

# LOS MENORES EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS
2.1. Pautas preliminares de actuación con los menores
2.2. La decisión de la Administración competente sobre el retorno de los menores a su lugar de origen o su permanencia en España
2.2.1. Las competencias de las distintas Administraciones implicadas
2.2.2. Criterios que deben guiar la decisión de la Administración
2.3. La permanencia del menor extranjero en España
2.4. Supuestos particulares: los menores solicitantes de asilo y apátridas
3. LOS PROGRAMAS DE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE MENORES

## 1. INTRODUCCIÓN

En España disponemos de un nuevo Derecho de extranjería, tras un largo proceso de tramitación parlamentaria. Primero se aprobó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>1</sup>, que se ocupó de los menores en diversos preceptos de su articulado, y muy especialmente en el art. 32 relativo a la “residencia de menores”.

Pero al poco de entrar en vigor, y debido fundamentalmente a las circunstancias políticas que rodearon su aprobación<sup>2</sup>, se iniciaron los trabajos de reforma. Como resultado de los mismos se aprobó la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>3</sup>, que afectó, entre otros muchos preceptos, al mencionado art. 32, que pasó a ser art. 35.

Ese proceso de cambios ha culminado recientemente con la publicación del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley

1.- BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, corrección de errores BOE núm. 20, de 24 de enero de 2000.

2.- Vid. Andrés Rodríguez Benot, “La Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: principios inspiradores y caracteres generales”, El nuevo Derecho de extranjería, A. Rodríguez Benot y C. Hornero Méndez (Coord.), Comares, Granada, 2001, págs. 1 y ss.

3.- BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, corrección de errores BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001.

Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre<sup>4</sup>. El Reglamento, al igual que la Ley, alude a los menores en diversas disposiciones de su extenso articulado, dedicándoles específicamente la Sección 6ª de su Capítulo II. Esta se compone de dos preceptos: el art. 62 referido a los “menores extranjeros en situación de desamparo”, que desarrolla el art. 35 de la Ley; y el art. 63 relativo a los “programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros”.

En las líneas que siguen nos vamos a centrar precisamente en el análisis de estas materias, descartamos el tratamiento de aquellas cuestiones relacionados con los menores que aparecerán reflejadas en otros capítulos de la presente obra.

## 2. LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

### 2.1. Pautas preliminares de actuación con los menores

Nuestras autoridades se tienen que enfrentar con cierta frecuencia al problema que supone la llegada de menores extranjeros no acompañados<sup>5</sup>. En estos casos, lo primero que puede plantearse es si estamos efectivamente ante un menor, ya que aunque la minoría de edad puede resultar evidente, lo más normal, dada la edad con la que suelen venir, es que se susciten dudas.

Para ello, el art. 35.1 de la Ley dispone lo siguiente:

*“En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará por los servicios competentes de protección de menores, 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, realizarán las pruebas necesarias”<sup>6</sup>.*

4.- BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001.

5.- Tomamos esta terminología de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, que delimita su ámbito de aplicación en el art.1 refiriéndose a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos; así como a los menores que después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros sean dejados solos (DOCE núm. C 221, de 19 de julio de 1997).

6.- La redacción propuesta por CiU en su enmienda núm. 306 creemos que hubiera resultado más completa y acertada: en lugar de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, aludía a la localización del supuesto menor desde cualquier servicio público; y citaba además el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al señalar que se la daría la necesaria atención inmediata (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, 18 de octubre de 2000, núm. 12-5, págs. 117-118).

Pasando a su análisis, vemos, en primer término, que se garantiza al supuesto menor, en tanto se determina su edad, la atención inmediata que precise. El apartado alude de forma genérica a lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, esto es, a lo previsto en el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>7</sup>.

En segundo lugar, debemos señalar que el precepto decía en su redacción originaria que el hecho se pondría en conocimiento de los Juzgados de Menores *para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares*. La referencia al Ministerio Fiscal se introdujo durante la tramitación de la Ley Orgánica 8/2000<sup>8</sup>, diciendo que con su intervención se agilizarían los trámites burocráticos en la determinación de la edad del supuesto menor; y además, que no se consideraba oportuna la intervención previa del Juzgado de Menores, para no criminalizar su sola presencia en España.

Con el cambio, hay que reconocer que se persigue un objetivo acertado. La edad del supuesto menor debe ser determinada lo antes posible, pues de ello depende la aplicación del régimen protector previsto en el art. 35. Este régimen implica, entre otras cosas, que el menor ingresa en un centro de acogida, y es deseable que ello no se produzca hasta que se tenga constancia de que se trata efectivamente de un menor necesitado de protección. De otro modo se podría causar un perjuicio a los menores que viven en esos centros.

Por otra parte, los Juzgados de Menores han centrado tradicionalmente su actividad en el conocimiento de los hechos cometidos por menores de una cierta edad, tipificados como delito o falta en las Leyes Penales<sup>9</sup>. El art. 35 está más en sintonía con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reforzó la intervención del Ministerio Fiscal, recordándonos en su Exposición de Motivos que a esta institución corresponde la representación de los menores e incapaces que carezcan de representación legal.

Siguiendo con el apartado objeto de análisis vemos, en tercer lugar, que indica expresamente como debe realizarse la determinación de la edad. En concreto, dice que el Ministerio Fiscal dispondrá la determinación de la edad

El Reglamento ha introducido una matización en su art. 62.1, al señalar que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado actuarán cuando localicen o tengan conocimiento de la existencia de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

7.- BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

8.- Al respecto vid. Beatriz Campuzano Díaz, “Los menores extranjeros no acompañados”, El nuevo Derecho de extranjería, A. Rodríguez Benot y C. Hornero Méndez (Coord.), op. cit., págs. 251 y ss.

9.- Vid. arts. 96 y 97 LOPJ; y art. 2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000).

contando con la colaboración de las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias<sup>10</sup>.

En realidad, esto es lo que ya venía haciéndose, se recoge y regula por tanto la práctica existente. Los médicos suelen realizar una prueba de oseometría mediante una radiografía de la muñeca, y es muy acertado, por lo que decíamos con anterioridad, que se establezca su realización con carácter prioritario. El Reglamento insiste además en esta idea, al señalar en su art. 62.1 que las pruebas se realizarán con carácter prioritario y *urgente*.

Debemos señalar también en relación con esta cuestión que el art. 35, a diferencia de otros preceptos de la Ley relacionados con los menores, no fija una edad que delimite su aplicación<sup>11</sup>. Su contenido se encuentra no obstante íntimamente vinculado con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que sí dispone en su art. 1 que se aplica a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que hayan alcanzado con anterioridad la mayoría de edad en virtud de la ley que les sea aplicable<sup>12</sup>. Coincide esta norma con lo dispuesto en el art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>13</sup>.

Por último, en la redacción originaria del precepto, tal como hemos visto, se hacía referencia también a los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad y comprobación de las circunstancias personales y familiares. Estos datos son muy útiles a la hora de decidir que es lo más conveniente para el futuro del menor, si volver a su país de origen o quedarse e integrarse en el nuestro. Pero el problema, como ha puesto de relieve Elena Arce Jiménez, es que el menor guarda su identidad como el tesoro más preciado, al ser consciente de que su identificación podría desencadenar el viaje de vuelta<sup>14</sup>.

10.- El Programa Global de la Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (Programa GRECO) contempla la mejora de los mecanismos existentes para la protección de los menores extranjeros no acompañados, con una serie de medidas (acción 3.6). Una de ellas es la colaboración con las instituciones sanitarias para la determinación de la edad, éstas establecerán los centros sanitarios en los que se realizarán las pruebas necesarias. En el apartado referente al órgano responsable de la medida, el programa GRECO cita al Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Dirección General de la Policía y Gobierno de las Comunidades Autónomas (BOE núm. 101, de 27 de abril de 2001).

11.- Los arts. 9, 12 y 17 relativos al derecho a la educación, asistencia sanitaria y reagrupación familiar respectivamente, sí delimitan su ámbito de aplicación refiriéndose expresamente a los menores de 18 años.

12.- Esto significa que debería ser la ley nacional, si se conoce, la que determinara si estamos ante un mayor o menor de edad, al respecto vid. Hilda Grieder Machado, "Las incapacidades y sus formas de protección", en M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, Lecciones de Derecho civil internacional, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 53-54.

13.- BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

14.- "Los menores extranjeros en situación de desamparo", Revista de Derecho de familia, Lex Nova, 1999, pág. 80.

El art. 35 incorpora en su aptdo. 5º la novedad de recurrir a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, señalando que adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección.

Y esta disposición se concreta en el art. 60.2 del Reglamento, que prevé la creación de un Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo dependiente de la Dirección General de Policía, que contendrá a efectos puramente identificadores los siguientes datos: a) nombre y apellidos del menor, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia; b) su impresión dactilar; c) fotografía; d) centro de acogida donde resida; e) organismo público bajo cuya protección se halle; f) resultado de la prueba ósea de determinación de la edad, según informe de la Clínica Médico Forense; g) y cualquier otro dato de relevancia a efectos identificadores. Se establece además que los servicios competentes de protección de menores colaborarán con la Dirección General de la Policía en la identificación de los mismos, comunicando con la mayor posible los datos que pudieran conocer<sup>15</sup>.

## 2.2. La decisión de la Administración competente sobre el retorno de los menores a su lugar de origen o su permanencia en España

El art. 35 continúa diciendo en su aptdo. 2º que una vez determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores<sup>16</sup>. Esto es, a disposición de los

15.-El plan GRECO contempla en la acción 3.6 el establecimiento de canales de colaboración permanentes y ágiles entre los órganos competentes de la Administración del Estado sobre extranjeros y los órganos competentes de las Administraciones autonómicas sobre menores. Señala que esa colaboración dará lugar a la adopción de las medidas técnicas necesarias para conocer las referencias que pudieran existir sobre los menores extranjeros indocumentados en las distintas Administraciones. Y dice además que se establecerán criterios de actuación coordinada sobre asuntos comunes que se planteen con estos menores.

En el apartado referente al órgano responsable de la medida se alude al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia, y Gobierno de las Comunidades Autónomas, vid. supra nota 10.

16.- Sobre las normas que en nuestro sistema de Derecho internacional privado regulan la competencia de nuestras autoridades para actuar en relación con los menores extranjeros y la determinación de la ley aplicable, vid. Mariano Aguilar Benítez de Lugo, "La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado", BIMJ, 15 de enero de 1996, núm. 1766, págs. 7 y ss.; Rafael Arenas García, "Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley (la protección de los menores desamparados en el DIPr. español)", RJC, 1998, 3, págs. 349 y ss.; y Enrique Fernández Masía, "Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España", AC, 1998-2, págs. 427 y ss.

servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentra<sup>17</sup>.

Corresponderá a partir de este momento determinar qué es lo más conveniente para el futuro del menor, si volver a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares, o quedarse e integrarse en España.

### 2.2.1. Las competencias de las distintas Administraciones implicadas

En la decisión que ha de tomarse sobre el futuro del menor confluyen competencias de la Administración del Estado y de los servicios de protección de menores dependientes de las Comunidades Autónomas, que aparecen delimitadas en el art. 35.3 de la Ley, y más detalladamente en el art. 62.4 del Reglamento.

La Ley establece en el mencionado art. 35.3 que la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

El Reglamento, en el desarrollo de esta disposición, comienza repitiendo su contenido, pero con una importante matización. Dice que la Administración General del Estado resolverá lo que proceda *después de haber oído al menor*. Este derecho del menor ya estaba previsto con carácter general en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, pero su reconocimiento expreso en este caso era algo reclamado por la doctrina desde hace bastante tiempo<sup>18</sup>.

A continuación, establece las funciones que corresponde desarrollar a la Administración General del Estado y a los servicios de protección de menores dependientes de las Comunidades Autónomas, en el procedimiento a seguir para la posible repatriación del menor. Y en este punto hay que decir que sigue muy de cerca el contenido de la Resolución de 11 de noviembre de 1998 por la que se dictan instrucciones generales sobre la repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo, que fue aprobada precisamente para resolver los problemas interpretativos que se plantearon con la normativa anterior.

El art. 62.4 señala que la Administración del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación del menor extranjero en

17.- Las normas que han aprobado las distintas Comunidades Autónomas en materia de protección de menores suelen delimitar su ámbito de aplicación refiriéndose genéricamente a los menores que residan o se encuentren en su territorio, vid. Legislación básica de Derecho internacional privado, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

18.- Elena Arce Jiménez, "Los menores extranjeros en situación de desamparo", op. cit., págs. 68 y ss.

situación de desamparo, según la legislación civil, y que ésta actuará a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. Esto está en consonancia con el art. 149.1.2º de la Constitución, que establece la competencia exclusiva de la Administración del Estado en materia de extranjería. Por otra parte, ya hemos visto con anterioridad que los servicios de protección de menores dependientes de las Comunidades Autónomas, son los encargados de atender al menor mientras se encuentra en territorio español.

El procedimiento para la repatriación del menor, según prosigue diciendo el art. 62.4, 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. Esta entidad, añade a continuación, deberá facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y comunicarle asimismo las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.

De acuerdo con esta norma, la iniciativa para la repatriación parece que puede provenir tanto del ámbito de la Administración estatal, como de la Administración autonómica. En la Resolución anteriormente citada se aludía sin embargo únicamente a la entidad pública que ejerce la tutela, se decía que el procedimiento se iniciaría cuando ésta así lo solicitase a la autoridad gubernativa. Por otra parte, en la determinación y comunicación de los datos relativos a la identidad y circunstancias personales del menor, habrá que contar con la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, no hay más que recordar lo dicho a propósito del art. 35.5 de la Ley.

El art. 62.4 continúa diciendo que la Autoridad Gubernativa deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones que lleve a cabo en el procedimiento de repatriación. En principio, contando con la información que se le haya suministrado, tratará de localizar a la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores que pudieran hacerse responsables del mismo. Esto se hará 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 antes las Embajadas y Consulados correspondientes. Si no existiera representación diplomática en España, esas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Una vez localizada a la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación del menor tras la verificación de que no existe peligro en caso de retorno, para la integridad del menor, o su persecución o la de sus familiares. El Reglamento especifica que si el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial, y en todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.

servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentra<sup>17</sup>.

Corresponderá a partir de este momento determinar qué es lo más conveniente para el futuro del menor, si volver a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares, o quedarse e integrarse en España.

### 2.2.1. Las competencias de las distintas Administraciones implicadas

En la decisión que ha de tomarse sobre el futuro del menor confluyen competencias de la Administración del Estado y de los servicios de protección de menores dependientes de las Comunidades Autónomas, que aparecen delimitadas en el art. 35.3 de la Ley, y más detalladamente en el art. 62.4 del Reglamento.

La Ley establece en el mencionado art. 35.3 que la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

El Reglamento, en el desarrollo de esta disposición, comienza repitiendo su contenido, pero con una importante matización. Dice que la Administración General del Estado resolverá lo que proceda *después de haber oído al menor*. Este derecho del menor ya estaba previsto con carácter general en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, pero su reconocimiento expreso en este caso era algo reclamado por la doctrina desde hace bastante tiempo<sup>18</sup>.

A continuación, establece las funciones que corresponde desarrollar a la Administración General del Estado y a los servicios de protección de menores dependientes de las Comunidades Autónomas, en el procedimiento a seguir para la posible repatriación del menor. Y en este punto hay que decir que sigue muy de cerca el contenido de la Resolución de 11 de noviembre de 1998 por la que se dictan instrucciones generales sobre la repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo, que fue aprobada precisamente para resolver los problemas interpretativos que se plantearon con la normativa anterior.

El art. 62.4 señala que la Administración del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación del menor extranjero en

17.- Las normas que han aprobado las distintas Comunidades Autónomas en materia de protección de menores suelen delimitar su ámbito de aplicación refiriéndose genéricamente a los menores que residan o se encuentren en su territorio, vid. Legislación básica de Derecho internacional privado, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

18.- Elena Arce Jiménez, "Los menores extranjeros en situación de desamparo", op. cit., págs. 68 y ss.

situación de desamparo, según la legislación civil, y que ésta actuará a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. Esto está en consonancia con el art. 149.1.2º de la Constitución, que establece la competencia exclusiva de la Administración del Estado en materia de extranjería. Por otra parte, ya hemos visto con anterioridad que los servicios de protección de menores dependientes de las Comunidades Autónomas, son los encargados de atender al menor mientras se encuentra en territorio español.

El procedimiento para la repatriación del menor, según prosigue diciendo el art. 62.4, 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. Esta entidad, añade a continuación, deberá facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y comunicarle asimismo las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.

De acuerdo con esta norma, la iniciativa para la repatriación parece que puede provenir tanto del ámbito de la Administración estatal, como de la Administración autonómica. En la Resolución anteriormente citada se aludía sin embargo únicamente a la entidad pública que ejerce la tutela, se decía que el procedimiento se iniciaría cuando ésta así lo solicitase a la autoridad gubernativa. Por otra parte, en la determinación y comunicación de los datos relativos a la identidad y circunstancias personales del menor, habrá que contar con la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, no hay más que recordar lo dicho a propósito del art. 35.5 de la Ley.

El art. 62.4 continúa diciendo que la Autoridad Gubernativa deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones que lleve a cabo en el procedimiento de repatriación. En principio, contando con la información que se le haya suministrado, tratará de localizar a la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores que pudieran hacerse responsables del mismo. Esto se hará 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 antes las Embajadas y Consulados correspondientes. Si no existiera representación diplomática en España, esas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Una vez localizada a la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación del menor tras la verificación de que no existe peligro en caso de retorno, para la integridad del menor, o su persecución o la de sus familiares. El Reglamento especifica que si el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial, y en todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.

Concluye el art. 62.4 diciendo que la repatriación será acordada por el Delegado del Gobierno o el Subdelegado del Gobierno cuando tuvieren la competencia delegada para ello, y que la medida será ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Se especifica incluso quien habrá de asumir los costes de la misma.

### 2.2.2. Criterios que deben guiar la decisión de la Administración.

La Ley contempla en su art. 35.3 varias posibilidades para el futuro del menor: puede volver a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares; o quedarse en el nuestro, permanecer en España. La Administración del Estado, previo informe de los servicios de protección de menores, y siguiendo el procedimiento que hemos visto en el epígrafe anterior, resolverá lo que proceda, decidirá en definitiva qué es lo más conveniente para cada menor.

No resulta sin embargo muy explícita la Ley en cuanto a los criterios que deben guiar la decisión de la Administración en un sentido u otro. Alude eso sí al principio de reagrupación familiar del menor, parece indicarnos que la solución prioritaria es que el menor vuelva con su familia, pero nada dice sobre qué circunstancias harían preferible su permanencia en España.

El Reglamento sí ofrece algunas indicaciones en su art. 62.4. Por una parte, y como ya hemos visto en el epígrafe anterior, la repatriación se condiciona a que no exista riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

En este punto sigue la misma fórmula que figuraba en el Reglamento de la Ley de Extranjería anterior<sup>19</sup>. Es una pena que no haya tomado como modelo la prevista en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, pues, aunque sustancialmente coincidente, resulta más detallada y entendemos que mejor encaminada a la defensa del interés superior del menor<sup>20</sup>.

Por otra parte, y como también hemos visto en el epígrafe anterior, se establece algo importante, y es que el menor tiene derecho a ser oído. La cuestión

19.- Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996).

20.- Esta Resolución establece en su art. 5 lo siguiente: "1. Cuando un menor de edad no sea autorizado a prolongar su existencia en un Estado miembro, éste sólo podrá devolverlo al país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo cuando a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía. De ello podrán encargarse los padres u otros adultos que cuiden de él, así como órganos estatales o no estatales; 2. Mientras no sea posible realizar la repatriación en dichas condiciones, los Estados miembros deberían en principio dar la posibilidad de que el menor permanezca en su territorio", vid supra nota 5.

es que habrá que ver luego en la práctica si se tiene en cuenta verdaderamente su opinión.

Decimos esto porque la presencia de menores no acompañados constituye para nuestras autoridades un problema delicado y de difícil gestión. No siempre disponen de infraestructuras y medios suficientes para atenderlos, y buscan la manera de devolverlos cuanto antes a su país. En ocasiones de hecho se han producido actuaciones al margen de la normativa aplicable, especialmente en aquellos puntos de nuestra geografía donde se vive el problema con mayor intensidad<sup>21</sup>.

El Gobierno, para aliviar este problema, está barajando, entre otras medidas, la posibilidad de colaborar con las autoridades marroquíes para crear centros de tutela en este país<sup>22</sup>. Esta medida hay que valorarla positivamente, por la preocupación que demuestra por los menores extranjeros, y también porque permitiría que éstos retornasen con las debidas garantías.

Pero debemos tener presente que dichos centros no podrían convertirse en un recurso fácil para mandar de vuelta a los menores. Como establece el Reglamento, estos tienen derecho a ser oídos en la decisión que ha de tomarse sobre su futuro. Además, aunque no se diga expresamente, la actuación de nuestras autoridades debe atender en todo momento al interés superior del menor<sup>23</sup>.

### 2.3. La permanencia del menor extranjero en España

El art. 35 de la Ley se refiere finalmente en su aptdo. 4º a la permanencia del menor extranjero en España, y dice literalmente lo siguiente: "*Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad del retorno con su familia o al*

21.- Vid. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, "Los niños de la calle en Ceuta: racismo y desamparo", <http://www.reicaz.es/extranjeria>.

22.- Así lo manifestó el Ministro del Interior en respuesta a una pregunta de la diputada Dª. D. Blanco Terán, del Grupo Parlamentario Socialista, sobre qué medidas concretas estaba tomando el Gobierno ante el gravísimo problema de los menores extranjeros no documentados y no acompañados, Congreso, 24 de mayo de 2000, núm. 9, pp. 303-304.

No es ésta una iniciativa completamente novedosa. Como ha puesto de manifiesto Alegría Borrás Rodríguez, ya existen experiencias previas en este sentido, vid. "La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derechos de visita y devolución de menores en las relaciones con Marruecos", Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999), I. García Rodríguez ed., Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, pág. 249.

23.- Así lo establece el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño; el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; y el art. 24 de la recientemente aprobada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE núm. C 364, de 18 de diciembre de 2000).

*país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”.*

Pasando a su análisis, vemos, en primer término, que el menor se quedará en España bajo la tutela de una entidad pública. A modo de ejemplo podemos decir que si el menor estuviera en Andalucía, correspondería a la Junta, a través de la Consejería competente, asumir la tutela del mismo<sup>24</sup>.

La figura de la tutela se aplica con carácter general a los menores que se encuentran en situación de desamparo. Esta noción se define en el art. 172 del CC<sup>25</sup>, y de su lectura se desprende que el desamparo podría darse viviendo el menor extranjero con su familia en España, y que se da en el caso que ahora nos ocupa, cuando se encuentra sólo en nuestro país.

El art. 35.4 de la Ley señala, en segundo lugar, que el organismo encargado de la tutela instará la concesión de un permiso de residencia al menor. En este punto reitera una obligación que ya aparecía prevista el artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, pero introduciendo una importante precisión temporal. Y es que no se solicitará el permiso de residencia hasta que haya quedado acreditada la imposibilidad de que el menor retorne con su familia o al país de origen, en definitiva, hasta que se haya decidido que lo más conveniente para el menor es permanecer en España.

Nuestras autoridades tendrán que realizar con carácter previo todas las gestiones que detallábamos en el epígrafe anterior, y deberían comprometerse a realizarlas con rapidez y diligencia para que pudiera organizarse cuanto antes la integración de aquellos menores que van a permanecer finalmente en España.

El Reglamento, en cualquier caso, ha tenido el acierto de introducir en su art. 62.5 un límite máximo de nueve meses<sup>26</sup>. Una vez transcurrido este plazo se impone solicitar el permiso de residencia<sup>27</sup>, y así se evita algo que venía

24.- Vid. art. 23 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor (BOJA núm. 53, de 12 de mayo de 1998, y BOE núm. 150, de 24 de junio de 1998).

25.- Art. 172 del CC: “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

26.- Art. 62.5 del Reglamento de ejecución: “Transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores a la que se refiere el apartado 2 de este artículo, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle el permiso de residencia al que se refiere el art. 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000”.

27.- El art. 49 del Reglamento regula los supuestos de exención del visado requerido para obtener el permiso de residencia, y en su aptdo. c) se refiere a los menores de edad que estén sujetos legalmente a la tutela de una institución española.

denunciándose desde hace bastante tiempo, y es que los organismos encargados de la tutela incumplan sus obligaciones a este respecto, amparándose en una futura y posible repatriación<sup>28</sup>.

En relación con el art. 35.4 de la Ley debemos señalar, en tercer lugar, que no alude a una hipótesis que se da con frecuencia en la práctica, y es la referente a menores que carecen de documentación, y por cualquier causa no pueden ser documentados por las autoridades de ningún país<sup>29</sup>. Si se trata en el Reglamento, concretamente en el art. 56.12, que se refiere a la entidad pública que ejerce la tutela para señalar que representará al menor en todas las actuaciones necesarias para su documentación.

Ese mismo art. 56 especifica también cuales son las actuaciones que deben llevarse a cabo para documentar al menor. Su realización conlleva la obtención de una cédula de inscripción, que permite solicitar el permiso de residencia.

El art. 35.4 concluye diciendo que el permiso de residencia se concederá con carácter retroactivo, lo cual es importante a efectos de la integración del menor en nuestro país. Nuestra Ley de Extranjería establece un sistema de permisos, que otorga mayor seguridad y estabilidad a los que acreditan unos determinados años de residencia. El Reglamento dispone además en su art. 42.e) que se concederá un permiso de residencia permanente a los extranjeros que al llegar a la mayoría de edad, hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los tres años consecutivos inmediatamente anteriores.

Esto se relaciona por otra parte con el acceso a la nacionalidad española. El art. 22.2.c) del CC dice que para adquirir la nacionalidad española por residencia, bastará el tiempo de un año si se ha estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución española durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.

Por último, y en relación con la necesaria integración de los menores que van a permanecer en España, hemos de valorar muy positivamente el contenido del art. 40 de la Ley. Este precepto recoge de modo casuístico una serie de situaciones en las que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo a efectos de conceder el permiso de trabajo, y en su aptdo. j) se refiere a los

28.- Vid. “Informe de situación: los menores y los jóvenes inmigrados desamparados. Antecedentes, memoria, análisis, valoración y propuestas de la Plataforma Ciudadana en Defensa dels Menors Immigrats Desemparats”, Cataluña, junio de 2000, en <http://www.reicaz.es/extranjeria>.

29.- Como señala Elena Arce Jiménez, esto se debe en ocasiones a la falta de colaboración de las representaciones diplomáticas de algunos países de procedencia de los menores; y también a que éstos ocultan su verdadera identidad para obstaculizar el viaje de vuelta, “Los menores extranjeros en situación de desamparo”, op. cit., págs. 80-81.

*menores extranjeros en edad laboral con permiso de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen*<sup>30</sup>.

Hay que tener en cuenta que los menores permanecen en España recibiendo formación, pues el art. 9 de la Ley les reconoce el derecho a la educación sin restricción alguna. Era lógico en consecuencia facilitarles el acceso al mercado de trabajo.

#### **2.4. Supuestos particulares: los menores solicitantes de asilo y apátridas**

El art. 62 del Reglamento se refiere en su sexto y último apartado a los menores solicitantes de asilo, señala que en este caso se estará a lo dispuesto en el art 15.4 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<sup>31</sup>.

Ese art. 15.4 dispone que los solicitantes de asilo menores de dieciocho años en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndose el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal<sup>32</sup>; que el tutor que legalmente se le asigne le representará durante la tramitación del expediente; y que las solicitudes se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo<sup>33</sup>.

Entre esas recomendaciones cabe citar la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, que se ocupa específicamente de estos menores en su art. 4<sup>34</sup>. Este precepto aconseja a los Estados miembros que den un tratamiento

30.- Esta disposición se repite en el art. 70.h) del Reglamento.

31.- BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

32.- El Programa Global de la Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (Programa GRECO) contempla la creación de centros de acogida para menores solicitantes de asilo (acción 4.2). Señala que se constituirá una red de centros para estas personas, y que se realizará con carácter previo un análisis de las necesidades, a fin de ubicarlos en lugares adecuados. El Programa reconoce que la infraestructura existente resulta insuficiente, y que sólo existe un centro habilitado para realizar esta función. En la determinación del órgano responsable de la medida se alude al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Dirección General del IMSERSO y Gobierno de las Comunidades Autónomas.

33.- Según Guy S. Goodwin-Gill, ni la Convención de Ginebra de 1951 ni la Convención de los Derechos del niño de 1989 protegen eficazmente a estos menores, "Protecting the Human Rights of Refugee Children: Some Legal and Institutional Possibilities", *Children on the Move. How to Implement their Right to Family Life*, J. Doek, H. van Loon y P. Vlaardingerbroek (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1996, The Hague, pág. 98.

34.- Vid. supra nota 5.

de urgencia a estas solicitudes, teniendo en cuenta las necesidades específicas de los menores y su vulnerabilidad; también, que las entrevistas relacionadas con la solicitud de asilo sean realizadas por funcionarios con la necesaria experiencia o cualificación; y que sean evaluadas teniendo en cuenta, además de hechos y circunstancias objetivos, la madurez, edad y desarrollo mental del menor, así como la posibilidad de que su conocimiento de las condiciones imperantes en el país de origen sea limitado.

Por otra parte, el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, aprobado por Real Decreto 865/2001, de 20 de julio<sup>35</sup>, también se ha ocupado expresamente de los menores en su art. 6.

Esta disposición dice que los menores que soliciten el estatuto de apátrida y se encuentren en situación de desamparo, serán encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndose el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Añade, en consonancia con la normativa anteriormente analizada, que la entidad pública que ejerza la tutela los representará en el procedimiento de apatridia; y que en todo caso, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales de protección de menores, se entenderá autorizada su permanencia en territorio nacional durante la tramitación del procedimiento.

### **3. LOS PROGRAMAS DE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE MENORES**

Los programas de desplazamiento temporal de menores tienen una clara finalidad humanitaria. Se dirigen a menores procedentes de países donde se viven situaciones de pobreza, que pueden estar debidas a conflictos bélicos o grandes catástrofes, a menores que requieren un tratamiento médico específico que no pueden recibir en su país de origen... Podemos señalar, a modo de ejemplo, que estos programas se han venido autorizando durante años en favor de menores saharauis, bosnio-herzegovinos, o de zonas de Repúblicas de la antigua URSS afectadas por la catástrofe nuclear de Chernobil.

El Reglamento se ocupa con bastante detalle de estos programas en su art. 63. Introduce, como veremos, una serie de precisiones que no figuraban en la normativa anterior, concretamente, en el art. 14 del antiguo Reglamento<sup>36</sup>.

En primer lugar, señala que dichos programas pueden ser promovidos y financiados por las Administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones, y que deben tener carácter humanitario. Los menores podrán venir

35.- BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001.

36.- Vid. supra nota 19.



durante un tiempo limitado con fines de escolarización, tratamiento médico, o simplemente para disfrutar de unas vacaciones.

El carácter efectivamente humanitario de estos programas tiene que ser controlado para evitar abusos. Desgraciadamente, en el pasado se han dado casos de programas que traían a menores que no eran realmente necesitados, y cuyos padres habían pagado además sumas importantes de dinero para sufragar sus vacaciones en España<sup>37</sup>. Los Criterios aprobados por la Comisión Interministerial de Extranjería el 23 de junio de 1997 para la expedición de visados de corta duración a menores en aplicación del art. 14 del antiguo Reglamento, estuvieron destinados precisamente a evitar que se produjeran distorsiones o irregularidades en la gestión de estos programas.

El art. 63 del Reglamento señala, en segundo lugar, que estos menores necesitarán la autorización expresa de quien ostente la patria potestad o tutela, así como un informe previo favorable del Subdelegado del Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales en cuyo territorio vayan a permanecer.

Estos requisitos se recogen también en el aptdo. 5º del art. 7 del Reglamento, a efectos de conceder el visado de estancia. El informe gubernativo, según precisa este apartado, versará en especial sobre el cumplimiento de los requisitos y autorizaciones exigibles en el interior en materia sanitaria, de escolarización y de protección jurídica del menor, a tenor del fin y duración de la estancia, en orden a garantizar la ausencia de riesgo de desprotección de éste, y verificar el compromiso escrito de facilitar su retorno al país de origen, y la inexistencia de coste para el erario público salvo que dicho coste haya sido asumido expresa y previamente en cada caso por la autoridad competente.

En tercer lugar, el art. 63 dice que será preciso igualmente el informe del órgano de la Comunidad Autónoma competente en materia de protección de menores, emitido a iniciativa de la entidad promotora del programa.

Como vemos, en este ámbito también confluyen competencias de la Administración estatal y de las Administraciones autonómicas. Cabe destacar que la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, se refiere en su Disposición adicional 8ª a estos programas, señalando que se promoverá la colaboración con la Administración del Estado para que se autoricen

37.- Vid. Salomé Adroher Biosca, "La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el Derecho español", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, núm 5, pág. 39.

y desarrollen conforme a los fines y requisitos establecidos en el Reglamento de extranjería<sup>38</sup>.

Tras el establecimiento de las características y requisitos que deben cumplir los programas de acogida temporal, el art. 63 prosigue diciendo que los Ministerios de Asuntos Exteriores y del Interior coordinarán y autorizarán la venida y estancia de estos menores, y que por este último Departamento se controlará el regreso de los mismos al país de origen o de procedencia. Esta última precisión representa una novedad con respecto al Reglamento anterior, y suponemos que responde al deseo de evitar problemas pasados.

Entre los menores y las familias acogedoras se crean normalmente unos vínculos afectivos muy fuertes. A muchas de estas familias les cuesta aceptar que el menor tenga que volver a su país de origen, se han dado casos incluso de familias que se han opuesto.

El Reglamento por ello ha tenido la cautela de señalar que si los menores van a ser acogidos por familias o personas individuales, éstas deberán expresar por escrito su conocimiento de que la acogida del menor no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el retorno a su país de origen o de procedencia.

También establece, para evitar pretendidas estancias indefinidas, que si ésta se ha producido por motivo de estudios, acabará al finalizar el curso académico, debiendo el menor regresar a su país, salvo que razones excepcionales se lo impidan. Si se quiere que el menor continúe los estudios por más de un curso académico, habrá que incluirlo en un nuevo programa.

38.- La Dirección General de Atención al Niño de esta Comunidad Autónoma también ha elaborado la Instrucción Núm. 2/1998, de 12 de mayo, sobre el procedimiento para la conformidad de los programas de acogida temporal de menores extranjeros en Andalucía, destinada a garantizar que la estancia de los menores se desarrolle en las adecuadas condiciones de atención y seguridad, y que no exista ánimo de lucro por parte de los que intervienen en su promoción y ejecución.