española serán capaces de absorberlos.”³³

Pero discursos como este verdaderamente realizan una manipulación de la realidad respecto a la amplitud del fenómeno migratorio de menores y respecto al desbordamiento de la capacidad de acogida de la Comunidad Autónoma y de España. Y tiene efectos perversos sobre la sociedad.

Primero porque, pese al discurso alarmista, sin embargo, tienen la posibilidad y los medios de acoger a esos niños, pero carecen de voluntad política para hacerlo.

Segundo porque responden a políticas esencialmente represivas, y sumamente restrictivas hacia el fenómeno migratorio que es impulsada por la Unión Europea y sus políticas de armonización. Estas políticas, al centrarse unilateral y exclusivamente en la lucha contra la inmigración clandestina, olvidan los deberes y las responsabilidades de un Estado de Derecho, en este caso, la acogida y protección de todos los menores de edad que entran en su territorio, sin discriminación.

Por otra parte, la imagen construida por parte de los medios de comunicación hacia los inmigrantes en general y hacia los menores en particular, como “niños de la calle”, “delincuentes”, “drogodependientes”, etc...favorece esta política represiva y esos discursos despreciativos: **“se escapan en masa de los centros de protección, ya que no quieren ser protegidos y no se adaptan a nuestro sistema de protección de menores”**³⁴. Contribuyen en suma a presentar la migración de menores como una amenaza potencial y un peligro a conjurar, contribuyendo a su estigmatización y rechazo social y por tanto al surgimiento de actitudes racistas.

Ahora bien, como muestran numerosos estudios, todo indica que estos menores en situación de calle en España no se encontraban en la calle antes de emigrar, que en sus países de origen “sus familias ejercían bien su función de socialización normalizada”³⁵. Esto significa que es durante su estancia en España, debido a la falta de acogida o a su ejercicio inadecuado por las autoridades responsables de su integración, cuando estos menores se encuentran sin protección, expuestos a todos los riesgos, aprendiendo a sobrevivir en la calle con el miedo de ser expulsados.

La solución a esta “inmigración precoz” es, para el Estado Español, recurrir a las repatriaciones al país de origen, para conseguir su reagrupación familiar, y de recurrir a la prevención para limitar las salidas del país de origen.

3□

España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo- p.2

34. En Informe “Menores extranjeros no acompañados”- Elena Arce Jiménez – pagina 1-

35. : cf Mercedes Jiménez, in “Buscarse la vida”

Por esto, un Comité Ad Hoc, que acaba de ser creado, ha elaborado propuestas de convenios con Marruecos sobre nuevos instrumentos jurídicos y soluciones tales como la apertura de centros de ayuda y de asistencia en Marruecos. La idea es de facilitar los contactos con las autoridades del país de origen y de poder recoger informaciones sobre la familia.

En este sentido, el Diputado PSOE Juan Luis Rascón Ortega, acaba de hacer una proposición no de ley³⁶ para facilitar las repatriaciones en el país de origen de los menores marroquíes³⁷ : solicitando medios para el reagrupamiento familiar de estos jóvenes llegados solos a España, “parece que el “PSOE aboga por los menores inmigrantes”³⁸ .

En función de la adopción de esta política, la Junta de Andalucía ha pedido al Gobierno Español la repatriación masiva de 268 menores hacia Marruecos: “sus documentos están en regla para que vuelvan con sus familias” indica la Junta sin saber si sus familias están dispuestas a acogerles (si quieren, si pueden), si los jóvenes quieren irse, y si Marruecos asegura perspectivas de esperanza para su juventud.

De hecho, el Defensor del Menor Andaluz ha afirmado a este respecto que **“parece que el retorno de los menores a Marruecos sólo procedería en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias socio-familiares del menor, se acreditara que lo más conveniente para el mismo es su reagrupación familiar y siempre que se garantizara que dicha reagrupación familiar se va a llevar a cabo con arreglo a un procedimiento que permita salvaguardar en todo momento los derechos del menor y no suponga un riesgo para él o su familia. En los demás casos, habría que optar por la permanencia del menor en nuestro país, al menos hasta tanto se solventan las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen.”**³⁹

En la misma línea se propone **la creación de Centros de protección directamente en Marruecos**: así, el Gobierno de Marruecos anunció a principios de julio 2005 que presentaría a la Comisión marroquí-española sobre la Inmigración la construcción de Centros de Acogida para Menores en la zona Septentrional de su territorio, con el fin de recibir los menores no acompañados que llegan de Andalucía, y que serían repatriados desde España.

36. En la Jerarquía de normas, la proposición no de ley se sitúa entre la Ley y el real decreto.

37. “ El congreso de los diputados insta el Gobierno a que, en aras de proteger el interés de los menores extranjeros localizados sin

□
en territorio nacional”

38. Según el título de un artículo del Diario de Córdoba del 6 de diciembre de 2005

39. En Nota de prensa Informe Especial sobre menores inmigrantes en Andalucía: « la atención en los centros de protección de menores » - Defensor del Pueblo- (2004)

Menores extranjeros no
acompañados en Andalucía
(MENA)

Este proyecto, financiado por España permitiría de nuevo la posibilidad de devolver hacia su país de origen, sobre la base de Acuerdos de readmisión, los menores entre 16 y 18 años entrados en el territorio europeo de manera irregular.

Lamentablemente, vía financiaciones bilaterales, ciertas ONG, marroquíes o europeas, responden a esta lógica de externalización de las políticas migratorias de la Unión Europea.

La falta de perspectivas en Marruecos no puede mejorarse creando centros de menores e/inmigrantes que les impiden acceder a Europa. Los menores seguirán intentando su proyecto de migración aunque deban poner en peligro casi siempre su integridad física y a menudo su dignidad. “Solo tengo ya una única cosa que perder, es la vida” declaran.

Así, el Defensor del Menor Andaluz a añadido que: **“A este respecto, y por lo que respecta a los menores marroquíes actualmente acogidos en centros de protección andaluces e inmersos en proceso formativos y de integración social, creemos que resultaría inadecuada cualquier medida que pretendiese forzar su retorno a Marruecos en contra de su voluntad. El proceso de integración de estos menores no debe truncarse por la aplicación automática de decisiones políticas sobrevenidas, por lo que abogamos porque cualquier decisión que se adopte en este sentido excluya los menores ya acogidos en centros de protección andaluces e incluidos en proyectos de integración socio-educativa”⁴⁰**

Para finalizar, señalamos que estas expulsiones camufladas tienen un fuerte impacto negativo sobre los otros menores extranjeros acogidos en Centros públicos de protección en España... Temiendo de ser también expulsados, puede que huyan de los Centros y que estén dispuestos a intentar la suerte en otro lado, utilizando una gran movilidad a través el territorio nacional como internacional, lo que equivaldría a la posible creación de futuros clandestinos.

40. In Nota de prensa Informe Especial sobre menores inmigrantes en Andalucía: « la atención en los centros de protección de menores » - Defensor del Pueblo- (2004)

III.3 MODALIDADES DE EXPULSIÓN: ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA

3.1 Del procedimiento legal de repatriación...:

Es la Comisaría General encargada de los Extranjeros y de la Documentación quien realiza las gestiones de búsqueda de identidad, de situación personal y familiar dirigiéndose a las embajadas y consulados.

Aunque el período de identificación de las familias dure de tres a seis meses, este plazo a menudo es prorrogado para que los servicios de Protección de la Infancia puedan presentar un informe y formular una propuesta de reunificación familiar del menor o una autorización de permanencia en España.

La ley prioriza la vuelta del menor con su familia, en el caso de que las autoridades la encontraran. En el caso contrario, lo remiten a los servicios de protección, cuando existen⁴¹.

Las repatriaciones son realizadas por los funcionarios del Cuerpo nacional de policía, que entregan los menores a las autoridades fronterizas del país hacia el cual son devueltos⁴².

3.2 ...A las repatriaciones sin garantía

Sin embargo, la práctica de la repatriación es muy diferente: se constataron numerosas irregularidades en el desarrollo del procedimiento legal de repatriación: se observa en efecto que numerosas familias no son informadas del procedimiento ni de los detalles de la instrucción, y que a menudo ni se avisa a los padres de la vuelta de su hijo.

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

41. A raíz de esto, la voluntad de crear Centros de Acogida para menores repatriados que serían financiados por el Extranjero

42. Con las reservas respeto a su integridad física que ya hemos evocado.

gislación internacional o nacional. También ha habido denuncias sobre los presuntos malos tratos inflingidos tanto por agentes españoles como por agentes marroquíes en el contexto de las expulsiones”⁴³.

Lo que supone que estos niños devueltos se encuentran sólo con sus propios medios para volver a casa, cosa que hacen raramente y suelen permanecer en la calle, sin volver nunca a su casa, y reintentando siempre la travesía⁴⁴.

Se acostumbran por otro lado a una vida de marginalidad, que origina esta vuelta forzada, efectuada sin la voluntad del menor o su familia, y sin garantías del respeto de sus derechos más elementales.

3.3 Retornos sin garantías del respeto de los derechos del niño

Diferenciándolo de la Instrucción 6/2004 de la Fiscalía General del Estado, el Memorando de entendimiento entre España y Marruecos para el retorno asistido de menores firmado en diciembre de 2003, permite el retorno de menores que ya están en los sistemas de protección, con lo cual creemos que se violan gravemente los derechos del niño, y en su aplicación práctica de forma aún mas grave.

- No son informados ni los menores, ni sus familias de que se les van a retornar.
- La decisión se toma de forma discrecional, no hay un informe social que lo avale
- No se localiza a la familia en origen ni se lleva a cabo el pertinente informe social para evaluar la situación
- Se rompen los procesos de escolarización, de programas educativos y de formación profesional de los menores
- En la Comunidad de Madrid, es frecuente que la Policía viole el domicilio del menor (entra de madrugada en los centros de acogida para llevárselos directamente al aeropuerto)⁴⁵, por lo cual el Defensor del Pueblo ha recibido muchas quejas de parte de las ONG.
- Las consecuencias es que estos menores – una gran parte de Tánger y

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

44. Cf. Mercedes Jiménez in "Buscarse la Vida"

45. Ver Comunicado "Nuevas repatriaciones de Menores Extranjeros sin garantías"- Madrid y Rabat- 30 de Noviembre del año 2005 y Artículo El País 14/04/06 "Diez ONG denuncian la violación de derechos de los menores inmigrantes repatriados" y artículo El Mundo 14/04/06 "Decenas de menores inmigrantes tutelados son repatriados de forma irregular"

su zona periférica- vuelven a casa con la clara intención de volver a emigrar.

- Hay menores que acumulan hasta 12 devoluciones y retornos
- Una vez en Marruecos, se les aplica la nueva Ley de Extranjería que considera delito la migración irregular sin diferenciar entre menores y adultos y son penados con una multa o una pena de prisión ⁴⁶.
- Estas actuaciones ahondan aún más en la desprotección real de los menores.

III.4 POLÍTICAS EUROPEAS RESPECTO A LOS MENA

4.1 Un concepto del MENA variable

Estas políticas públicas de retorno/ devolución/ expulsión⁴⁷ de los menores corresponden a la voluntad de armonización europea respecto al control de las fronteras.

Para designar a estos niños que llegan solos, las definiciones de los Estados comunitarios varían de niño o menor “aislado” a “no acompañado”.

Por ejemplo en Bélgica y en los Países Bajos, el concepto “de niño aislado” se encuentra limitado ya que no incluye a los niños que viajan con un miembro de su familia.

El término más utilizado es el de Menores Extranjeros no Acompañados (MENA o MNA) definido por el Consejo de la Unión Europea⁴⁸.

Todos los países afirman que hay un número creciente de menores inmigrantes no acompañados que entran en los territorios de los Estados europeos. Resulta que la mayoría de los países reúnen datos básicos sobre el número de admisiones en Centros de protección y de entradas en su territorio que no parecen registrarse en función de categorías y formatos idénticos... La dificultad para recoger información sobre el conjunto de los niños aislados, como los niños errantes y las víctimas de tráfico, acentúa la falta de fiabilidad cualitativa de estos análisis

46. Ley nº 02.03 del 11 de noviembre de 2003 relativa a la migración irregular, donde no se regula la repatriación de menores de edad. H□

Es un delito de acuerdo con la legislación marroquí. Esta nueva ley aplica medidas estrictas y pone en marcha una política de punición inexistente hasta ahora.

Código penal antiguo, capítulo III, artículos 419 al 458. Código penal nuevo, artículos del 512 al 514. Se remite al menor a su familia

tras□

cia□

menor en una asociación habilitada previo convenio para tal efecto.

47□

territorio nacional.

Por □

rándose□

territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada (art.138 del REX)

P□

tiva de extranjería, entre las que se encuentra el encontrarse irregularmente en territorio nacional (art.53 y ss.de la LEX).

48. Ver definición pagina 6

en términos de puesta en relieve de las experiencias de estos niños.

4.2 Un marco jurídico variable

Teniendo en cuenta la obligación del respeto del Convenio de los Derechos del niño, los Estados deben garantizar su protección y velar por “el interés del niño”. La práctica, sin embargo, es muy diferente.

El marco jurídico de los Estados difiere: la tutela no existe siempre, la presencia de un abogado tampoco. En algunos países, no existen tribunales específicos para niños donde los jueces podrían garantizarles una protección. La cuestión de los menores no acompañados esta principalmente considerada por las administraciones desde el punto de vista de la normativa que define las condiciones de entrada y estancia de los extranjeros, favoreciendo la acción administrativa y policial en detrimento de la acción social y humanitaria.

Según el CDE (Comité de los Derechos del Niño), en Europa algunos países, como Francia, Bélgica y el Reino Unido recurren a la detención, en las “zonas de espera”, en los centros de detención o incluso en prisión.

La edad que puede tener los niños varía, y incluso a veces están mezclados con los adultos: “Los Menores Emigrantes No Acompañados, incluso los que entran de una manera irregular, no deben ser privados de libertad por una infracción al derecho administrativo”, recuerda el CDE.

4.3 Una evaluación de la edad variable

En la mayoría de los Estados, se realiza una forma de evaluación médica con el fin de intentar determinar la edad del niño (generalmente radiografía de la muñeca y la mano, en Italia de la cabeza también).

Además de que estos exámenes sean molestos y a veces espantosos, el margen de error puede ser grande y no aporta la prueba irrefutable de la edad (registros óseos viejos e incompletos).

Aunque algunos Estados (como Dinamarca y Finlandia) parecen aplicar el principio del “beneficio de la duda”, de acuerdo con los Principios del ACNUR, otros (Austria, Francia, Portugal) no lo hacen.

Esta determinación de la edad no debería basarse solamente en las apariencias sin tener en cuenta la historia étnica/cultural del sujeto, y debería incluir garantías como la del “beneficio de la duda” que aporta un margen de error de

20-24 meses.

4.4 Los acuerdos bilaterales de readmisión

Añadimos a eso, que como Francia con Rumania y España con Marruecos, Grecia prevé acuerdos bilaterales con Albania (una investigación sobre los repatriados de Albania confirma que un 60% de ellos pretenden volver de nuevo), y eso en el “interés superior del niño”...

En Italia, los menores pueden recurrir la repatriación junto con el tutor que le busca un abogado de oficio.

En resumen, junto al propio sistema nacional, las políticas comunes de control de fronteras y de gestión de los flujos migratorios dictada por la Unión Europea, vulneran claramente los derechos fundamentales de los inmigrantes en general, y de los niños en particular. Por ejemplo, en Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia y el Reino Unido, se sabe que las deportaciones o las repatriaciones “se hacen sin garantía”, como lo indica la antropóloga Mercedes Jiménez: “en Grecia, si tienen más de doce años, son detenidos y deportados hacia su país de origen” da prueba el Defensor del Niño en Grecia.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

IV.1 MENORES NECESITADOS DE PROTECCIÓN ANTES QUE INMIGRANTES

Creemos que es imprescindible empezar reconociendo que los menores que emigran a nuestro país han de ser considerados según lo dicho hasta el momento, antes que nada, como personas sujetos de derechos. Y por tanto como menores desamparados necesitados de protección.

Es cierto, como hemos señalado, que los fenómenos migratorios actuales plantean una tensión conflictiva entre la protección de los derechos humanos y las políticas de control y regulación ordenada de los flujos migratorios. Pero más allá de la legitimidad de los estados para el control de las fronteras propias, pensamos que el famoso y a veces inconcreto “interés superior del menor” tiene que prevalecer muy particularmente sobre su consideración como inmigrante irregular.

Al ser menores en situación de desamparo son personas que han de ser especialmente protegidas.

Consideramos que la protección de los menores por parte de las administraciones competentes que son garantes de su seguridad, debe hacerse al mismo nivel que si fueran nacionales.

Pero, por el contrario, como ha quedado meridianamente claro en todo este informe, en el trato hacia los menores que en condiciones verdaderamente peligrosas logran alcanzar nuestras costas, se están cometiendo graves vulneraciones de la legislación de protección, de la legislación de extranjería y de los tratados y convenios internacionales de protección.

En la justificación de estas actuaciones distintas administraciones competentes, como la Junta de Andalucía, no dudan en lanzar un mensaje alarmista acerca de los propios recursos, empleando un lenguaje catastrofista (avalancha, planes de emergencia, desbordamiento...) que no refleja la realidad de las capacidades propias y que genera entre determinados sectores sociales recelo, desconfianza y rechazo ante los menores extranjeros.

Muchos son los elementos que a lo largo del presente informe muestran las vulneraciones de los derechos de los menores a que hacemos referencia:

- no se toma en cuenta la documentación presentada por el niño a la hora de determinar su edad, sino que se recurre a una prueba oseométrica poco fiable. Así se demuestra una desconfianza desproporcionada hacia la palabra del menor, que otra vez ve su condición de “inmigrante irregular” y “persona sospe-

chosa” prevalecer sobre su condición de niño en desamparo;

- los niños tutelados no reciben una información suficiente sobre sus derechos y sus responsabilidades, lo que les impide valorar las decisiones que se toman a su respecto;

- no se respeta el plazo de 9 meses desde la resolución de la tutela para otorgar el permiso de residencia a un menor extranjero en protección, cuando este plazo está marcado por la ley de Extranjería (art. 35.4 L.O. 8/2000 modificada por la L.O. 14/2003 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España);

- el uso de una cierta “tutela en suspenso” ocasionada por la lentitud de las Administraciones para proporcionar la tutela oficial provoca incertidumbre frente a la situación administrativa del niño acogido, que sufre así la constante amenaza de las repatriaciones;

- se están llevando a cabo “reagrupamientos familiares” de menores extranjeros tutelados, sin ninguna garantía, cuando en realidad se trata de verdaderas expulsiones camufladas.

- existe un riesgo/peligro para la integridad del menor devuelto, ya que la ley de Extranjería marroquí (Artículo 50 de la Ley O2/03 relativa a la entrada y a la estancia de los extranjeros en Marruecos, y a la inmigración y emigración irregular) no duda en castigar de una multa y/o de una pena de encarcelamiento a toda persona que se habría vuelto “culpable” del “delito de emigración ilegal”;

- muchas veces las autoridades desvirtúan el concepto de “reagrupamiento familiar” y del “interés superior del menor” con el fin de solucionar el supuesto “colapso” de los centros de protección, y responder así al interés superior de España a regular sus flujos migratorios;

- tanto la Junta de Andalucía como los medios de comunicación participan en la creación de una injustificada alarma social dentro de la sociedad civil, unilateralizando los datos y lanzando mensajes catastrofistas, cuando en realidad existen recursos de acogida dispuestos a recibir y a llevar proyectos con esos niños;

- en este proceso de retorno, se viola la Ley Española (Artículo 92 del Reglamento de la Ley de Extranjería 4/2000 modificada por ley 14/2003), ya que no se escucha la opinión del menor cuando tiene derecho a ser oído, y a que su voluntad conste en acta, antes de que se tome cualquier decisión que le afecte;

- el menor en protección no tiene ninguna representación jurídica independiente durante los procedimientos administrativos o judiciales, lo que le impide opinar sobre su propia situación y recurrir contra cualquier decisión que le afecte.

Su única posibilidad, vía su tutor o el Defensor del Menor, es de interpelar la Administración que así ejerce el doble papel de protector y represor (ya que decide sobre su eventual expulsión), lo que constituye claramente un conflicto de interés y una vulneración del principio constitucional de separación de poderes;

- existe una falta de coordinación institucional y una ausencia de criterios comunes en materia de atención y de protección, lo que provoca una inseguridad jurídica de la situación del menor tutelado;

- se observa una discriminación y “guetización” de los menores extranjeros, según su nacionalidad, según su situación administrativa, según si estén en un Centro mixto o especializado lo que contraviene claramente a la Ley;

- los menores padecen de una falta de acciones de formación educativa adaptada en los centros de protección;

- existe una falta de formación profesional (jurídica, intercultural, etc...) de los profesionales y trabajadores/educadores sociales, aunque la Junta de Andalucía intente poner medios al respecto;

- las malas condiciones laborales para los profesionales de base en los centros de acogida conllevan una falta de motivación y de compromiso;

- existe una insuficiencia en las prestaciones sanitarias y en la “seguridad e higiene” de los centros;

- no se busca ninguna solución a largo plazo para una integración efectiva de los ex-menores tutelados, una vez alcanzada la mayoría de edad, lo que equivaldría, según nosotros, a la posible creación de futuros “clandestinos”;

Por eso, la APDHA se posiciona en contra de la política represiva y restrictiva de la Unión Europea, aplicada escrupulosamente por España, que trata el fenómeno migratorio únicamente en términos de gestión ordenada de los flujos migratorios, desde un prisma de seguridad y de lucha contra la inmigración clandestina.

Nos oponemos a esta visión reductora que impone la inmigración como una amenaza y un problema, cuando es un fenómeno social natural que siempre ha existido, un fenómeno estructural, y que hay que afrontar con criterios mas flexibles y generosos, respetuosos de los derechos humanos.

Ante el fracaso evidente de las actuales políticas públicas de Extranjería y de Protección de la Infancia, pedimos un cambio de rumbo radical para mejorar la situación de derechos, de acogida y de protección de los menores extranjeros en desamparo, tanto en el país de origen, como en los países de tránsito o de recepción.

Recordamos que los niños que llegan a nuestras costas son ante todo menores de edad, que vienen a buscarse un mejor porvenir que no pueden encontrar en su propio país, y que esta condición les da derecho a una protección estatal eficaz y completa.

Recordamos también que los Estados Europeos, que proclaman su ardiente defensa de los Derechos Humanos como una de las manifestaciones más relevantes de su elevado nivel de desarrollo y progreso, muchas veces olvidan los convenios firmados a la hora de aplicarlos.

Sin embargo, el desafío no es tan grande como tener que inventar nuevas Leyes y nuevos principios para proteger a esos niños, sino tan solo tener la voluntad política de aplicar estos compromisos y convenios que ya existen.

Así, frente a la preocupante situación actual, la APDHA hace las recomendaciones siguientes:

IV.2 RECOMENDACIONES FINALES:

→ **Es imprescindible el cumplimiento de las Leyes y de los Convenios tanto Internacionales como nacionales:**

Insistimos en el respeto escrupuloso de todos los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales sobre los derechos del niño por parte de los gobiernos involucrados en el fenómeno migratorio de los MENA.

Así, **España** tiene que asumir sus responsabilidades frente a la protección garantizada de los menores en desamparo que llegan a su costa, y eso sin ninguna discriminación de nacionalidad o de situación administrativa.

Por su lado, **Marruecos** tiene que respetar el Convenio de los Derechos del Niño que el mismo ratificó en 1993, sin haber conseguido hoy en día la reforma necesaria para garantizar una protección global a la Infancia.

→ **Hay que realizar una acogida digna que favorezca la integración de los menores:**

En **España**, las futuras etapas en el trabajo con los MENA han de ir dirigidas a su inclusión en esta sociedad de acogida, así como a gestionar y canalizar adecuadamente los recursos existentes para este colectivo, potenciándolos a través de aunar esfuerzos de las instancias administrativas y sociales para que los menores se forjen un futuro en condiciones de autonomía y emancipación, y prevenir situaciones que aboquen a la exclusión.

Para ello, los centros deberán ofrecer condiciones sanitarias y materiales adecuadas a las necesidades de los niños y de los profesionales que trabajan a diario con ellos.

Por su lado, **Marruecos** tiene que dotarse de un sistema de protección de menores preparado y capacitado para atender las necesidades de los menores que padecen situaciones de riesgo en su propio país.

→ **Nos oponemos a las repatriaciones de menores no acompañados:**

- por razones ideológicas:

Porque nos oponemos a cualquier tipo de repatriación no voluntaria, y sin garantía, siempre que la emigración del niño forme parte de un proyecto familiar.

- por razones políticas:

Porque la Junta de Andalucía mantiene un discurso de unilaterización de la realidad respecto a la acogida de esos niños y el desbordamiento de los centros, cuando existe realmente la posibilidad y los medios para acogerlos, pero no la voluntad política de hacerlo.

- por razones jurídicas:

Porque España tiene que respetar la ley y no puede repatriar a un menor sin haberlo escuchado y que su voz y opinión conste en acta, tal como establecen el *Art. 14 de la Ley 1/98 del 20 de Abril* de los derechos y la atención al menor y el *Art. 92.4 del RD 2393/04*

El respeto de la Ley incluye el famoso “interés superior del niño”, que según nosotros debe apoyarse sobre el derecho a ser escuchado: las necesidades y la voluntad del niño deben ser oídas y respetadas. Sin embargo, hoy en día el menor todavía no tiene derecho a asistencia letrada ni a comparecer ante el juez.

Además, porque en ningún caso se puede plantear repatriaciones como política colectiva, sino sólo en casos individuales y tras analizar el mismo, comprobar

las garantías y respetar los derechos de cada menor en particular.

Porque en la práctica estas repatriaciones están resultando ser expulsiones encubiertas, con las cuales se está contribuyendo a un mayor deterioro de los menores, cuyo interés se dice proteger

→ **Nos oponemos a la creación de los centros para los niños devueltos a Marruecos:**

Este proyecto, financiado por España permitiría de nuevo la posibilidad de devolver a los menores entrados en el territorio europeo de manera irregular hacia su país de origen sobre la base de Acuerdos de readmisión.

Sin embargo, la falta de perspectivas en Marruecos no puede mejorarse creando centros para los menores devueltos desde España, impidiéndoles acceder a Europa. En efecto, los menores seguirán intentando su proyecto de migración aunque deban poner en peligro casi siempre su integridad física y a menudo su dignidad.

Y ello porque la migración tiene múltiples causas, entre ellas la “protesta” ante la situación y el olvido en que viven los menores. Para muchos menores los centros de repatriación financiados por España pueden suponer paradójicamente un nuevo aliciente migratorio, ya que es entonces cuando serán considerados.

Como es lógico, no nos oponemos a que Marruecos se dote de centros de protección públicos o privados dignos y destinados a la infancia desamparada que hay Marruecos, y que en la UE o España participe en la financiación y puesta en marcha de esos centros.

Lo que no podemos aceptar es que España se sirva de la financiación en Marruecos de centros para los menores devueltos desde sus costas, con el objetivo de derresponsabilizarse de su deber de protección hacia los menores en desamparo que se encuentran en su territorio, además de ser una forma indirecta de cerrar sus fronteras.

Lamentablemente, vía financiaciones bilaterales, ciertas ONG, marroquíes o europeas, responden a esta lógica de externalización de las políticas migratorias de la Unión Europea.

→ **Denunciamos la Ley 02/03 marroquí y su delito de “emigración” ilegal:**

Esta Ley 02/03 marroquí, relativa a la entrada y a la estancia de los extranjeros

en Marruecos, y a la inmigración y emigración irregular, introduce el delito de “emigración irregular” y castiga con una multa y/o una pena de encarcelamiento a toda persona “culpable” de querer dejar su país.

De esta manera, contraviene los acuerdos internacionales que prevén el derecho y la libertad de circulación, y no distingue adultos y menores en cuanto a las sanciones dictadas.

Eso significa que un menor repatriado de España hasta Marruecos puede ser sancionado con una multa y/o con una pena de prisión cuando es remitido a las autoridades policiales de su país, lo que según nuestro punto de vista, constituye sin duda un riesgo o peligro para la integridad del menor.

→ **Pedimos una política de responsabilidad en los medios de comunicación:**

En España, la imagen construida por parte de los medios hacia los inmigrantes en general, y hacia los menores en particular como “niños de la calle”, “delincuentes”, “drogodependientes” (etc...), favorece esta política represiva y los discursos despreciativos.

Por su lado, los medios de comunicación marroquíes no hacen más que afirmar un cierto sentimiento de que el “otro lado” está muy cerca y es muy accesible. Aparece así un fenómeno llamado “mito migratorio”, fomentado por medios de comunicación que cubren hoy todo el planeta y presentan una visión falseada del nuevo y mítico “El Dorado”.

→ **Es necesario una política de prevención y sensibilización frente a la migración precoz:**

Desde el punto de vista de la realidad de Marruecos, siguiendo las propuestas de los investigadores más comprometidos con la causa de los menores, proponemos una política de prevención y sensibilización sobre los riesgos de esta migración precoz.

Pero tal política de prevención no se debe confundir con una política represiva y policial frente a la voluntad de los menores de emigrar, y además pensamos que debe ser llevada a cabo por los propios actores marroquíes, respetando así el contexto sociocultural del país de origen y su protagonismo.

Una política de prevención con los menores candidatos a la emigración que a corto plazo les pueda ofrecer otras posibilidades reales de futuro. Entre ellas

flexibilizar las políticas migratorias para que tengan en cuenta la realidad transnacional en la que se mueven.

Más a medio plazo, pero trabajando desde ahora mismo, intervenir en la zonas de donde salen prioritariamente estos menores, a través de proyectos de cooperación al desarrollo que procesos de mejora socioeducativa por ejemplo, pero respetando el entorno social, contando con los actores del territorio y con la realidad sociocultural del país

Finalmente, más a largo plazo, es preciso trabajar en mejorar la situación general de la infancia y la juventud tanto en cuanto al sistema de protección, como el educativo como en lo que se refiere al trabajo.

Invertir en política preventiva no agresiva, no impositiva, al tiempo que se respetan los derechos de los menores migrados, es una línea de trabajo que consideramos mas fructífera y cargada de futuro, que las actuales basadas en la restricción, la represión y el recorte de derechos.

Junio 2006



ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA

www.apdha.org

DIRECCIONES DE NUESTRAS DELEGACIONES

ALMERÍA: C/Capitán Andújar, 3, 1º izq. CP 04003. Almería
Teléfono: 950 253 324. Email:almeria@apdha.org

CÁDIZ: C/ Sagasta, 3, 1º. CP 11004 Cádiz Teléfono y Fax : 956228511
Email: cadiz@apdha.org

CAMPO DE GIBRALTAR: Edificio Parque de Bomberos Planta nº 1 Crta.
de Cádiz. CP.11202. Algeciras, Cádiz Teléfono y Fax: 956 657 666
Email:campogibraltar@apdha.org

CÓRDOBA: C/ Músico Francisco de Salinas. Local 10. CP 14011.
Córdoba Teléfono: 957 404 373 Fax:957 404 430
Email:cordoba@apdha.org

GRANADA: C/Ángel, 13 Bajos. CP 18002 Granada.
Teléfono y Fax: 958 520 023 Email:granada@apdha.org

HUELVA: Avda. de Andalucía. 11 Bajos CP 21004. Huelva
Teléfono yFax: 959 260 254 Email:huelva@apdha.org

JEREZ DE LA FRONTERA: Centro de barrio Pedro Palma. Polígono
San Benito. C/Sarmiento s/n. CP 11407. Jerez de la Frontera, Cádiz.
Teléfono: 956 18 22 09 Email:jerez@apdha.org

RONDA: C/ Sevilla, 110 1ºD. CP 29400 Ronda, Málaga.
Teléfono y Fax: 952 87 93 62. Email:ronda@apdha.org

SEVILLA: C/ Blanco White, 5, Acc. A. CP 41018 Sevilla.
Teléfono: 954 53 79 65. Fax: 954 53 40 86. Email:sevilla@apdha.org

SIERRA SUR: Plaza de Guzmán y Andrés, 2. CP 41566 Pedrera,
Sevilla. Teléfono: 954 81 90 06. Email:sierrasur@apdha.org