

La influencia del “interés superior del niño” en los casos de repatriación de menores extranjeros no acompañados en el Estado español.

Agustina Iglesias Skulj
Universidade da Coruña¹

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de esta contribución es analizar la situación de l@s niñ@s migrantes no acompañados. En este artículo no se utilizará el término de “menor” debido a que pertenece al anterior paradigma “tutelar” y no el de la “protección integral”² establecido por la Convención sobre los derechos del niño desde 1989. En aquél momento, mediante la sanción de este documento internacional, se da un giro epistemológico y político respecto del modelo tutelar para centrarse en un sujeto de derecho y en el interés del mismo, en este caso, las personas que todavía no tienen 18 años.

Una vez hecha esta precisión, serán abordadas las consecuencias jurídicas previstas para l@s niñ@s migrantes irregulares que llegan sin un adulto que pueda hacerse cargo de ell@s. En efecto, debido al carácter irregular de su condición y su edad, l@s niñ@s requieren una atención específica y adecuada por parte de los Estados (de origen, de tránsito y destino), así como de los demás actores implicados.

Un elemento que no puede ser desatendido, debido a su influencia en las diferentes instancias de aplicación de las normas, es el impacto de la irregularidad migratoria en un escenario marcado por exclusiones sociales y por el aumento de la movilidad internacional. En efecto, las políticas para el control de la *frontera* de la UE han demostrado la incapacidad de gestionar adecuadamente los flujos migratorios irregulares³, y por lo tanto, es necesaria la adopción de un enfoque global que logre incorporar respuestas adecuadas a los instrumentos de derechos humanos, y en particular, al principio del *interés superior del niño*.

En este sentido, frente al contexto en el cual la migración, tanto a nivel global como en el ámbito europeo ha adquirido una creciente relevancia, la acción estatal orientada a la búsqueda de solucionar este problema deberá desarrollarse a través de políticas migratorias estructuradas en función de dos principios: la garantía de los derechos fundamentales y un enfoque transversal que tome en debida cuenta los intereses, necesidades y derechos de l@s niñ@s migrantes. En esta coyuntura resulta primordial hacer un recuento de los estándares, principios y obligaciones concretas de los Estados en materia de derechos humanos de l@s niñ@s migrantes en el ámbito internacional y europeo.

¹ Este trabajo se desarrolló en el marco del Proyecto *Medidas alternativas á privación de liberdade*, (Codigo 10PBX101082PR) de la Consellería de Economía e Indutria de la Xunta de Galicia.

² Tal transformación se conoce como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, que en otros términos significa pasar de una concepción de los “menores” -una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho. Vid. LE BLANC, L.J., *The Convention on the Rights of the Child. United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995, p. 11ss; BELOFF, M., *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, disponible en <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/mary-beloff.pdf>

³ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, 2011, en especial p. 56 ss.; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, 2010, p. 23 ss.

El paradigma de la *protección integral* surge de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales tales como:

- las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing;
- las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; y
- las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh.

Así, este trabajo está organizado de la siguiente manera: en primer lugar, se abordará el concepto de “menores no acompañados”. En segundo lugar, se establecerá el significado *del interés superior del niño* y las funciones normativas que conlleva. A continuación serán analizados los documentos sancionados a nivel europeo y los principios rectores aplicables a este colectivo en el ámbito de las políticas migratorias; por último, se realizará un análisis de la situación en el contexto español, tanto a nivel normativo como de puesta en funcionamiento, a partir de documentos de organizaciones no gubernamentales, informes de autoridades autonómicas y estatales, y jurisprudencia.

Las líneas de conclusión del presente artículo surgirán a partir de analizar si las funciones normativas del principio del interés superior son aplicadas en el contexto del control de los flujos migratorios, y en todo caso, cuáles son sus consecuencias. Entre ellas resulta de gran interés indagar sobre el devenir actual de la figura del Estado como *protector* de l@s niñ@s en el ámbito transnacional.

II. CONCEPTO

De acuerdo con el artículo 2, letra f), de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, se definen como menores no acompañados *los nacionales de terceros países o apátridas menores de 18 años 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 la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros*⁴.

La definición del Comité de los Derechos del Niño, señala que se entenderá por "niños no acompañados" de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad. Asimismo, se definen a los niños separados, en el sentido del artículo 1 de la Convención, los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia⁵.

⁴ Este concepto de menor extranjero no acompañado también está recogido en el art. 1 de la Resolución del Consejo 97/C 221/03, de 26 de junio; art. 19 la Directiva del Consejo 2003/9/CE, de 27 de enero; en el art. 2-f de la Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril; art. 2-i de la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril; en el art. 17 de la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre.

⁵ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen,” Observación General N° 6, Doc. N.U. CRC/GC/2005/6 (2005), p. 7-8. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, Res. A.G. 44/25, anexo 44 AGOR N.U. Supl. (n° 49) en 167, Doc. N.U. A/44/49 (1989), en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Estado español el 6 de diciembre de 1990, art. 1. Ley orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, art. 1.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIONES NORMATIVAS

Los niños no acompañados que abandonan su país de origen para entrar en la Unión Europea (UE), plantean un desafío particular y requieren un enfoque adecuado de las políticas, también a escala europea, en el que prevalezca el interés superior de las niñas y los niños. En todo caso, es importante señalar que la mayoría de los instrumentos legales en materia de inmigración y asilo incluyen disposiciones que prevén una mayor protección de los derechos de los niños, y en particular de los no acompañados⁶. Ahora bien, cuando se pretende evaluar las políticas españolas en este ámbito, previamente, debe ser esclarecido qué se entiende por el interés superior del niño, ya que se erige como un parámetro para valorar la racionalidad de las políticas y de las medidas adoptadas en estos casos.

En el artículo 3 inciso 1 de la Convención de los Derechos del Niño se dispone que "[e]n 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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". En efecto, se considera que el "interés superior del niño", resulta ser de vital importancia para una interpretación y una aplicación racional de este cuerpo normativo. Al respecto, se señala que el comité de Derechos del niño ha establecido que el interés superior es uno de los principios generales de la Convención, y por lo tanto, principio 'rector-guía' de ella. No obstante, las normas de la Convención que hacen referencia al interés superior del niño han sido cuestionadas por su vaguedad, lo cual permitiría el ejercicio discrecional del poder estatal⁷.

En atención a reducir la posible arbitrariedad o imprecisión, adoptaremos la postura que considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista,

⁶ Si bien el Pacto Europeo sobre inmigración y asilo no menciona expresamente a los *menores no acompañados*, éstos pueden considerarse incluidos en el compromiso del Consejo Europeo de "tener más en cuenta, con espíritu solidario, las dificultades de los Estados miembros sometidos a una afluencia desproporcionada de emigrantes y, a tal fin, pedir a la Comisión que presente propuestas". Por su parte la COM(2009)262, sobre el Programa de Estocolmo incluye medidas específicas dirigidas al cumplimiento de los objetivos establecidos en el Pacto, entre ellos la asignación de una mayor prioridad a la definición de las necesidades que conlleva, en el plano internacional, la protección y acogida de los menores no acompañados. Más recientemente, a mediados de 2009, el Consejo ha debatido ampliamente el problema que presentan los menores no acompañados. Por ejemplo, durante la reunión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior celebrada en septiembre de 2009, los ministros convinieron en que todos los Estados miembros se beneficiarían del desarrollo de estrategias comunes y de una mayor cooperación con los países de origen, también en el ámbito de la repatriación de los menores. Entre las áreas temáticas merecedoras de una atención especial se señalaron el intercambio de información y buenas prácticas, la cooperación con los países de origen, los métodos para la determinación de la edad y la localización de la familia, y la necesidad de prestar una atención especial a los menores no acompañados en el contexto de la lucha contra la trata de seres humanos. En particular, se instó a la Comisión Europea a presentar el plan de acción sobre menores no acompañados antes aludido, el cual debe ofrecer los oportunos instrumentos legislativos y financieros, además de incluir medidas dirigidas tanto a la protección como a la prevención, guiándose siempre por el interés superior del menor como principio rector de la UE. Disponible en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/110272.pdf.

⁷ En este sentido, CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño* en GARCÍA MÉNDEZ, E./BELOFF, M., (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, 1998, p. 69, ha considerado que es "una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico... Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en 'el interés superior' se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra".

lo cual se traduce en la obligación de la autoridad pública de hacer efectivos los derechos subjetivos⁸. En efecto, del principio deriva una obligación para las autoridades gubernamentales y para los Estados, desplazando la posibilidad de que el interés superior se constituya únicamente en una aspiración o un catálogo de buenas intenciones, sin ningún tipo de responsabilidad ulterior por su incumplimiento. Del carácter obligatorio deriva la satisfacción de los derechos de l@s niñ@s establecidos en la Convención. De esta forma, se pretende afirmar una positivización del contenido del interés superior con base en los derechos enumerados en el instrumento internacional. Ello conduce a garantizar la objetivación necesaria para preservar el paradigma de la “protección integral”.

Con todo, el principio del interés superior del niño funciona como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de l@s niñ@s frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de l@s niñ@s son de un "interés superior" al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos⁹.

Con base en los argumentos anteriores, las funciones normativas del interés superior del niño actúan en dos momentos: en primer lugar, implica que el Estado debe privilegiar los derechos de l@s niñ@s pertenecientes al “núcleo duro” frente a intereses colectivos o frente a otros derechos al momento del diseño, institucional o normativo, de las políticas. En segundo lugar, frente a posibles conflictos entre los derechos del niño e intereses colectivos o individuales, en una situación concreta, deberán tener prioridad los primeros.

En consecuencia, las funciones normativas del principio del interés superior están de acuerdo con el paradigma de la “protección integral” al objetivar las relaciones Estado-niños, limitar la discrecionalidad de las autoridades públicas en estas relaciones y garantizar, en todo momento, la protección de los derechos de l@s niñ@s consagrados en la Convención¹⁰.

IV. NORMATIVA EUROPEA APLICABLE

Las regulaciones establecidas por la UE fueron incorporadas, en gran medida, en los diferentes Estados miembros. Las legislaciones nacionales suelen combinar un tratamiento jurídico propio del derecho de extranjería y asilo, que busca prevenir la llegada de migrantes irregulares, junto con un reconocimiento ambiguo de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran l@s niñ@s, que da lugar a la aplicación de derecho común de carácter tutelar.

La legislación de la Unión Europea (UE) sobre asilo contiene disposiciones específicas aplicables a l@s niñ@s no acompañad@s (vgr., representación jurídica mediante el nombramiento de tutores, formación del personal encargado de facilitar su acceso a la educación, asistencia médica), y la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de retorno) incorpora el interés superior del niño como una consideración primordial en el contexto de su repatriación y posible internamiento. Asimismo, en su comunicación de junio de 2009 –COM(2009)262- la

⁸ Cfr. FERRAJOLI, L., “Derechos fundamentales”, en *Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2001, p. 45.

⁹ Vid., CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, op.cit., p. 71. Asimismo, FREEDMAN, D., *Funciones normativas del interés superior del niño*, en <http://www.juragentium.unifi.it/topics/latina/es/freedman.htm>

¹⁰ FREEDMAN, D., op.cit.

Comisión presentó la futura estrategia de la UE sobre los derechos de la infancia COM(2006)367 y anunció un Plan de acción sobre los niños migrantes no acompañados.

Por su parte, la resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2009 sobre el Programa de Estocolmo considera, en el capítulo dedicado a la protección de la infancia (arts. 73 a 81), que existe la necesidad urgente de abordar el problema de la protección de los niños no acompañados y separados, dados los riesgos especiales a los que están expuestos, e insta «a los Estados miembros a que garanticen que las políticas de la Unión Europea en materia de asilo, inmigración y trata de seres humanos tratan a los niños inmigrantes en primer lugar y sobre todo como niños, y que éstos puedan disfrutar sin discriminación de sus derechos como niños, en particular el derecho a la reagrupación familiar...» En lo que respecta al plan de acción mencionado, la resolución insiste en que debe garantizar que: a) todos los niños no acompañados reciban una protección y asistencia especial mientras permanezcan en la UE; b) la UE adopte medidas para ayudar a los Estados miembros a encontrar una solución segura, práctica y duradera para cada niño, que redunde en el interés superior de éste; c) en caso de que el retorno a un tercer país sea realmente conforme con el interés superior del niño, se ponga en marcha un proceso adecuado de retorno y reintegración, en cooperación con el país de retorno; d) la UE coopere con los países terceros para evitar la emigración no segura y ofrezca oportunidades a los niños en sus países de origen.

Existen, asimismo, procedimientos específicos aplicables a los *menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos*, consistentes, por regla general, en la concesión de un permiso de residencia especial que les garantiza la protección¹¹.

¹¹ Convenio Europeo contra la Trata de personas en su art. 5 establece que los Estados miembros deberán tomar medidas para establecer y reforzar la coordinación entre las agencias responsables de prevenir y combatir la trata de seres humanos. Entre ellas se enuncian: la investigación, la información, campañas de sensibilización y educativas, iniciativas y programas de formación. Asimismo, estas medidas deben atender a la particularidad del delito de trata en el caso de niños tendientes a crear un ambiente que reduzca la vulnerabilidad frente a aquél. En este sentido, los Estados miembros deberán trabajar junto con las ONGs y otras instituciones de la sociedad civil dedicadas a la prevención de la trata o a la protección de las víctimas. Cuando la edad de la víctima sea incierta y haya razones para creer que la víctima es menor de edad, deberá presumirse que se trata de un niño y deberá brindársele una protección especial hasta que pueda verificarse su edad. En cuanto se detecte que una víctima es un migrante no acompañado cada Estado deberá: brindar representación legal quien deberá actuar en el “interés superior” del niño; tomar las medidas necesarias para establecer su identidad y nacionalidad; hacer los esfuerzos conducentes a localizar a su familia en tanto no contradiga el principio de interés superior. En el art. 14 *in fine* establece la concesión de un permiso de residencia para las víctimas de trata de seres humanos cuando su presencia sea importante para el desarrollo del proceso penal en contra de los tratantes, o cuando sea necesaria de acuerdo a la situación personal de la víctima. En todo caso, no puede subordinarse, como sucede en el caso español, la concesión de la residencia a la colaboración en el juicio. En el caso de que las víctimas sean niños, el permiso de residencia deberá concederse teniendo en cuenta el principio del interés superior, y en los que casos que así sea necesario, se renueve. Respecto de la repatriación y el retorno de las víctimas, según el art. 16, el Estado del cual es nacional la víctima o en aquél en que tenga derecho de residencia deberá velar por su integridad, sus derechos y su seguridad; facilitará asimismo, el retorno sin demora. Si el Estado envía a la víctima a otro Estado, este retorno debe ser realizado de conformidad con los derechos y la dignidad. En aquellos casos en que la víctima no cuente con la documentación requerida, el Estado de donde la víctima sea nacional o aquél del que tenga residencia al momento de entrar en el Estado que la recibe deberá proveer de los documentos necesarios para tener un estatus migratorio regular. Asimismo, el Convenio establece que cada Estado miembro deberá adoptar medidas legislativas o de otro carácter con el fin de establecer programas de repatriación. Estos últimos deben evitar la revictimización. Por lo tanto, cada Estado miembro deberá tomar medidas tendientes a la reinserción en la sociedad del Estado de origen. En el caso de los niños estos programas deberán incluir educación y medidas para asegurar por un lado atención y/o la recepción por la familia. En el art. 16.7 prescribe que los niños no podrán ser devueltos, al menos, que luego de realizarse estudios de evaluación de los riesgos y de la seguridad, conste que eso redundará en el interés superior.

Por otro lado, la determinación de la edad, es un tema que preocupa especialmente a la UE con la finalidad de prevenir los abusos y de esta forma garantizar la protección de l@s niñ@s alojad@s en centros. Si bien se constata la existencia de varios métodos (entrevistas, análisis de documentos, exámenes médicos y psicológicos), ninguno de ellos, por sí sólo, proporciona una certeza absoluta sobre la edad; en particular, aquellos basados en el examen médico. Sin embargo, la práctica más generalizada entre los Estados miembros consiste en otorgar el beneficio de la duda y aceptar el valor inferior del rango de edad determinado por las pruebas¹².

El *internamiento*, de conformidad con las normas de derechos humanos, deberá ser “el último recurso”¹³. El artículo 37 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece que ningún niño podrá ser privado de su libertad de forma ilegal o arbitraria. Este Convenio exige asimismo que el internamiento de menor se lleve a cabo tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Respecto de los procedimientos de repatriación y reintegración de l@s niñ@s se establece que sólo serán de aplicación cuando se respete amplia y debidamente el interés superior, de acuerdo con la Directiva de retorno.

En materia de asilo, el Reglamento de Dublín¹⁴ fija ciertos criterios para su concesión. Asimismo, respecto de l@s niñ@s migrantes no acompañad@s establece reglas específicas; en el art. 6 establece que será el Estado miembro quien deberá evaluar la solicitud de asilo por parte del niño, por su parte, el art. 15.3 *in fine* establece que si el niño no acompañado tiene uno o varios familiares en otro Estado miembro que pueden hacerse cargo de él, los Estados miembros reunirán al menor con su familiar o familiares siempre que sea posible¹⁵.

La incorporación del Convenio *in fine*, se produjo a través de la reforma del art. 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, que establece un régimen especial de residencia para las víctimas de trata, en especial mujeres y niñ@s. A mayor abundamiento, vid. IGLESIAS SKULJ, A., *Biopolitical and gender perspectives on border control (special attention to the trafficking in women)*, en FARALDO CABANA, P. (dir.), IGLESIAS SKULJ, A., (coord.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Comares, 2010, p. 125ss.

¹² De acuerdo con el informe *La Política de Acogida, Repatriación y Acuerdos para la integración de los Menores Extranjeros No Acompañados*. Estudio comparativo de la UE elaborado por la Red Europea de Migraciones, Mayo de 2010, disponible en http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/EMN_Informe_de_Sxntesis_-_Menores_no_acompaxados.pdf. El caso español será evaluado en el próximo epígrafe.

¹³ Según el informe citado en nota anterior, en los distintos países de la UE la regla respecto del internamiento es que éste se lleve a cabo únicamente para los casos de repatriación o de comisión de delitos. También se hace constar que las disposiciones sobre el internamiento de menores contenidas en la “Directiva de retorno”, están en vigor en los países. Asimismo, la evaluación de la aplicación de la *Directiva sobre las condiciones de acogida*, dio lugar a la presentación por parte de la Comisión en diciembre de 2008 de una propuesta -COM(2008) 815 final-, junto con su evaluación de impacto adjunta (SEC(2008) 2944), para su modificación. Se hace especial hincapié en lograr asegurar un nivel de vida adecuado para las personas con necesidades especiales. En efecto, se les exigió a los Estados miembros que establezcan mecanismos para identificar las necesidades específicas y para brindar un acceso efectivo a la atención sanitaria. En este sentido, las medidas deben estar orientadas por el principio del interés superior del niño, entre las cuales señala que los niños migrantes no acompañados *no podrán ser objeto de internamiento en ningún caso, y por lo tanto se establece que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias en orden a rastrear los familiares*. Las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo en abril de 2009 se encuentran disponibles en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=EN&reference=A6-0285/2009>.

¹⁴ Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, disponible en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0343:EN:NOT>.

¹⁵ La Comisión propuso una modificación del Reglamento de *Dublín*, entre los que figuran la incorporación de un nuevo art. 6 por el que se requiere a los Estados miembros a cooperar estrechamente entre sí con el objeto de determinar el interés superior del menor, teniendo especialmente en cuenta los

V. EL CASO ESPAÑOL

V.1. Descripción del fenómeno

La existencia de diversas fuentes de información, la ausencia de datos de las Entidades de Protección de Menores, aquell@s niñ@s que permanecen sin ser localizad@s y su gran movilidad, son algunas de las causas brindadas por el último informe producido en el Estado español para justificar la inexistencia de datos precisos sobre l@s niñ@s que se encuentran en esta situación¹⁶.

Según el informe *La política de Acogida, Repatriación y acuerdos para la Integración de los Menores Extranjeros No Acompañados en España* de 2009, el cálculo estimativo de niñ@s migrantes no acompañad@s que estaban acogidos al 31 de diciembre de 2008 arrojaba una cifra de 6.000¹⁷. De acuerdo con el Informe, la mayor parte de “los menores no acompañados” proceden del Magreb, especialmente de Marruecos, y emigran por motivos económicos, al igual que lo hacen los procedentes del África subsahariana (Camerún, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Malí, Mauritania y Senegal)¹⁸.

factores siguientes: posibilidades de reagrupación familiar; bienestar y desarrollo social del menor; aspectos relativos a la protección y seguridad, sin olvidar la propia opinión del menor, atendiendo a su edad y grado de madurez. Se propone también que la reagrupación del menor no acompañado con un familiar que pueda ocuparse de él sea un criterio plenamente vinculante a efectos de determinar la responsabilidad, aclarando que, en ausencia de un miembro de su familia, el Estado miembro responsable será aquél en el que el solicitante haya presentado su solicitud de protección internacional en la fecha más reciente, siempre que ello redunde en su interés superior. Ver. COM(2008) 820 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0820:EN:NOT>, junto con su evaluación de impacto adjunta (SEC(2008) 2962, para modificar el *Reglamento de Dublín*, junto con la mencionada modificación de la *Directiva sobre las condiciones de acogida*. En esta época se publicó también el proyecto de modificación del *Reglamento Eurodac*, el sistema que, mediante la toma, transmisión y comparación de impresiones dactilares, contribuye a determinar a qué Estado miembro le compete, de conformidad con el Reglamento de Dublín, el examen de la solicitud de asilo presentada en un Estado miembro. COM(2008) 825, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0825:EN:NOT>, junto con su evaluación de impacto adjunta (SEC(2008) 2981, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008SC2981:EN:NOT> y SEC(2008) 2982 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008SC2982:EN:NOT>

¹⁶ Según el informe a nivel europeo producido en mayo de 2010 sobre *La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados*, elaborado por la Red Europea de Migraciones, uno de los problemas recurrentes en todos los Estados miembros es la escasa disponibilidad de datos exhaustivos a nivel nacional, e igualmente de datos comparativos a escala de la UE.

Aunque se han constatado avances en la recopilación de datos, es posible mejorar mucho más aún su variedad y disponibilidad, con el objeto de poder ofrecer a los responsables de la formulación de políticas una imagen más completa y compleja de los problemas planteados por los *menores* no acompañados. Según esta informe, entre los ejemplos de posibles mejoras en la presentación y normalización de las estadísticas cabe mencionar la recopilación de los datos correspondientes a los menores no acompañados que no solicitan asilo, así como los relativos al alojamiento, asistencia, educación y desapariciones de menores no acompañados.

¹⁷ *La política de Acogida, Repatriación y acuerdos para la Integración de los Menores Extranjeros No Acompañados España*, junio 2009, Red Europea de Migraciones, disponible en <http://emn.intrasoft-intl.com/Downloads/prepareShowFiles.do%3b?directoryID=115>

¹⁸ De acuerdo con las entrevistas realizadas para el Informe, cuando se les pregunta por sus motivaciones, los niños marroquíes no acompañados declaran que van a España para encontrar un futuro mejor que en su país de origen, donde no existen suficientes oportunidades, los estudios no garantizan un buen trabajo y los empleos a disposición de los jóvenes son escasos y precarios. Por lo tanto, desean trabajar y ganar dinero viviendo en España, y ayudar económicamente a sus familias.

Las líneas de actuación del Estado español con l@s niñ@s migrantes no acompañad@s localizados en su territorio tiene tres pilares: a) la prevención de estas migraciones, a través de la adopción de medidas centradas en el desarrollo social y económico de las zonas de origen de los menores de edad no acompañados¹⁹ y la lucha contra las redes de tráfico de personas²⁰; b) la asistencia y protección de l@s que se encuentren en territorio español²¹; c) la finalidad del retorno asistido al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social. A

¹⁹El diseño de las políticas gubernamentales en este ámbito se desarrolla a partir de una estrategia mixta dirigida a prevenir la inmigración ilegal, ofrecer protección durante la estancia y facilitar el retorno asistido y la reinserción de los menores no acompañados en sus países de origen. En este contexto, la *Estrategia global de apoyo a los menores vulnerables en Marruecos* promueve la creación de entidades de protección, especialmente, en sus regiones de procedencia; refuerza la red de *centros Entraide Nationale*, diseñó un programa para luchar contra el abandono escolar, que incluye la mejora de la calidad de la educación y la promoción de la educación informal; introdujo medidas relacionadas con la formación profesional y el asesoramiento en la búsqueda de empleo; se estableció un plan de mediación y reintegración con medidas de garantía para los menores no acompañados repatriados desde España. Por otra parte, la *Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo* trabaja actualmente en el establecimiento de mecanismos de cooperación para apoyar a los *menores vulnerables* en Senegal. El Estado español tiene como elemento esencial de sus políticas de cooperación, la lucha contra el tráfico de inmigrantes y la inmigración clandestina, a tal fin, ha adoptado medidas para elevar el nivel de sensibilización de l@s niñ@s, de sus familias y de la sociedad en general sobre los riesgos que implica este tipo de emigración.

Sin embargo, como ha sido ampliamente demostrado por las investigaciones producidas en este campo, los acuerdos sobre cooperación policial y de readmisión de inmigrantes irregulares se han ido configurando como parte de las políticas de externalización del control de las fronteras. En efecto, se ha solicitado a los países norafricanos que controlen más enfáticamente la emigración irregular y la permanencia de extranjeros, que intensifiquen los controles y las expulsiones, que desarrollen mecanismos eficaces para el control de sus fronteras terrestres, y también se les ha encomendado la construcción de Centros de detención. En definitiva, toda la política de externalización de las fronteras se conjuga simultáneamente con las llamadas políticas para el desarrollo. Vid, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal...*, op.cit., p. 67 ss.; Un ejemplo de ello, se da con las llamadas políticas de vecindad, que imponen la gestión de las migraciones como condición determinante para la adopción de acuerdos económicos con la UE, y la firma de los acuerdos de readmisión, Vid., FERNÁNDEZ BESSA, C., “*El estado español como punta de lanza del control y exclusión de la inmigración*”, en VV.AA, *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, p. 135 ss. Para una crítica de la subordinación de la cooperación al desarrollo a cambio de la externalización del control de las fronteras norafricanas y de creación de centros de readmisión, vid. Romero, E., “*El Plan África*”, en VV.AA, *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, p. 159-179.

²⁰ Para una crítica sobre el *enfoque trafiquista* de las políticas de externalización del Estado español vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal...*, op.cit., p. 74 ss.; IGLESIAS SKULJ, A., *El cambio en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control: flujos migratorios y gubernamentalidad neoliberal*, Comares, 2011, p. 203 ss.

²¹ Los servicios de *protección de menores* podrán elegir uno de los diversos tipos de centro de acogida existentes, dependiendo del número de menores confiados a su custodia dentro de su ámbito territorial:

a) Si dicho número es pequeño, el lugar de residencia suele ser un centro independiente de tamaño medio. Existen, además, programas especiales para los menores que alcanzan la mayoría de edad; b) Si el número de menores acogidos es mayor, pueden recibir alojamiento en diferentes centros, de acuerdo con los objetivos definidos en el plan de acogida del menor. Normalmente se dispone de tres tipos de establecimientos: centros de acogida inicial, centros de acogida para estancias de duración intermedia y centros para estancias de larga duración. Además, existen planes de acogida para los menores que llegan a la mayoría de edad, que suelen consistir en residencias con distintos niveles de oferta educativa; c) Cuando aumenta excesivamente el número de menores acogidos, el modelo basado en centros individuales se sustituye por un conjunto de varios centros, correspondiendo cada uno de ellos a una fase distinta del plan de acogida.

Estas distintas modalidades de acogida suelen disponer de centros exclusivos para l@s niñ@s no acompañados, la mayoría de los cuales están gestionados por ONG en virtud de convenios suscritos con los servicios de *protección de menores*.

diferencia de otros países de la UE la entrada irregular de est@s niñ@s no se gestiona a través del derecho de asilo, si bien la normativa de extranjería les permite solicitarlo²². Según la Oficina de Asilo y Refugio en 2008 han habido 13 solicitudes de asilo de menores no acompañados; un caso más que en el año anterior.

En aquellos países de la UE, como el caso español e italiano, que no tienen una tradición como países de asilo²³, la consideración previa de los menores como inmigrantes económicos, plantea su tratamiento a partir de la aplicación combinada de una normativa específica enmarcada en su legislación de extranjería con las reglas generales de protección de la infancia en situación de riesgo, vulnerabilidad o desamparo²⁴.

V.2. Migrantes irregulares/*Menores objeto de tutela*

En el art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000 y LO 2/2009 de 11 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) dispone que cuando “*los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad*” se lo atenderá inmediatamente de conformidad con lo establecido por la LO 1/1996 de 15 enero de Protección jurídica del menor. Asimismo, será puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal quien dispondrá la determinación de la edad. No obstante, a pesar que durante este plazo el niño se encuentra en un centro privado de libertad, no se establece normativamente el plazo máximo en que deben realizarse las pruebas para determinar la edad²⁵.

Con la privación de libertad se inicia un proceso administrativo-tutelar durante el cual se llevarán a cabo dos procedimientos: en primer lugar, las pruebas que demuestren la minoría de edad (art. 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 -

²² En aquellos países que no tienen una tradición importante como países de asilo se lleva a cabo una configuración y consideración previa de la migración desde su vertiente clásica (es decir, por razones económicas), comparten una consideración previa de los menores como inmigrantes económicos y organizan su tratamiento a partir de la aplicación combinada de una normativa específica enmarcada en su legislación de extranjería con las reglas generales de protección de la infancia en situación de riesgo, vulnerabilidad o desamparo.

²³ Para una crítica de la falta de políticas de asilo de la migración en general, Vid. SILVEIRA GORSKI, H., “*El asilo y le declive del Estado de derecho en la frontera sur*”, en VV.AA, *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, p. 181-193.

²⁴ En este sentido, es interesante ampliar el análisis de las causas de la inmigración. Como señala MEZZADRA, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de sueños, 2005, p. 110, quien afirma las limitaciones que presentan los modelos *push-pull* para explicar los movimientos migratorios actuales. Las carencias de estos modelos que presentan a las migraciones como sistémicas consisten en no considerar el carácter imprevisible, e ignoran las dinámicas autónomas. De este modo, el autor propone hablar de las migraciones desde el “derecho de fuga” de las condiciones objetivas, y permite dar lugar a una multiplicidad de factores que operan en la decisión del sujeto, otorgándole de este modo una mayor autonomía y, simultáneamente, este punto de vista, permite la crítica de las condiciones vitales, económicas y políticas del contexto actual.

²⁵ El carácter de privación de libertad de este período viene expresamente establecido en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2001, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “la conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la seguridad ciudadana”.

Reglamento LOEx-); en caso afirmativo, se produce el acceso automático en los servicios de acogida equiparando la situación del niño con la definición de desamparo establecida en el Código Civil. En segundo lugar, la autoridad administrativa deberá decretar, por su parte, que el niño se encuentra realmente en una situación riesgo²⁶. Si bien, en un primer momento, se puede celebrar la tutela inmediata prevista por la ley de extranjería, durante la misma, pueden producirse actuaciones y decisiones en contra del interés superior del niño y la vulneración de las garantías de derechos humanos fundamentales como a ser oído y gozar de una tutela judicial efectiva durante todo este período²⁷.

V.2.1. Determinación de la edad

La primera cuestión jurídicamente relevante que se plantea es la comprobación efectiva de su menor edad, toda vez que su condición de menor unida a la ausencia de las personas responsables de su cuidado determina la preceptiva declaración de desamparo y la subsiguiente asunción de la tutela por la Administración, siempre que no se encuentre emancipado. La edad del menor normalmente se prueba, como su identidad, mediante un documento identificativo, ya sea el pasaporte o cualquier otro documento válido que permita acreditar aquella de modo fehaciente.

Ahora bien, si la documentación exhibida presenta indicios de falsedad, de acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, el Ministerio Fiscal podrá autorizar la práctica de pruebas conducentes a la determinación de edad. No obstante, lo habitual es que estos migrantes ingresen sin su documentación. En estos casos, se llevará a cabo el examen para determinar la edad, sin perjuicio de la atención inmediata que le corresponde, de acuerdo con el art. 35.3 LOEx y el art. 190 del Reglamento LOEx²⁸.

La importancia de este procedimiento reside en que dependerá de los resultados de la determinación de la edad, la medida concreta a adoptar respecto del migrante. Así, en el supuesto que de las pruebas resulte que se trata de una persona mayor de edad, automáticamente se convertirá en infractor de la normativa de extranjería por encontrarse irregularmente en territorio español (art. 53.a LOEx), hecho que constituye una infracción grave de las que pueden sancionarse con la expulsión del territorio español (art. 57.1 *in fine*)²⁹.

²⁶ Por ser competencias descentralizadas, las prácticas varían sustancialmente de unas Comunidades Autónomas a otras. En Cataluña se han creado centros específicos para menores no acompañados tanto en fase de primera acogida como en fase de permanencia, en Andalucía se promueven recursos específicos para la primera acogida y se procura progresivamente integrar después a los menores en los dispositivos de derecho común. La región de Madrid actúa sin embargo a la inversa. Los menores ingresan de entrada en centros residenciales de primera acogida comunes y aquellos que permanecen pasan posteriormente a recursos residenciales específicos gestionados normalmente por asociaciones especializadas.

²⁷ El desarrollo de este punto será focalizado en los momentos del examen médico y de la repatriación de los niños.

²⁸ En cualquier caso, como hace constar la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, no será necesario recurrir a las pruebas de determinación de edad, al menos con carácter urgente, cuando el niño extranjero indocumentado sea por sus características físicas indubitablemente menor de edad.

²⁹ Para un análisis exhaustivo de esta medida, Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal...*, op.cit., p. 74 ss. Tanto la expulsión de carácter administrativo como la detención en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) constituyen dos sanciones que contribuyen notablemente a acelerar la confusión entre irregularidad, ilegalidad y criminalidad derivando asimismo, en un proceso administrativo carente de garantías.

En cambio, si la determinación de la edad confirma que estamos ante un menor de edad³⁰, deberá ser puesto a disposición de los servicios de protección de menores mientras se resuelva entre su repatriación o permanencia en España (art. 35.4 y 5 LOEx y arts.190 y 191 del Reglamento)³¹.

De acuerdo con el art. 35.4 LOEx, quien debe determinar la mayor o menor edad del extranjero es el Ministerio Fiscal³², previa consulta en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados de los antecedentes que, en su caso, existan a fin de constatar que tales pruebas no se ha verificado con anterioridad³³.

Evidentemente, tales pruebas habrán de practicarse por las instituciones sanitarias oportunas, con carácter prioritario y urgente, debido que hasta este momento se entiende que se trata de una privación de libertad y el legislador no ha estipulado el plazo máximo en el cual deben realizarse aquéllas³⁴. Durante todo este procedimiento el

³⁰ Sin embargo, de conformidad con el análisis de la LOEx en lo relativo a la determinación de la edad, exige realizar una serie de precisiones referidas al límite de edad. Ello en virtud de que el Código civil prevé en su art. 9.1 que la mayoría de edad se rige, en todo caso, por la ley personal del sujeto. No obstante, el art. 1 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor –en correspondencia con el art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño-, en cuanto establece un límite máximo de edad, aunque con carácter subsidiario al fijado por la ley personal del sujeto. Este límite máximo se encuentra en los dieciocho años, aunque cede si la ley aplicable al sujeto en razón de su nacionalidad establece una edad inferior para alcanzar la mayoría. Esta cuestión deberá resolverse con el principio del interés superior, de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 41 prevé que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) el Derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”. Asimismo, el art. 3.2 LO 1/1996 de Protección del Menor dispone que “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el Ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad (...) o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”. De lo expuesto se deduce que no puede ser aplicada la ley nacional, en tanto y en cuanto, contradiga los instrumentos internacionales de derechos humanos, y el art. 14 de la Constitución española.

³¹ Así resulta de la siguiente afirmación vertida por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 2/2001, de 28 de junio: “El art. 35 se aplicará en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996)”. En términos similares se expresa en su Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre de 2004: “no puede incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y, en particular, aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad”.

³² Asimismo, vid. el art. 190 del Reglamento de la LOEx y del *Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados* aprobado por acuerdo adoptado por el Grupo de Menores No Acompañados del Observatorio de la Infancia -adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales- el 14 de noviembre de 2005.

³³ Cfr. la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado.

³⁴ La Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2006, por la situación de privación de libertad que implica la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo mientras no sea determinada su edad, “es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la seguridad ciudadana”.

niño debe tener garantizado su derecho a la tutela judicial efectiva, como uno de los derechos básicos frente a las medidas que pudieran afectarle.

Otro de los problemas que se observan en esta fase reside en que todavía no existe un examen médico que pueda determinar fehacientemente la edad del niño. Las técnicas de las que se disponen -básicamente de carácter radiológico- realizan una estimación de la misma con un margen de error que los expertos cifran en dos años³⁵.

En aquellos casos en los cuales la edad sea dudosa se recomienda por diversas organizaciones internacionales conceder el beneficio de la duda al menor no acompañado y presumir su minoridad³⁶. En este línea se sitúa el actual Reglamento de la LOEx en el art. 190.4 “en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años”³⁷.

Una vez llevadas a cabo las pruebas para la determinación de la edad, de acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado -adoptada previa recomendación del Defensor del Pueblo-, el Fiscal deberá dictar una resolución motivada en la que se establezca, en su caso, la minoría de edad y se acuerde su puesta a disposición a los servicios de protección de menores³⁸. La referida resolución habrá de concretar, asimismo, la edad del menor de forma aproximativa, sin tener carácter conclusivo. De acuerdo a lo previsto por el art. 215 del Reglamento, se llevará a cabo la inscripción en el Registro de Menores no acompañados que se encuentra bajo la competencia de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, sólo con fines de identificación.

En aquellos casos en que el niño se niegue a realizar las pruebas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la STC 35/1996, de 11 de marzo, admite

³⁵ Si bien existen diversas técnicas, la más utilizada en el Estado español la edad es aquella que compara radiografías de los huesos de la muñeca y mano izquierda con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades. El problema de este tipo de exámenes es que presentan un margen de error típico de 18 meses aproximadamente. A mayor abundamiento, Vid. VAN KEIRSBLICK, B./ JACQUES, J.P. / DIAMANT, O., “Dossier Évaluation de l’age des enfants étrangers non accompagnés”, *Journal du droit des jeunes*, núm. 229, 2003, p. 14-30.

³⁶ Vid. Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 31; ACNUR /Save the Children, *Declaración de Buenas Prácticas del Programa “Menores no acompañados en Europa”* p. 18; *Human Rights Watch*, “Responsabilidades no bienvenidas” <http://www.hrw.org/es/reports/2007/07/25/responsabilidades-no-bienvenidas>.

³⁷ Este criterio estaba recogido asimismo en la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado: “Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior a dicha horquilla”. La misma línea de actuación se recomienda en la *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las Responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los Menores no Acompañados*, aprobada en octubre de 2006, principio de actuación núm. 4.

³⁸ De acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, que respondió a una recomendación del Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, Madrid, 2005, p. 339-340 que “pone de manifiesto cómo en la mayoría de las ocasiones se asume como edad de la persona sometida a las pruebas médicas la que aparece en el dictamen médico que se ha efectuado, sin que exista un acto expreso del Fiscal en el que realice una interpretación jurídica de ese dictamen, el cual puede ser complementado por otras pruebas (...) En opinión del Defensor del Pueblo (...) sería deseable que en todos los casos existiera un pronunciamiento jurídico expreso en el que el Fiscal valorando las pruebas se pronunciara sobre la edad del menor”, disponible en <http://www.defensordelpueblo.es>.

la práctica de pruebas radiológicas sin contar con el consentimiento del afectado, por entender que con ellas no se vulnera el derecho a la integridad física, debido a la poca intensidad de las radiaciones y al poco tiempo de la exposición.

Sin embargo, lo que no se aclara en la sentencia quién es la persona encargada de autorizarlas, es decir, si corresponde a la Fiscalía o al Juez. Del articulado de la ley o del reglamento tampoco aparece una respuesta clara. Sin embargo, la tutela del niño está a cargo del Ministerio Fiscal, quien deberá, en atención al principio del interés superior del niño, presentar la oposición al juez competente, para que luego de que se ejerciten los derechos de alegación y defensa, tome la decisión que corresponda al caso. Si bien, puede deducirse que los arts. 35 LOEx y 190 del Reglamento que corresponde al Fiscal tomar las medidas para que aún en contra del consentimiento del menor, es necesario que el niño tenga oportunidad de poder dejar constancia de tal circunstancia³⁹ y por lo tanto, será la autoridad judicial quien debe emitir la autorización para la realización de las pruebas como fórmula de garantizar el derecho a la tutela efectiva de los niños.

En este sentido, si bien el Tribunal Constitucional no se pronunciado directamente sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar las decisiones que afecten directamente su esfera personal, sin embargo, en diversas resoluciones, ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos previamente a la adopción de las medidas (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre; 17/2006, de 30 de enero; 183/2008, de 22 de diciembre).

Una vez comprobada la minoría de edad y decretada la situación de desamparo anteriormente descrita, en el inciso 7 del art. 35 *in fine*, se dispone que se considera regular, a todos los efectos, la residencia de los menores tutelados por una entidad pública. Sin embargo, tal regularidad *de facto* no se materializa en un verdadero permiso de residencia hasta que no haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriar al menor a su país de origen. Existe en cualquier caso un límite temporal de 9 meses desde el momento en que el menor fue declarado en desamparo para proceder a otorgar un título de residencia (196.1 Reglamento LOEx), si bien normalmente las gestiones para solicitar tal permiso no se inician nunca antes de ese plazo provocando retrasos considerables en la obtención de la documentación⁴⁰.

En los casos de repatriación forzada al país de origen es de aplicación la interpretación jurisprudencial que dispone que forma parte esencial del art. 24.1 CE a la tutela judicial efectiva “obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente” y que de conformidad con el principio *pro actione* es necesario evitar que “los requisitos

³⁹ Cfr. FÁBREGA RUIZ, C.F., *Protección jurídica del menor migrante*, Edición de Constitución y leyes, Colex, 2000, p. 119-122; y DE PALMA DEL TESO, A., “La condición legal del menor no acompañado en nuestro derecho de extranjería: Definición común de la Unión Europea. La Kafala del derecho islámico”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri Administrazioiko Euskal Aldizkaria*, núm. 90, 2011, p. 101-138.

⁴⁰ En el inciso 6 del art. 35 LOEx se dispone que “A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente”.

establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen de manera injustificada el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida” (por todas, STC 135/2008, de 27 de octubre). De aquí se deduce la participación activa de l@s niñ@s en las decisiones que les incumben, tanto en lo que se refiere a la determinación de su minoría de edad, como de cualquier otra medida que pueda afectar su esfera personal. Esta jurisprudencia ha avanzado en la consolidación del paradigma de la protección integral en detrimento de la protección tutelar, que desplazaba perjudicialmente la posibilidad de que el niño pudiera recurrir las medidas adoptadas por las autoridades y que afectaran su interés, en aras de la tutela.

V.2.2. La repatriación. El principio de reagrupación familiar

El art. 35.5 LOEx y el art. 191 del Reglamento disponen que una vez comprobada la minoría de edad, comenzarán los trámites necesarios para la repatriación con base en el principio de reagrupación familiar⁴¹, bien a su país de origen o a aquél donde se encuentren sus familiares, o, subsidiariamente, la tutela por los servicios de protección de menores de su país de origen, tratándose de evitar así expulsiones encubiertas⁴². Evidentemente, el retorno del niño se deberá efectuar sólo en el caso de que esta medida constituya su interés superior. De conformidad con ello se disponen garantías para su cumplimiento.

En este sentido se dispone en el art. 191.1 del Reglamento que *“las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno Las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno serán los Centros directivos competentes para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado, previstos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y en los Acuerdos bilaterales suscritos por España sobre la materia”*. De acuerdo con el art. 35.5 LOEx *“la Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España”*. La garantía a ser oído en el trámite del expediente de repatriación (art. 193 del Reglamento)⁴³ no se ve plenamente cumplida hasta tanto no se

⁴¹ En tales términos se expresa la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 y en su Instrucción 6/2004.

⁴² El Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 327, sostuvo al respecto que “el menor extranjero no puede ser expulsado, devuelto o retornado. La salida de un menor extranjero de nuestro país solo podría producirse utilizando el mecanismo de la *reagrupación familiar* al tratarse de un derecho que impediría el uso de las otras vías claramente sancionadoras previstas para los adultos”.

⁴³ Asimismo, el derecho del menor a ser oído se reconoce expresamente en el art. 9 LO 1/2006 de protección jurídica del menor, así como en las diferentes leyes autonómicas de protección de menores (art. 13 Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia en Aragón, art. 14 Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja y art. 54 Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears); y, en el plano internacional, en el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 25.

informe previamente al niño sobre sus derechos, las decisiones a que puede dar lugar este procedimiento y los recursos que caben interponer frente a aquella⁴⁴.

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante todo el procedimiento el niño debe tener garantizado una asistencia jurídica independiente de la Administración. Ello implica que cualquier medida que se tome en este procedimiento debe verificarse con las garantías debidas y, en particular, con asistencia jurídica independiente a la de la Administración, en aras de ver satisfecha su garantía de la tutela judicial efectiva.

En este sentido, el procedimiento de búsqueda de información sobre las condiciones familiares/sociales del niño con la finalidad de retornarlo a su país de origen, debe estar guiado por el principio del interés superior (art. 191.2; 3; 4 Reglamento LOEx). La decisión que se tome respecto del retorno depende de la consideración de las circunstancias personales y socio-familiares del niño, ya que en caso de que la reagrupación familiar o la acogida por Instituciones en su país sean consideradas una situación de riesgo o peligro para la integridad del menor, no será factible, en principio, su repatriación⁴⁵. En definitiva, la vigente normativa de extranjería articula un marco legal que, en principio, establece mecanismos de control para evitar que lo que es una repatriación en interés del menor se convierta en una expulsión de hecho. Sin embargo, varios informes de instituciones gubernamentales y no gubernamentales han denunciado irregularidades en este procedimiento⁴⁶, tales como no cumplir con los pasos previos a la repatriación, a no tomar en consideración el interés superior del niño al momento de la reagrupación familiar, malos tratos en el trayecto hacia su país de origen, etc.

En el ámbito de la jurisprudencia se ha anulado las ejecuciones de repatriación por ser contrarias al interés superior del niño, ya que se trataban de medidas de expulsión en franca oposición a la legislación aplicable a estos casos⁴⁷. En estas

⁴⁴ Este derecho se garantiza no sólo con preguntarle su opinión, sino que incluye el derecho previo a ser informado sobre sus derechos, las circunstancias en las que se encuentra, las decisiones que respecto a él pueden ser acordadas y los medios y vías de recurso con las que se cuenta, así el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia jurídica a los extranjeros en España*, p. 320.

⁴⁵ En términos similares se pronuncia la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 27.

⁴⁶ Vid. en este sentido el Informe de *Human Rights Watch*, *Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños inmigrantes, 2002*, disponible en <http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/spnmorc0502sp.pdf>; el *Second rapport sur l'Espagne de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance* adoptado el 13 de diciembre de 2002, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2003, p. 17; el *Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los trabajadores migrantes en España* de fecha de 14 de enero de 2004, párr. 55; el *Informe anual 2007 sobre el racismo en el Estado español* elaborado por la Federación de Asociaciones SOS Racismo del Estado Español, p. 7-13, disponible en <http://www.sosracismo.org>, así como su Informe *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos* de 2005 [disponible en www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Informe_menores_retornados.pdf?package_id=9185](http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Informe_menores_retornados.pdf?package_id=9185).

⁴⁷ La SJCA núm.25 de Madrid, 6 noviembre 2006 (269/06), entre los fundamentos en que basa su decisión de anular la resolución de repatriación acordada por el Delegado del Gobierno de Madrid, se encuentra la ausencia de las gestiones necesarias, previas al acuerdo de repatriación, para acreditar las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, dado que la administración no practicó prueba alguna sobre el particular, sin que tampoco se hubiera solicitado la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen (confirmada por la STSJ Madrid (Sala de lo CA, Secc.5.ª), 26 abril 2007 (JUR/2007/230287). Del mismo modo, la ausencia de estas gestiones son consideradas en la SJCA núm. 1 de Huesca, 13 octubre 2006, SSTSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo CA, Secc.1.ª), de 26 enero 2007 (JUR/2007/177323, JUR/2007/177254 y JUR/2007/177193); de 30 marzo 2007 (JUR/2007/232655); en la SJCA, núm.15 de Madrid, 7 mayo 2007 (RJCA/2007/415); SSTSJ

sentencias se anuló el dictamen de repatriación por ausencia del preceptivo informe de los servicios de protección de menores y vulneración del derecho del menor a ser oído; por falta de notificación de la misma y por vulneración de los derechos de audiencia y asistencia jurídica independiente, por no darse las condiciones adecuadas para su reagrupación familiar y a no haberse efectuado ninguna gestión con los servicios sociales del país de origen en orden a la asunción de su tutela y, por ende, violación de los derechos de igualdad, tutela judicial efectiva e integridad. En la jurisprudencia se destaca la generación de perjuicios de muy difícil reparación que se podrían producir si la repatriación del niño se ejecutase automáticamente, con base en una interpretación del interés superior del niño que deberá prevalecer frente a otros intereses o derechos de terceros⁴⁸.

De acuerdo con el art. 195.1 del Reglamento de la LOEx la ejecución de la repatriación debe llevarse a cabo por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, quienes procederán a la entrega del menor a las autoridades del país de origen. Sin embargo, es necesario no perder de vista, que esta medida está inspirada por el principio de reagrupación familiar en tanto y en cuanto, ésta satisfaga el interés superior del niño. Ello conduce a que el Estado español está obligado a garantizar que cuando entrega al niño a la familia o a las autoridades competentes del país al que está repatriando al niño, se cumpla con esa finalidad. En cualquiera de ambos supuestos, el Estado español es responsable por la integridad física del niño, ya que está obligado a no repatriar en aquellos casos en que exponga a la persona menor de edad a riesgos o situaciones de vulneración de derechos⁴⁹. Asimismo, se dispone que corresponde a la familia del

de Cantabria (Sala de lo CA, Secc.1.ª), 31 julio 2007 (JUR/2008/303853) y de 28 abril 2008 (JUR/2008/303853); SSTSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo CA, Secc.2.ª), 4 diciembre 2007 (JUR/2008/83532) y de 10 abril 2008 (JUR/2008/206656); STSJ Madrid (Sala de lo CA, Secc.1.ª) de 2 octubre 2008 (JUR/2009/27456), SJCA núm.14 de Madrid, 29 septiembre 2008 (Proc.Abreviado 869/06) STSJ Madrid de 26 de abril de 2007; STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2007; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huesca de 13 de octubre de 2006 que anulan la resolución de repatriación la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 1 de mayo de 2007; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid de 22 de octubre de 2007; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 20 de Madrid de 4 de diciembre de 2007, entre otras. Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados*, disponible en http://www.fundacionruizfunes.net/ver_articulo.php?articulo=153

⁴⁸ Cfr. STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2007: “ A la vista de lo expuesto, la permanencia del menor en España desde 2005, informes educativos favorables, integración educativa y deseo manifestado del menor de continuar en España y primando el superior interés del menor sobre cualquier otro, se considera más adecuado confirmar la suspensión acordada por el Auto apelado hasta tanto se dicte sentencia, no sólo por el perjuicio que supondría la ejecución de la repatriación y volver a reintegrarle en nuestro país, caso de estimarse el recurso, sino también porque se haría perder la finalidad legítima del recurso, dado que no es difícil pensar que se produciría una situación fáctica irreversible; sin que, por otro lado, la adopción de la medida cautelar lesiones los intereses generales o de un tercero”.

En términos parecido se expresó el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 332, para recomendar la adopción de dichas medidas cautelares.

⁴⁹ No obstante, la *Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia* viene alertando desde hace años sobre la práctica de malos tratos a los menores repatriados por parte de la policía de frontera de sus países de origen, por lo que exhorta a las autoridades españolas a que entreguen directamente los menores repatriados a sus familiares o los servicios de protección de menores de su país (*Troisième rapport sur l'Espagne* adoptado el 24 de junio de 2005, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2006, p. 17 y 18, disponible en www.coe.int/t/ecri). Igualmente, denuncian malos tratos a los menores repatriados, en concreto, por parte de la policía marroquí el *Informe* elaborado en 2004 por SOS Racismo bajo el título *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*; y el *Informe* elaborado en 2006 por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía bajo el título *Entre la represión y la protección: Menores extranjeros no acompañados en Andalucía*; Human Rights

menor o servicios de protección de menores de su país y, subsidiariamente, al Estado español el pago de los gastos de la repatriación (art. 195.3 del Reglamento LOEx). Sin embargo, esta situación se ha visto modificada en aquellos casos en que se trate de países que hayan suscrito con el Estado español acuerdos bilaterales de repatriación⁵⁰.

Con todo, el sistema de repatriación se basa en el principio de reagrupación familiar, siempre y cuando, esta circunstancia se encuentre en concordancia con el interés superior del menor y no implique someterlo a condiciones de riesgo o desprotección. Así las cosas, lo que interesa analizar a continuación son los criterios utilizados, en su caso, para optar por la repatriación y comprobar en qué medida atienden a los marcos normativos de la infancia y de su protección integral o, por el contrario, a la lógica del control de la inmigración irregular.

VI. EXCURSO. EL DEVENIR DE LAS OBLIGACIONES DE TUTELA DEL ESTADO EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS DE CONTROL DE LA INMIGRACIÓN

En el contexto de los flujos migratorios y de las políticas europeas de control de la inmigración irregular⁵¹, en particular, de l@s niñ@s migrantes, la diagramación de las políticas están también orientadas al rediseño de la categoría del Estado como tutor,

Watch, *Callejón sin salida; Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes*, vol.14, núm. 4(D), mayo de 2002, disponible en <http://www.hrw.org/reports/2002/spain-morocco/>; Asociación pro derechos humanos de Andalucía (APDHA), “Migraciones y Derechos del Menor Extranjero no Acompañado,” 2006; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Carta a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Madrid, 8 de septiembre de 2006; Defensor del Pueblo, Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales (Madrid: Publicaciones parlamentarias, 2006) <http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesanuales/Informe2005.zip>; Defensor del Pueblo, “Informe Anual 2004,” <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes1.asp>, p. 433; Defensor del Pueblo, “Informe anual 2007,” <http://www.defensordelpueblo.es/InformesAnuales/informe2007.pdf>, p. 486-489; SOS Racismo, “Menores en Las Fronteras: De los Retornos Efectuados Sin Garantías a Menores Marroquíes y de los Malos Tratos Sufridos,” 2004, http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Informe_menores_retornados.pdf?revision%5fid=9202&package%5fid=9185; Amnistía Internacional, “España: Crisis de identidad; tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del Estado,” AI Index: EUR 41/001/2002, 15 de abril de 2002, <http://www.amnesty.org/fr/library/info/EUR41/001/2002/es.>, p. 73-82; Departamento de Estado de Estados Unidos, Oficina de Democracia, Derechos Humanos y Trabajo, “Informes de países sobre prácticas de Derechos Humanos – 2006: Marruecos,” 6 de marzo de 2007, <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2006/78859.htm>; Comité contra la Tortura, “Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la convención, conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, España,” CAT/C/CR/29/3, 23 de diciembre de 2002, par. 11(b). Comité de los Derechos del Niño, “Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44 de la convención, Observaciones finales, España,” CRC/C/15/Add.185, 13 de junio de 2002, par. 46(c).

⁵⁰ Así, en el acuerdo firmado con Senegal en 2006 el Estado español se compromete a cofinanciar las acciones de repatriación (art. 7) y en el firmado con Marruecos en 2007 (art. 7) a financiarlas en exclusiva.

⁵¹ Los estereotipos sobre los que se produce la estrategia de control de los migrantes demuestran que las actuales políticas migratorias se sitúan a lo largo de un sistema de estrategias penales y no penales. Sin embargo, todas ellas están dirigidas a la contención represiva y al control preventivo de los flujos migratorios. Los aspectos represivos y selectivos de estas políticas activan sus dispositivos a partir del momento en que se inicia el trayecto migratorio, consolidándose en el momento en que el migrante pretende estabilizarse en el nuevo territorio. Vid, IGLESIAS SKULJ, A., *El cambio...*, op.cit., p. 235; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal...*, op.cit., p. 31 ss.

esta vez, transnacional. Un elemento decisorio en la redefinición del Estado en su papel de tutor transnacional tiene que ver con la crisis del Estado *welfarista*⁵².

Asimismo, la transformación del papel del Estado está íntimamente relacionada con las mutaciones del concepto de frontera en los procesos globales. Algunos autores han descrito este proceso como la transformación de la frontera de una línea estática que dividía los Estados nación, hacia la desterritorialización de esa continuidad en puntos extendidos por todo el territorio de control. El espacio geopolítico ha dejado de establecer un adentro y afuera que coincide con el antiguo territorio soberano, al expandirse e intensificarse en puntos de control que operan selectivamente⁵³.

En este contexto, la operatividad simbólica e instrumental de la frontera, para el caso de l@s niñ@s migrantes irregulares, funciona de la siguiente manera: en su fase simbólica, opera bajo criterios *neocoloniales* de transpolar criterios de “familia” y de cuidados para evaluar la posibilidad de la repatriación; en su vertiente instrumental, funciona bajo la lógica de gestión de las fronteras⁵⁴, que actúa bajo criterios de selección, convocando a actores públicos y privados para su gobierno⁵⁵.

Sumado a todas estas transformaciones estructurales, también se produce una *nueva subjetividad encarnada en el niño migrante*, que elabora nuevas estrategias en un contexto de alto grado de exclusión, no sólo en su país de origen. Por este motivo, es necesario tomar en consideración dos cuestiones que atraviesan la problemática: por un lado, la vulnerabilidad de los niños que emprenden un proyecto migratorio autónomo, sobre todo, porque los mecanismos de control de la frontera y las políticas de externalización del control hacia África, redundan en el aumento de los riesgos del viaje;

⁵² A mayor abundamiento, Vid., GARLAND, D., *La cultura del control*, Gedisa, 2005, donde se explican los cambios en el sistema de control provienen de la asunción por parte de los gobiernos y sus distintas agencias de la imposibilidad de hacer frente a las causas estructurales que darían soluciones concretas a los problemas. A cambio, bajo la lógica del *post-welfarismo* se diseñan mecanismos en función de la eficacia del control del orden social con base en técnicas actuariales. Para el caso del control de los migrantes en el contexto postfordista Vid., DE GIORGI, A., *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de Sueños, 2006, p. 65 ss. La consolidación de los migrantes irregulares como grupo de riesgo y las formas en las que los sistemas de control evolucionan en este sentido, determinan, a la postre, el tratamiento punitivo que desplaza cualquier problematización que pueda hacerse respecto de la migración en términos de protección de derechos, aunque así aparezca en el ámbito simbólico.

⁵³ En efecto, los procesos de globalización y la expansión del *espacio Schengen* debido a la incorporación de más países en el *espacio de libertad, seguridad y justicia* de la UE, ha dejado en evidencia grandes cambios en la racionalidad de las fronteras. MEZZADRA, S./ NEILSON, B., “Border as method, or the Multiplication of labor”, <http://eipcp.net/transversal/0608/mezzadraneilson/en>, 2008, describen la forma en la cual las fronteras han sido difuminadas, dispersadas y operativizadas en forma de red. Estos autores subrayan la forma en la cual las fronteras se “desterritorializan” y se convierten en zonas, nodos, puntos. Todos estos cambios geopolíticos están referidos en términos de proliferación de las fronteras y la deslocalización del control con la finalidad de señalar que el control, alguna vez localizado en las fronteras, actualmente es ejercido a través de una múltiple variedad de significados y situado en distintos puntos y localizaciones, vid., SAN MARTÍN SEGURA, D., “El riesgo como dispositivo de gobierno”, en *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, eds. BRANDARIZ GARCÍA, J.A./FERNÁNDEZ DE ROTA, A./ GONZÁLEZ, R. 2009, Universidad Libre Experimental-Universidade Invisível, p. 51-68; RAHOLA, F., “La máquina de captura”, en *La criminalización racista de los migrantes en Europa*, PALIDDA, S./ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., (dirs), Comares, 2010, p. 95-108.

⁵⁴ Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal y control de migrantes...*, op.cit., p. 67 ss.

⁵⁵ *Ibidem*, el autor categoriza en tres niveles este proceso: vertical-institucional; geográfico y de externalización a otros actores.

por otro lado, y tomando en cuenta la circunstancia anterior, es necesario analizar “el desamparo” como criterio que habilita la protección⁵⁶.

Esto conllevaría a una redefinición también de las categorías de infancia y juventud, estos niños construyen trayectorias no lineales, lo cual dificulta su encasillamiento en las estructuras sociales y culturales, tal como se conciben en el Estado español. Evidentemente existe una multiplicidad de situaciones familiares, sin embargo a partir de un estudio realizado por Suárez-Navas y Jiménez Álvarez, seguido también por UNICEF en su informe *Nouveau visage de la migration, les mineurs non accompagnés* (2005) respecto de las familias marroquíes. Sin olvidar que no estamos frente a realidades estáticas, las situaciones familiares pueden clasificarse de este modo: a) contexto social normalizado, los niños están escolarizados, viven con su familia, cubren sus necesidades básicas. Es una situación minoritaria; b) ambiente familiar estable pero en condiciones de excusión que no llega a cubrir las necesidades básicas; c) los niños habitan un ambiente familiar inestable en una situación económica muy precaria. En este modelo los niños pueden vivir situaciones de maltrato y desprotección; d) niños que viven en la calle y no mantienen relación directa con su familia. Según el informe esta también constituye una situación minoritaria⁵⁷.

Las situaciones descritas en el punto b) y c) son las más comunes, y por lo tanto, no hay que dejar de lado la circunstancia que muchas veces la migración de estos niños es parte de una estrategia familiar para “reagruparse”, esta vez, en el Estado español. En este sentido, se trata de un nuevo agente migratorio que puede tener elementos comunes con las migraciones de personas adultas, pero que tiene algunas particularidades que merecen ser atendidas. De acuerdo con este estudio, los niños utilizan sus propios recursos para migrar, desde dinero hasta redes sociales, independientes de los adultos. Esta red les brinda información sobre el trayecto y sobre las condiciones de estancia en el Estado de destino. En efecto, la circulación de información sobre las condiciones de los Centros de acogida de las distintas comunidades autónomas, comparten, también, estrategias sobre cómo actuar frente a la policía, sobre los trámites de residencia, etc. Estas estrategias operan como reductoras de riesgos y formas de articular respuestas frente a la escasez de recursos. Con todo, que los niños sean los protagonistas del proyecto migratorio, debería producir un cambio en los criterios de niñez, de situación familiar, que son los que finalmente determinarán el tratamiento que recibirán en el país de destino.

Sin embargo, como se ha apuntado en el momento de hacer referencia a la legislación aplicable, se comprueba la forma en que la aplicación de estas categorías se ve distorsionada por un predominio de las lógicas de control migratorias, frente a las de protección integral de los niños. La distorsión de estos dispositivos se observa, en que si bien, el sistema se rige por el principio de reagrupación familiar y del interés superior del niño, la protección normativa termina frustrada frente al predominio de su condición de inmigrante irregular. En este ámbito nos referimos a la transformación de las funciones de protección integral del Estado, *espacio* en el cual se expresan las tensiones antes mencionadas⁵⁸.

⁵⁶ SUÁREZ NAVAZ, L., /JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M., “Menores en el campo migratorio transnacional. Los menores del centro (Drari d’sentro)”, en *Revista Papers*, 2011, 96/1, p. 13.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 19-20.

⁵⁸ Frente a la llegada de pateras con niños menores de edad durante 2003, se dictó la Instrucción 3/2003 *Sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo*, que posibilitaba el retorno dentro de las 48 horas a aquellos mayores de 16 años. En ese mismo año se celebra la reunión de Alto Nivel entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, cuyo memorándum posibilita la repatriación de menores de edad marroquíes no acompañados que se encuentren en España. Durante el año siguiente

VII. CONCLUSIONES

A partir del análisis de la situación particular en la que se encuentran las niñas y los niños migrantes no acompañados que llegan al Estado español, se llevarán a cabo algunas consideraciones respecto de los procedimientos de repatriación y su concordancia, o no, con el principio del interés superior, que analizamos en las primeras páginas.

Para llevar a cabo este análisis partimos de la consideración de estos niños y niñas como *nuevos actores migratorios*, de acuerdo con Suárez-Navaz/Jiménez Álvarez⁵⁹. Ello conduce, en un primer momento, a la redefinición de la responsabilidad del Estado respecto de los migrantes menores de edad; en un segundo momento, a la (re)definición de “vínculo familiar” y la alteración de la lógica de la protección por la de la seguridad, propia de las políticas migratorias.

Como demostramos en estas páginas, las estrategias de protección de los derechos humanos de las niñas y los niños migrantes no acompañados, ceden frente al carácter irregular de su llegada al país de destino. En este sentido, la problematización que se hace de l@s niñ@s migrantes es de carácter securitario, lo que conduce al tránsito, de forma intermitente, entre la victimización y la criminalización de este colectivo, tal como fuera en el inicio de la construcción de la categoría “menor” como objeto de tutela⁶⁰.

En este sentido, señalar la redefinición del papel del Estado como responsable de la *protección integral* de las niñas y los niños que estén en su territorio, esta vez en el contexto de las migraciones contemporáneas, permite visualizar la nueva articulación para el tratamiento de l@s niñ@s migrantes no acompañados que combina, por un lado, la asunción de la tutela y, por otro, la repatriación. Estas actuaciones están orientadas por el principio de “reagrupación familiar” que, en la práctica, opera como un eufemismo peligroso. Los criterios de situación familiar y de dependencia que son puestos en juego en estos casos para evaluar la procedencia de repatriar a l@s niñ@s, no son criterios que puedan operar de forma transcultural o ahistórica.

En los distintos estudios que se han realizado sobre los niños migrantes irregulares, en su mayoría proveniente de Marruecos, se destacan sus estrategias de supervivencia, no sólo en el momento de planear su viaje, sino una vez que están en el Estado español. A lo largo de este trabajo y el estudio de la legislación, se ha intentado demostrar que la articulación entre la ley de extranjería, cuyo *telos* está inspirado por el control de los flujos migratorios, y los dispositivos de protección de los “menores”, no resulta contradictoria como podría, a primera vista, aparecer. En efecto, la condición de posibilidad de la aplicación de esta normativa, que transita entre la protección y el

fueron aplicados ambos documentos. En el mes de marzo de 2007 se firma el acuerdo bilateral “Acuerdo entre Marruecos y España sobre la cooperación en el campo de la prevención de la migración de menores marroquíes no acompañados, su protección y su reagrupación familiar”.

⁵⁹ Cfr. SUÁREZ NAVA, L., /JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M., “Menores en el campo migratorio transnacional...”, op.cit., p. 14,16.

⁶⁰ En este sentido, BELOFF, M., “*Modelo de la protección integral...*”, op.cit., sostiene que el rasgo característico de la situación irregular es el argumento de la tutela. Mediante este argumento fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños y a los jóvenes. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado.

control de la inmigración irregular, es el concepto de la “reagrupación familiar” de carácter neocolonial.

Frente a ello, es necesario que las políticas que se dirijan a la (re)definición jurídico-normativa de est@s niñ@s, atendiendo a cada situación particular; por otro lado, es imprescindible que el interés superior del niño predomine sobre las políticas de control de la migración irregular. En este sentido, para que las repatriaciones no se conviertan en expulsiones encubiertas, y por lo tanto, en una criminalización de la irregularidad de l@s niñ@s, es imprescindible que este principio cumpla con las funciones normativas señaladas al inicio de estas páginas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

-BELOFF, M., “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, disponible en <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/mary-beloff.pdf>

-BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, 2011.

-CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en GARCÍA MÉNDEZ, E./BELOFF, M., (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, 1998.

-DE PALMA DEL TESO, A., “La condición legal del menor no acompañado en nuestro derecho de extranjería: Definición común de la Unión Europea. La Kafala del derecho islámico”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 90, 2011.

-DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, 2010.

-DE GIORGI, A., *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de Sueños, 2006.

-FÁBREGA RUIZ, C.F., *Protección jurídica del menor migrante*, Edición de Constitución y leyes, Colex, 2000.

-FREEDMAN, D., “Funciones normativas del interés superior del niño”, en <http://www.juragentium.unifi.it/topics/latina/es/freedman.htm>

-FERNÁNDEZ BESSA, C., “El estado español como punta de lanza del control y exclusión de la inmigración”, en VV.AA, *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, p.135-159.

-FERRAJOLI, L., “Derechos fundamentales”, en *Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2001.

-GARLAND, D., *La cultura del control*, Gedisa, 2005.

-IGLESIAS SKULJ, A., “Biopolitical and gender perspectives on border control (special attention to the trafficking in women)”, en FARALDO CABANA, P. (dir.), IGLESIAS SKULJ, A., (coord.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Comares, 2010.

- *El cambio en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control: flujos migratorios y gubernamentalidad neoliberal*, Comares, 2011.

-LE BLANC, L.J., *The Convention on the Rights of the Child. United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995.

-ROMERO, E., “El Plan África”, en VV.AA, *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, p. 159-179.

-SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., “Relevancia y alcance de la asistencia jurídica para la protección de los menores extranjeros no acompañados”, disponible en http://www.fundacionruizfunes.net/ver_articulo.php?articulo=153

-SILVEIRA GORSKI, H., *El asilo y el declive del Estado de derecho en la frontera sur*”, en VV.AA, *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, p. 181-193

-SUÁREZ NAVA, L., /JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M., *Menores en el campo migratorio transnacional. Los menores del centro (Drari d’entro)*, en Revista Papers, 2011, 96/1, p. 11-33.

-VAN KEIRSBLICK, B./ JACQUES, J.P. / DIAMANT, O., “Dossier Évaluation de l’age des enfants étrangers non accompagnés” , *Journal du droit des jeunes*, núm. 229, 2003, p. 14-30.

-Informes

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen,” Observación General N° 6, Doc. N.U. CRC/GC/2005/6 (2005)

Informe *La Política de Acogida, Repatriación y Acuerdos para la integración de los Menores Extranjeros No Acompañados*. Estudio comparativo de la UE elaborado por la Red Europea de Migraciones, Mayo de 2010, disponible en http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/EMN_Informe_d_e_Sxntesis_-_Menores_no_acompaxados.pdf.

La política de Acogida, Repatriación y acuerdos para la Integración de los Menores Extranjeros No Acompañados España, junio 2009, Red Europea de Migraciones, disponible en <http://emn.intrasoft-intl.com/Downloads/prepareShowFiles.do%3b?directoryID=115>

ACNUR /*Save the Children*), *Declaración de Buenas Prácticas del Programa “Menores no acompañados en Europa”*

Human Rights Watch, “Responsabilidades no bienvenidas” <http://www.hrw.org/es/reports/2007/07/25/responsabilidades-no-bienvenidas>.

Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las Responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los Menores no Acompañados, aprobada en octubre de 2006.

Human Rights Watch, *Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños inmigrantes* <http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/spnmorc0502sp.pdf>

Defensor del Pueblo, *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, Madrid, 2005.

Consejo de Europa, *Second rapport sur l’Espagne de la Commission européenne contre le racisme et l’intolérance* adoptado el 13 de diciembre de 2002, Estrasburgo, 2003.

Informe anual 2007 sobre el racismo en el Estado español elaborado por la Federación de Asociaciones SOS Racismo del Estado Español, disponible en <http://www.sosracismo.org>,

Informe *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos de 2005* disponible en www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Informe_menores_retornados.pdf?package_id=9185

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *Troisième rapport sur l’Espagne* adoptado el 24 de junio de 2005, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2006, disponible en www.coe.int/ecri.

Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía bajo el título *Entre la represión y la protección: Menores extranjeros no acompañados en Andalucía*, disponible en http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/informemena0606apdh.pdf?package_id=9185

Amnistía Internacional, “España: Crisis de identidad; tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del Estado,” AI Index: EUR 41/001/2002, 15 de abril de 2002, <http://www.amnesty.org/fr/library/info/EUR41/001/2002/es>

Comité contra la Tortura, “Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la convención, conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, España,” CAT/C/CR/29/3, 23 de diciembre de 2002

Comité de los Derechos del Niño, “Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44 de la convención, Observaciones finales, España,” CRC/C/15/Add.185, 13 de junio de 2002