



PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR INMIGRANTE

Isabel González Córdoba
Trabajadora Social. Oficina Atención al Inmigrante UGT

El presente estudio tiene por objeto hacer un análisis crítico, desde la experiencia de muchos años de trabajo con población inmigrante, de la normativa que, tanto a nivel internacional como europeo y nacional consagra los derechos de los menores, y por tanto de los menores inmigrantes.

Palabras clave: Menor extranjero, nacional, protección jurídica, reagrupación familiar

1. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE MENOR INMIGRANTE

A. Concepto de menor

Antes de adentrarnos en el análisis de esta normativa, es necesario determinar qué entendemos por “menores inmigrantes”.

El grupo social que contemplamos reúne en sí dos elementos definidores básicos: la minoría de edad y la condición de “extranjero”, como sinónimo de no nacional. Estos dos elementos van a determinar los derechos de los que son titulares, provocando a veces situaciones de conflicto que deben resolverse dando preferencia a una condición u a la otra.

Para determinar cuál es el concepto de “menor” debemos acudir no sólo a la legislación nacional, sino que también debemos tener en cuenta los

tratados y convenios internacionales sobre la materia. En el campo de la legislación nacional, el artículo 1º de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor determina que la misma es aplicable a todo menor de 18 años- a no ser que ya sea mayor por su ley nacional- que se encuentre en territorio español. Y ello con independencia de su raza, sexo, idioma, religión, origen o cualquier otra condición del niño o de sus padres o representantes legales. Se incluye por tanto también al menor extranjero- de hecho la ley en su artículo 10, ap.3 y 4, contempla a estos menores dentro de la misma. En igual sentido se manifiesta el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el apartado 8-1 de la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1989, y la mayor parte de las legislaciones autonómicas. El artículo 35 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la L.O. 8/2000,

de 22 de diciembre y en su última redacción con la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre, para delimitar la mayoría de edad tiene en cuenta la regulación nacional española, lo que no deja de ser cuestionable, ya que según las normas de derecho internacional privado es la ley nacional del menor lo que regula lo relativo a la capacidad de este.

B. El menor extranjero en territorio español

El segundo aspecto a tener en cuenta es qué debemos entender por territorio español. La delimitación de este concepto resulta sumamente importante, porque el mismo determina si en un determinado espacio va a ser o no de aplicación la legislación española y por tanto, si a los menores que se encuentran en ellas les es de aplicación la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Un sector de la doctrina, excluye del concepto de "territorio nacional" las zonas de tránsito de los aeropuertos. Por nuestra parte entendemos que las zonas de tránsito a las que nos referimos están bajo la soberanía y jurisdicción del estado en cuyo territorio se ubica, y por tanto en las mismas se debe aplicar, en toda su integridad, las garantías constitucionales, los derechos fundamentales y libertades que afectan a todas las personas. Así, una vez que un extranjero, y por tanto un menor, sale de las puertas del avión o del barco, se encuentra ya en territorio español, para lo bueno y para lo malo, con independencia de la zona del aeropuerto en que se sitúe. A un menor que se encuentre en estas zonas le es aplicable toda la normativa española, y, por ello, la ley de protección antes citada.

2. DERECHOS DEL MENOR INMIGRANTE. MARCO JURÍDICO APLICABLE

La referencia básica para contemplar los derechos del menor- sin olvidar los convenios y tratados Internacionales sobre derechos humanos y la Constitución Española de 1978- se encuentra en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero, y, en particular, su Título I y II.

La Constitución Española de 1978, establece en su artículo 96 que los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Igualmente el artículo 10.2 establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Conforme al citado art.96 de la Constitución, a nivel internacional, en materia de reconocimiento y protección de los derechos de los menores, debemos acudir en primer lugar, considerándola como parte de nuestro ordenamiento jurídico a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y los dos Pactos Internacionales relativos a los derechos humanos de 1966, pero especialmente a *La Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo preámbulo establece: "(...) que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración... debiendo tener en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño."

En la Convención se recogen una serie de principios que, a tenor de lo proclamado en el citado artículo 96 de nuestra Constitución, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Así, su art. 2 consagra el principio de no discriminación, es decir, el principio de que todos los derechos tienen que ser reconocidos a todos los niños sin excepción, y que corresponde al estado proteger al niño contra toda forma de discriminación, haciendo especial referencia a la prohibición de discriminación por la condición o estatus legal de los padres, representantes

legales u otros miembros de su familia. La prohibición de discriminación significa que desde su nacimiento cada niño, sin distinción alguna, y por tanto hablamos también de menores extranjeros, debe beneficiarse de los derechos humanos en su totalidad.

Así mismo la Convención establece un principio rector de actuación de los organismos públicos y privados, en su artículo 3.1, al proclamar que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá siempre a procurar el interés superior del niño". De acuerdo con esta exigencia, los artículos 2 y 11.2.a de la *Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecen que en aplicación de la Ley y en la actuación de los poderes públicos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

El artículo 4 recoge la obligación de los estados de asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención al menor. El artículo 7 reconoce el derecho del niño a un nombre y el derecho a una nacionalidad. Según el art.8 el estado tiene la obligación de proteger los aspectos fundamentales de la identidad del menor: nombre, nacionalidad, relaciones familiares. El art. 9 reconoce el derecho del niño a vivir con sus padres a menos que ello se considere incompatible con el interés superior del menor; el derecho a tener contacto con sus dos padres si esta separado de ellos. El art. 10 reconoce el derecho de los niños y de sus padres a la reagrupación familiar. El art. 12 se refiere al derecho del niño a expresar su opinión en todo asunto o procedimiento que le afecte, y de ser tenida en cuenta su opinión. También se proclama la obligación de los estados de reconocer y garantizar el derecho del niño a la salud y por tanto el acceso a los servicios

médicos. El art.26 reconoce el derecho del niño de beneficiarse de la seguridad social. En cuanto a los derechos culturales, según el artículo 18 los estados deberán reconocer el principio según el cual la responsabilidad de educar al niño incumbe en primer lugar y conjuntamente a los dos padres, estando el estado obligado a ayudarles a cumplir este deber. El art 28 proclama que el derecho del niño a la educación es una obligación del estado, debiendo garantizar la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria al menos. Y, por último, no podemos concluir esta breve exposición de los principales derechos proclamados en la Convención sobre los Derechos del Menor sin referirnos a su art.30 que reconoce el derecho de las minorías de disfrutar de su propia vida cultural, de practicar su propia religión y de utilizar su lengua materna.

En lo que se refiere a menores, por tanto, no se puede distinguir entre menores nacionales y extranjeros, ni dentro de estos entre regulares e irregulares, ya que los derechos proclamados en la Convención de Naciones Unidas sobre el Menor y la LOPJM reconocen los derechos establecidos en los mismos a todos los menores de edad.

Cuando la normativa de protección del menor y el régimen estatutario de extranjería entren en conflicto, es preferente en todo caso la normativa de protección del menor sobre la normativa de extranjería, tal y como se desprende de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos establecidos en el artículo 11 en relación con el artículo 2 de la LOPJM. La práctica sabemos no es siempre así. Así, en el caso de los menores marroquíes tratando de entrar en España por vías tremendamente peligrosas, y cuando son sorprendidos, siendo devueltos, prima su condición de extranjeros sobre su condición de menores de edad, lo que entendemos va en contra de lo proclamado por los convenios internacionales y de lo dispuesto en nuestro

ordenamiento jurídico sobre la protección a la infancia y a los menores desamparados, contradiciendo el artículo 11.2 de la LOPJM, que establece como principio rector de la actividad administrativa en esta materia “la supremacía del interés del menor”.

Con relación a los menores-jóvenes inmigrantes, existe una enorme dificultad, para reconocer a estos menores como tales, sin que interfiera el hecho de ser extranjeros, o más bien, inmigrantes económicos. Se antepone la nacionalidad a la edad, en nuestro Estado Democrático y Social de Derecho que ha firmado todos los Convenios y Cartas Internacionales de protección del menor. La misma Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de *protección jurídica del menor*, tiene como fin último el velar por el cumplimiento de sus derechos, por su protección y su bien máximo. Cada vez más las diferentes administraciones están asumiendo la responsabilidad de velar por los derechos de los menores (inmigrantes) y por su integración efectiva a través de medidas no discriminatorias y ágiles. La misma LO 1/1996 plantea el *“principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afecten a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquellos”* (Exposición de Motivos, 2), a la vez que plantea *la obligación de prestar la “atención inmediata” que precise cualquier menor por parte de las autoridades y servicios públicos en todos los trámites en los que se vean implicados menores (artículo 14)*, incluidos extranjeros por el sencillo hecho de ser menores.

Derecho a la educación

Por lo que respecta a los derechos que afectan de una manera más directa a estos menores inmigrantes, vamos a referirnos especialmente al derecho a la educación, sanidad, reagrupación familiar

Refiriéndonos en primer lugar al derecho a la educación, la LODYLE establece la misma como un derecho y un deber de todos los extranjeros menores de 18 años, en las mismas condiciones que los españoles (art.9). Así, en el campo de la enseñanza obligatoria y en el acceso al sistema público de ayudas y becas para la misma, la igualdad es total, siendo indiferente el carácter regular o irregular de la presencia del inmigrante en nuestro país. Por el contrario, en la enseñanza no obligatoria sólo se manifiesta la igualdad para los extranjeros que gocen de residencia legal. La llamada contrarreforma de la L.O.4/2000 ha supuesto cierta limitación, ya que elimina la igualdad de los extranjeros irregulares en la enseñanza no obligatoria que la L.O.4/2000 establecía. Consideramos que el derecho a la educación debe estar por encima de la situación de irregularidad del menor (pensemos en la educación infantil y en el tramo de 16 a 18 años). Tras la “contrarreforma” de la L 8/2000 se impide a los menores entre 16 a 18 años acceder a la educación en igualdad de condiciones con los nacionales y los extranjeros regulares. El niño de 16 a 18 años sigue siendo un menor de edad. El acceso a la educación les debe ser garantizado según lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990 y el art. 10 de la LOPJM.

Ahora bien, el imprescindible reconocimiento legal de la educación a los menores extranjeros, no basta para lograr la efectividad de dicho derecho. Las especiales características de los menores inmigrantes provocan un bajo rendimiento escolar y dificultades idiomáticas en los menores. La falta de medios materiales y humanos para poner en marcha la educación compensatoria para atender adecuadamente las nuevas realidades educativas es un obstáculo claro a un verdadero acceso a la educación. Como indica el Defensor del Pueblo, debe buscarse una integración de los menores inmigrantes que parta del desarrollo de su propia cultura, tomando como base la idea de que una de las principales características de las sociedades actuales es la multiculturalidad.

Los hijos de inmigrantes acceden a un sistema educativo y a unas pautas culturales con unas normas, tradiciones y culturas que les son completamente ajenas y desconocidas, originando no pocos problemas de rechazo también con los niños de la sociedad de acogida, así como problemas también para los propios docentes.

El problema de la escolarización del menor no es un problema de matriculación sino de la inexistencia de recursos específicos que garanticen el normal desarrollo del menor en el aula y la incorporación de la familia en el ámbito educativo para participar en el proyecto educativo de sus hijos.

Para facilitar la integración del menor en la escuela, es importante que el colectivo docente disponga de unos medios pedagógicos que ayuden a favorecer la incorporación de estos menores a nuestro sistema educativo y también al entorno social y cultural. Mejorar la acogida del alumnado y de sus familias es un paso importante para conseguir un buen progreso educativo de todos los alumnos / as y una sociedad futura que practica los valores de la convivencia.

Con respecto a las familias, es fundamental informarles acerca del funcionamiento y la organización de la institución escolar. A partir de esta información podrán responder mejor a las demandas del Centro.

En el momento de acoger a un nuevo alumno hay que tener presente el hecho de que no todos los alumnos han tenido una escolarización previa y continuada, y también que las pautas culturales y las expectativas que tienen depositadas en la escuela pueden ser muy diferentes. Habrá que actuar de manera distinta en función de la situación y origen de cada alumno/a. Respecto a los menores, nuestro código de comunicación y las normas de funcionamiento no son adquiridas fácilmente por

ellos. Al principio, suelen estar desorientados y hay que ser conscientes del esfuerzo personal e intelectual que representa para ellos el tener que entender nuestras demandas. Aquí tiene un papel fundamental el desconocimiento de la lengua y también los diferentes roles y conceptos que representan, distinta de cada cultura, el maestro, la disciplina, los gestos, el trato entre iguales y la participación de los niños / as.

Como conclusión, señalar que la experiencia demuestra que si bien jurídicamente el acceso a la enseñanza obligatoria esta garantizado, el problema está más en las condiciones en que se imparte esta enseñanza que pueden poner en peligro el derecho fundamental a la educación de estos menores. Se hace pues necesario desvincular el derecho a la educación de la situación legal, eliminando cualquier traba legal, que impida matriculación, la obtención de las titulaciones correspondientes, el desarrollo de las prácticas de formación profesional, ayudas y becas.

Derecho a la sanidad

El segundo derecho que queremos destacar hace referencia al acceso a la sanidad de los niños y adolescentes inmigrantes. En la actualidad, la Ley de Extranjería reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que con los españoles todos los extranjeros, regulares e irregulares que se encuentren empadronados en territorio español. Los menores de 18 años tienen derecho en todo caso a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los niños españoles. Lo mismo sucede con todas las extranjeras embarazadas que tienen derecho a asistencia sanitaria en el embarazo, el parto y el post parto. Las críticas que, basadas en el coste económico se hicieron a la universalización de la asistencia sanitaria, se vieron desmentidas por el estudio encargado por el IMSERSO a Price-Waterhouse Coopers y la Universidad de Comillas que establece que mientras que la aportación de los inmigrantes a

la economía española es de 150.000 millones la extensión de la sanidad sólo supondría 4.716 millones de pesetas.

Derecho a la reagrupación familiar

Otro de los derechos de gran trascendencia para el menor es el de la reagrupación familiar, derecho ligado al derecho fundamental a la intimidad familiar. El menor tiene derecho a vivir en su entorno familiar. La reagrupación familiar es un proceso largo que no deja de ser complejo y que, a veces, resulta demasiado complicado, no alcanzando siempre los objetivos deseados y creándose diferencias por el nivel de documentación, ya que, no en todos los países, los documentos que acreditan la relación familiar presentan la misma fiabilidad, al no haberse desarrollado el mismo nivel de mecanismos del registro. De la misma manera, no todas las concepciones culturales sobre familia y matrimonio son coincidentes. Al establecer un *numerus clausus* de supuestos de reagrupación familiar, el legislador ha empleado una concepción reducida de la familia protegida por la Constitución, identificándola con la familia matrimonial, en vez de recurrir al concepto de “vínculos familiares” o de familia consagrado en el art. 18 CE.

De esta forma impide la reagrupación de familias distintas a la prediseñada por el art. 17, como por ejemplo en el caso de hermanos con quienes el vínculo familiar puede ser muy estrecho o el de las uniones de hecho.

También hay que tener en cuenta qué requisitos exige la legislación española de extranjería para iniciar este proceso de reagrupación familiar de los menores. Comencemos diciendo que solamente son susceptibles de reagrupación los hijos menores de 18 años que no hayan creado una unidad familiar independiente, los tutelados o adoptados y los incapacitados con documentos

de reconocimiento por los tribunales de menores u organismos competentes en el país de origen. Debemos añadir que la persona residente en España y que pretende traerse a sus hijos, debe contar con un permiso de residencia renovado, es decir, su segundo permiso de trabajo y residencia, al tiempo que demostrar que dispone de una vivienda suficiente para acoger a su familia y que dispone de medios económicos suficiente para atender sus necesidades, incluyendo la asistencia sanitaria.

Como ya se ha señalado anteriormente los menores siempre tienen derecho a la atención sanitaria, luego, no se justifica esa exigencia en los requisitos previos. Tampoco se tiene en cuenta la demora en la tramitación de las renovaciones de los permisos de trabajo y residencia, existiendo un desfase entre los plazos legales y los reales a la hora de facilitar dicha documentación. Todo esto supone que un procedimiento de reagrupación familiar que según la ley podría iniciarse al año y tres meses de estar residendo legalmente en España, se alargue hasta dos años o dos años y medio, en la práctica.

A la exigencia de medios económicos suficientes no habría nada que oponer, si no fuera porque la valoración es arbitraria, no teniendo en cuenta las necesidades de la familia en cuanto a estar junta por encima de todo, y de obviar que pese a que los miembros de la familia se encuentren fuera de España, es el reagrupante quien los mantiene enviando dinero desde aquí. Por lo tanto, la emisión de informe gubernativo negativo a la reagrupación familiar por falta de medios económicos suficientes para mantener a toda la familia, nos parece alejada de la realidad. De esta forma se está condenando a gran número de menores a que vivan alejados de sus padres con las consecuencias negativas en cuanto a desarrollo madurativo y afectivo como personas.

3 . EXPULSION Y DEVOLUCIÓN DE MENORES. LEGISLACIÓN APLICABLE

Con relación a la protección jurídica del menor que abordamos en este ensayo, consideramos interesante referirnos a la expulsión y devolución de menores que se lleva a cabo por las autoridades públicas, con grave vulneración de los derechos reconocidos a favor del menor en nuestro ordenamiento jurídico

No existe una norma general que prohíba la expulsión de los menores en todo caso. A pesar de todo ello, la aplicación conjunta de la LOPJM, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hace que sea difícil expulsar a un menor extranjero sin infringir alguna de dichas normas.

Son varias las situaciones en las que el menor puede encontrarse. Señalaremos algunas:

En el caso de los menores en situación de desamparo, la obligación para la Administración de tutelar a estos menores permite sólo el retorno para la reintegración familiar o la entrega a los servicios de protección de menores de los países de origen, si estos se hacen cargo de él y el menor no va a correr ningún peligro, y nunca la expulsión.

Podemos encontrarnos en el caso de la expulsión de un extranjero en compañía de su hijo menor de edad para no romper la unidad familiar. El problema que se plantea en este caso es más de internamiento que de expulsión. Salvo excepciones, no es posible ingresar a un menor en un centro de internamiento de extranjeros. Si se ingresa al padre, el hijo quedará en situación de desamparo, siendo encomendado a la entidad protectora de menores para su ingreso en un centro de acogida. Se podrá acordar la reagrupación familiar del menor en su país de origen, pero

este acuerdo debe adoptarse teniendo en cuenta principios diferentes a los que rigen la expulsión.

En cuanto a la devolución, a la que podemos considerar como una expulsión sin expediente, le es aplicable también la prohibición de emplearse con los menores extranjeros desamparados. El artículo 35-3 ° de la LODYLE establece que los menores extranjeros, sin distinguir la forma de entrada en el país, deben ser encomendados a los servicios de protección de menores por el Ministerio Fiscal. Una vez ingresados por cualquier motivo en estos centros la situación es idéntica a la de los casos de expulsión, pudiendo darse sólo el sistema de repatriación establecido en el artículo 62-4 ° REE.

Por lo que respecta a los casos de rechazo en frontera cuando el menor llega a un puerto o aeropuerto, si el menor viene solo- caso de los polizones- deberá ser encomendado a los servicios de protección de menores, siendo plenamente aplicable la LOPJM. Si viene con sus progenitores, habrá que comprobar si la zona de tránsito reúne las condiciones adecuadas para que permanezca en ellas el niño, y si la entidad de protección considera que el menor se encuentra en situación de riesgo deberá intervenir con los mecanismos de protección indicados

Es habitual, constituyendo uno de los más graves atentados a los derechos de los inmigrantes, el que se use el mecanismo de la devolución (se da en aquellos casos en que se procede al inmediato retorno al país de origen cuando el extranjero pretende entrar en España de forma ilegal, o infringiendo una prohibición de entrada en el país, que no precisa expediente) con menos garantías, cuando el que procede es el de la expulsión. Esto es aún más grave en el caso de los menores, ya que estos no pueden ser expulsados, y por vía de la devolución, las autoridades logran el mismo efecto sin tener que cumplir y acreditar los requisitos que para el retorno del menor a su país exige la ley.

Los menores expulsados se encuentran en una verdadera situación de riesgo para su integridad y desarrollo, y, a pesar de ello, se olvida su condición de menor para recalcar la de extranjero, en contra de lo dispuesto en el artículo 3-1^º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En la vida y derechos del menor tiene una fuerte incidencia la expulsión, no sólo de él mismo, sino también de sus progenitores. El artículo 9-1^º de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 establece que

“los Estados velarán porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad a la ley y a los procedimientos especiales aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del menor”.

El Defensor del Pueblo ha denunciado cómo se han expulsado mujeres con hijos españoles- expulsando pues a un nacional español- o separándolas de sus hijos- a veces nacionales españoles-con notable desprecio del derecho de protección de la infancia. En la expulsión debe tenerse en cuenta el principio “favor minoris”, lo que supone que debe buscarse el reintegrarlo a su familia si esta se encuentra en su país y va a cumplir con sus obligaciones, o sometiéndolo a tutela de la Administración española si se encuentra desamparado. Si su familia reside en España, debería permitirse la estancia a todos.

4. MENORES NO ACOMPAÑADOS

Regulación legislativa

La regulación legislativa que vamos a estudiar hace referencia, a los menores que han entrado en nuestro país sin referente adulto alguno, y por lo tanto, en una situación de completo

desamparo que, provoca la asunción de su tutela de forma automática por las entidades competentes de protección de menores

El informe del ACNUR de febrero del 97 define al “menor no acompañado” como una “persona menor de 18 años, a menos que, según la ley aplicable al niño, la mayoría de edad se alcance antes, y que está separado de ambos padres y no está bajo el cuidado de ningún adulto quien por ley o costumbre se haga *cargo de él*”

Durante los últimos años se ha producido un importante incremento de inmigración de estos grupos de menores, que llegan o están en tránsito solos, sin ningún referente adulto que se ocupe de ellos. Nuestra realidad nos lleva a hablar fundamentalmente de los menores procedentes de los países del Magreb. El fenómeno es creciente y se convierte en un problema al rechazar estos menores los recursos de protección de las sociedades receptoras. Este colectivo se caracteriza por chocar frontalmente con la normativa legal vigente en materia educativa y laboral.

Su edad oscila entre 16 a 18 años. Realizan el viaje escondidos en los bajos de autobuses y camiones y llegan sin documentación con lo que dificultan su repatriación. Sólo una minoría llega pagando a las mafias. Su proyecto migratorio es el insertarse en el mercado de trabajo y establecerse en nuestro país de manera indefinida. Suelen ser hijos intermedios de familias numerosas que desean que permanezcan en Europa, obtengan la regularización y contribuyan a mejorar la precaria situación económica de la familia en el país de origen.

Dadas sus específicas necesidades, la normativa de protección de menores ha fracasado en la tutela de los mismos sin darles respuestas aceptables para sus necesidades específicas.⁹ Los centros de protección de menores no responden a sus expectativas. Estos

menores no se consideran niños, rechazan que se les traten como tales y tienen claras expectativas laborales que en estos centros no pueden cumplir a corto y medio plazo, por lo que lo viven como una reclusión y una pérdida de tiempo y lo rechazan

Identificación

Es frecuente que el menor carezca de documentación, no pudiendo ser documentado por las autoridades de ningún país, lo que provoca problemas tanto en la determinación de la edad, como en la dotación del menor de los documentos necesarios para su vida. Igualmente la falta de identificación dificulta la posibilidad de proceder a una expulsión si se es mayor de edad o de proceder a la repatriación en caso de los menores de edad..

A veces no se conoce la edad exacta del menor inmigrante. La falta de documentación, la ocultación de sus datos personales y nacionales para dificultar la devolución a su país, y las edades de estos menores, dificulta enormemente la determinación exacta de su edad.

Un equipo jurídico de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) ha realizado un estudio sobre la atención en nuestro país, a los menores extranjeros no acompañados, y en especial, de los sistemas de determinación de la edad de los posibles menores. Según el informe presentado, el tratamiento de este fenómeno por parte de la administración española no respeta en algunos casos las normas internacionales en la materia, recurre a procedimientos de determinación de la edad obsoletos y dificulta el acceso de esos menores al asilo. *Los niños refugiados representan la mitad aproximadamente de la población mundial de refugiados*" asegura el "Informe sobre la situación de la determinación de la edad a menores no acompañados en España" Esos niños que llegan a países como España

huyendo de la guerra, la explotación laboral o la prostitución se encuentran con grandes trabas jurídicas y administrativas para poder demostrar su condición y acceder al estatuto de refugiado. Los menores no acompañados solicitantes de asilo deben en primer lugar, demostrar que no se encuentran acompañados por sus padres o parientes directos, y, en segundo lugar, que son menores de 18 años. De la determinación de su edad por las autoridades -normalmente carecen de documentación o ésta es falsa- depende la puesta en marcha de los mecanismos de protección.

Métodos obsoletos de determinación de la edad

El informe recuerda que en nuestro país, para determinar la edad del menor, sólo se utilizan "técnicas de determinación ósea", es decir, la radiografía de la mano y la muñeca izquierda cuyos resultados se confrontan con tablas obsoletas (realizadas en los años 30 en Estados Unidos para los descendientes de inmigrantes europeos de raza blanca) que no se complementan con otros exámenes clínicos. Se considera que ese sistema puede arrojar un margen de error de 18 meses. Aunque la propia Fiscalía recomienda -debido a la falta de precisión del sistema - que se tenga en cuenta la edad inferior de la horquilla que los servicios médicos señalen, esa instrucción, en la práctica no se tiene en cuenta, según los servicios jurídicos de CEAR. En muchas ocasiones - denuncia el informe- los márgenes de error que dan estas pruebas no quedan reflejados en los informes médicos. Esa ausencia de información puede privar a los menores del amparo reconocido en la legislación.

Recomendaciones

El informe solicita a la administración española que adopte métodos de determinación de la edad más modernos y eficaces que tengan en cuenta modelos de distintos países de

procedencia y reduzcan el margen de error. En cuanto a las dificultades administrativas, insta al Ministerio del Interior a que establezca una coordinación entre la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), El GRUME de la Policía Nacional y otros organismos como la Fiscalía de Menores y los departamentos de las Comunidades Autónomas encargados de la protección de menores, con el fin de que el proceso de solicitud de asilo de los menores no acompañados sea rápido y flexible

Por último, el estudio insiste en la necesidad de una normativa que garantice que siempre que la policía detecte la presencia de un posible menor, se tomen las medidas necesarias para determinar su edad, aunque la persona asegure ser mayor de edad (como viene ocurriendo en el caso de menores dedicados a la prostitución) Esa medida aumentaría la protección de los menores frente a las mafias que los controlan

5.CONCLUSIONES

Legislativamente se ha avanzado comparativamente mucho en estos últimos años. Pero la norma legal, en materia de extranjería se ve obviada y frustrada por la práctica Administrativa

En materia de menores, es necesario en todo caso una postura de mayor protección de los mismos y de predominio del interés del menor sobre las necesidades de control de la emigración

Acoger, documentar, educar, capacitar profesionalmente y para la inserción laboral y posibilitar condiciones de vida dignas a los menores, a los mas vulnerables, es una asignatura pendiente en nuestra sociedad en la que más se desdibuja su rostro humano cuando menos evita el sufrimiento inútil de estos menores. A medio y largo plazo la consecuencia también es el aumento de excluidos difícilmente recuperables. La

dificultad para la inserción no es sólo social, en sentido general, sino de la Administración en la medida que las mismas instituciones encargadas de velar por los derechos y la integración de los menores no asumen tal responsabilidad, lo que demuestra la falta de atención de la Administración a la población menor no acompañada y dejación de la misma administración en sus obligaciones de protección.

Por otro lado urge de la Administración posibilitar los recursos necesarios para acoger a los jóvenes que tienen que dejar los Centros de Acogida del Servicio de Protección al cumplir la mayoría de edad. Muchos de los jóvenes que no tienen recursos naturales propios (familia, amigos,...) y que tienen que salir de los centros van directamente a la calle.

Tales datos pueden aportar luz sobre las dificultades y los retos que todavía nos queda por superar y afrontar, en esta tarea de denunciar la situación, muy silenciada, de los menores-jóvenes y la tarea de reivindicar y aportar soluciones para una integración lo más plena posible.

En el momento actual estamos viviendo una situación de incertidumbre legislativa en materia de extranjería, al haber sido reformada de nuevo la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y su Integración Social, con la L.O. 14/2003, de 20 de Noviembre. Esto unido al cambio de gobierno como resultado de las últimas elecciones legislativas de marzo de 2004, y el nuevo talante que se quiere ofrecer a la regulación de la inmigración contando con el consenso de los agentes sociales. Sería deseable que en un futuro cercano contásemos con un Reglamento de Extranjería, que permita regular administrativamente una realidad social que va en aumento y por supuesto recogiera medidas de protección de los menores sin distinción sobre su estatuto jurídico en España.