

# **“La deficitaria política convencional de España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados: nociones para el desencanto”**

ANTONIA DURÁN AYAGO

Profesora de Derecho internacional privado

Universidad de Salamanca

© Publicado en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. / MOROY ARAMBARRI, B., *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos - Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 2010, págs. 205-228.

**SUMARIO:** I. Precisiones previas II. La política española de repatriación de los menores no acompañados 1. Acuerdos de repatriación A) Acuerdo con Rumanía B) Acuerdo con Senegal C) Acuerdo con Marruecos 2. Legislación interna española. Especial referencia a la programada reforma del régimen de extranjería III. Fallos del sistema IV. Conclusiones

## **I. Precisiones previas**

Los que nos dedicamos al mundo del Derecho ignoramos en ocasiones que hay vida más allá de él; o enfocándolo de otro modo, que gracias a la existencia de esa vida existe el Derecho, que no es más (ni menos) que un instrumento para pacificar las relaciones sociales.

Cuando nos enfrentamos al estudio de la inmigración de menores no acompañados, cada vez soy más consciente de que un acercamiento adecuado no puede ser sino integral, esto es, necesita de un enfoque desde diferentes perspectivas, en la que la jurídica es sólo una de ellas. La perspectiva jurídica, aunque a veces lo olvidemos, no es el punto de llegada ni de partida para combatir este fenómeno, pero sí el medio para intentar revestir de justicia el camino.

Aunque la situación que analizamos en este Encuentro ha dejado de ser algo novedoso para las autoridades españolas, mi percepción es que se está reaccionando tarde y mal, sin reparar en que es necesario buscar instrumentos necesarios para combatirlo, y para eso hay que ir a las causas que originan este fenómeno; lo demás es poner parches por donde muchas veces se escapan las ilusiones y expectativas de muchos de estos menores.

Esta inmigración, como la de la mayoría de los adultos que recibe España, tiene fundamentalmente un carácter económico. A nadie, creo, que se le escapa que hay que

apuntar a las causas de esta inmigración para intentar desincentivarla. La cooperación al desarrollo, sin duda, es la vía adecuada. Pero hasta ahora esa cooperación ha sido mal enfocada por las autoridades españolas y europeas, pues se ha apostado por la creación de centros a los que irán los menores que hayan intentado emigrar y hayan sido repatriados. Estas prácticas son muy peligrosas y en ningún caso me parecen el camino adecuado para combatir este fenómeno<sup>1</sup>.

Los Estados de los que proceden estos menores cuentan con unas estructuras muy débiles, en algunos casos inexistentes, de protección de la infancia. Tampoco en muchos casos pueden garantizar el derecho a la educación o a la asistencia sanitaria. Derechos que para los ciudadanos de los Estados desarrollados son una realidad, para estos Estados son un desiderátum aplazado. La cooperación europea y nacional debería ir enfocada a lograr este objetivo; colaborar con estos Estados para que puedan ofrecer a sus ciudadanos unos derechos reconocidos en todas las Convenciones internacionales. Tal vez si esto se hiciera, el índice de menores no acompañados bajaría y se evitaría mucha frustración y lo que es más importante, se salvarían vidas que muchas veces se pierden por el camino hacia la Europa prometida.

Todo lo dicho tiene un evidente trasfondo económico. Aquí el Derecho poco o nada puede decir. Pero cuando estos menores emprenden su huida hacia Europa, Europa debería proporcionarles una acogida que a día de hoy está muy lejos de ser solidaria y justa. La Europa de los derechos conquistados con mucho esfuerzo durante los últimos siglos se tambalea. Las políticas de inmigración restrictivas están triunfando sobre los derechos humanos, y ante eso la sociedad civil tiene que movilizarse para exigir respeto a las Convenciones internacionales de las que los Estados europeos son parte.

Entiendo que Europa no puede desentenderse de este fenómeno. Desde el Tratado de Ámsterdam de 1997, la Unión Europea tiene competencia para legislar en materia de extranjería. Afrontar jurídicamente el fenómeno de los menores no acompañados supone moverse entre dos terrenos: el de la extranjería y el de la protección de la infancia. Obviamente, la condición de menor, con la protección implícita que conlleva, debería prevalecer sobre cualquier otro condicionamiento. Sin embargo, en muchos casos esto no es así. A nivel comunitario, no hay un texto que regule de forma global este tema. Son parciales las referencias que en distintas Directivas se hace a esta cuestión. Debería elaborarse un instrumento comunitario en que se abordara la regulación de esta cuestión siempre desde los parámetros del interés

---

<sup>1</sup> En este sentido, JIMÉNEZ, M., «La perversión de la cooperación al desarrollo: los proyectos de reagrupación de los menores migrantes en Marruecos», publicado en <http://www.intermigra.info/extranjeria>.

superior del menor basado en la Convención de los Derechos del Niño y en la Carta de Derechos fundamentales de la UE. Este es un reto que las instituciones comunitarias deberían abordar de forma prioritaria<sup>2</sup>.

Como actualmente el fenómeno se regula desde una perspectiva nacional, voy a centrarme en una de las cuestiones más espinosas que desde el punto de vista jurídico despierta este fenómeno: la política española de repatriación de los menores no acompañados a sus Estados de origen.

## **II. La política española de repatriación de los menores no acompañados**

Cuando hablamos de menores extranjeros, deberíamos obviar expresiones como expulsión, devolución o retorno. El menor extranjero no puede ser sancionado con la salida del territorio español por ninguna de estas vías. La repatriación no es, en ningún caso, una sanción ni debe encubrir una sanción de expulsión<sup>3</sup>.

Sin embargo, la Directiva de retorno<sup>4</sup>, también llamada con razón «Directiva de la vergüenza», habla de “retorno y expulsión de menores no acompañados” (art. 10). Según este precepto, “1. *Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.* 2. *Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno*”. Hay que tener en cuenta que para la Directiva, “retorno” es el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, ya sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, ya de modo forzoso a su país de

---

<sup>2</sup> La Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 pide, en su numeral 100, “que se dedique una atención particular a los menores no acompañados y a los menores separados de sus padres que llegan al territorio de la Unión como inmigrantes irregulares y subraya la obligación de todos los Estados miembros de prestarles asistencia y facilitarles una protección especial; pide a todas las autoridades (locales, regionales y nacionales) y a las instituciones de la Unión que cooperen con asiduidad para proteger a estos niños de todas las formas de violencia y de explotación, que velen por la designación sin demora de un tutor, por prestarles asistencia jurídica, buscar a su familia y mejorar las condiciones de acogida, con alojamiento adecuado, facilidades de acceso a servicios de salud, educación y formación, en particular, por lo que se refiere a la lengua oficial del país de acogida, formación profesional y completa integración en el sistema escolar”.

<sup>3</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I., «La aventura de los adolescentes africanos en España: la respuesta del derecho español», E-migrinter, nº 2-2008, pág. 66.

<sup>4</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

origen; a un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo o a un tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido (art. 3.3). Y “expulsión”, la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro (art. 3.5).

El art. 10 de la Directiva de retorno vulnera los arts. 2 (prohibición de discriminación), 3 (respeto al interés superior del menor) y 4 (obligación de los poderes públicos de proteger al menor) de la Convención de los Derechos del Niño y el art. 24 de la Carta Europea de los Derechos fundamentales, además de vulnerar el art. 39 CE, el art. 35 LOEx y los arts. 1, 2 y 3 LOPJM<sup>5</sup>. Al menor, aunque sea nacional de un tercer Estado, no se le puede sancionar por motivos de extranjería y mucho menos expulsar, que es la sanción más dura contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia.

En realidad, entiendo que es erróneo el debate en los términos repatriación sí – repatriación no. La clave está en el respeto al interés superior del menor y hay que partir de la base de que una interpretación objetiva del interés del menor no puede si no pasar por la observación particularizada de la situación del mismo. Es necesario analizar cuál ha sido su proceso migratorio, qué circunstancias han determinado su viaje, qué pretende encontrar en el país de acogida, en qué contexto familiar se integra, y un largo etcétera que permita realizar una composición lo más adaptada posible a su realidad.

El interés superior del menor no puede entenderse como un concepto global o general, idéntico para todos. Por eso, lejos de proponer como pauta general ésta o aquella política, repatriación o permanencia en el país de acogida, es necesario individualizar, tratar al menor como lo que es, una persona menor de edad en situación de, transitoria o no, desprotección, y una vez que se hayan satisfecho sus necesidades primarias de protección, ayudarle a configurar su proyecto de vida, teniendo siempre en cuenta su opinión. Y, obviamente, ésta debe ser una tarea compartida por los Estados de acogida y los Estados de origen. Por eso, es necesario abrir cauces de entendimiento entre ellos, sin olvidar que su objetivo es garantizar una vida digna a estos menores.

## **1. Acuerdos de repatriación**

---

<sup>5</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A. / LÓPEZ ÁLVAREZ, A., «Breve aproximación crítica a la “Directiva de retorno”», Diario La Ley, núm. 7064, 26 de noviembre de 2008, consultado en [www.laley.net](http://www.laley.net).

Estos cauces de entendimiento pueden abrirse a través de la celebración de Acuerdos o Convenios internacionales, aunque de poco servirán si no se traducen en más que una declaración de buenas intenciones y no van acompañados de protocolos de actuación basados en las buenas prácticas internacionalmente consensuadas.

España ha apostado en los últimos años por esta vía, que parece querer reforzar como se deduce de que se pretenda incorporar en la reforma de la LOEx un nuevo apartado primero en el art. 35 relativo a los menores no acompañados, en el que se establece “[e]l Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados”.

Hasta el momento, nuestro país ha celebrado tres Acuerdos de este tipo, el primero con Rumanía, cuando éste no era aún Estado comunitario, y los siguientes con Senegal y Marruecos (éste último todavía no en vigor). Aunque básicamente los tres poseen la misma estructura, existen diferencias de fondo, principalmente entre el celebrado con Rumanía y los celebrados con Senegal y Marruecos, que es preciso destacar.

#### **A) Acuerdo con Rumanía**

Rumanía es desde el 1 de enero de 2007, Estado comunitario, mientras que el *Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos*, hecho en Madrid, se celebró el 15 de diciembre de 2005<sup>6</sup> y está en vigor, según su art. 11, desde el 19 de agosto de 2006.

Con la incorporación de Rumanía a la UE hay que tener en cuenta la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados*<sup>7</sup>, en cuyo art. 28.3 se dispone que “no se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros (sic), cuando éste: a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o b) sea menor de edad, salvo si la expulsión

---

<sup>6</sup> B.O.E. núm. 195, de 16 de agosto de 2006.

<sup>7</sup> DOUE L 158, de 30 de abril de 2004.

*es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*”.

El *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*<sup>8</sup>, incorpora la citada normativa al ordenamiento jurídico español. En concreto, en su art. 15 apartado sexto se precisa que “*no podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos: a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores, o: b) Si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador*”.

Hay que tener en cuenta de entrada una diferenciación de términos entre la Directiva y la normativa española de transposición, y es que mientras en la primera se habla de “expulsión”, en la segunda se habla de “repatriación”, ya que en España no se permite ni la expulsión, ni la devolución, ni el retorno de los menores extranjeros, con lo que en este aspecto, la normativa española es más protectora, al menos formalmente, con el menor que la normativa comunitaria.

Si se observan detalladamente el Acuerdo de repatriación celebrado con Rumanía y la normativa comunitaria pensada para ciudadanos comunitarios, no se aprecian incompatibilidades, puesto que el art. 15.6 de la citada Directiva permite la repatriación del menor si es conforme al interés del menor, y sin poder tener ésta carácter sancionador.

Hay que tener en cuenta que a nivel europeo, existen otros dos países, Francia<sup>9</sup> e Italia<sup>10</sup>, que han celebrado Acuerdos en este sentido con Rumanía. A este respecto, el 5 de diciembre de 2008, Marco Cappato y Marco Pannella, del Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa (ALDE) formularon una pregunta escrita a la Comisión en los siguientes términos: “*Gratian Gruia, un niño de origen rumano nacido*

---

<sup>8</sup> BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

<sup>9</sup> *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains isolés sur le territoire de la République française et à leur retour dans leur pays d'origine ainsi qu'à la lutte contre les réseaux d'exploitation concernant les mineurs*, signé à Bucarest le 1<sup>er</sup> fevrier 2007.

<sup>10</sup> *Acorddo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Romania sulla cooperazione per la protezione dei minori romeni non accompagnati o in difficoltà presenti sul territorio della Repubblica italiana*, de 9 giugno de 2008.

*el 21 de marzo de 2005, fue encontrado en terribles condiciones el 25 de mayo de 2007 en Roma, tras haber sido maltratado por su padre y abandonado por su madre. Fue confiado a una casa de acogida y el Ministerio Público del Tribunal de Menores solicitó y obtuvo, el 28 de mayo de 2008, la suspensión de la patria potestad del padre y la madre, entablando ante el Tribunal de Menores de Roma el procedimiento para la declaración del estado de abandono del pequeño Gratian. En el juicio ante el Tribunal de Roma se personó Rumanía, que solicitó la devolución del niño sobre la base del Acuerdo entre los Gobiernos italiano y rumano firmado el 9 de junio de 2008 sobre la cooperación para la protección de los menores rumanos no acompañados presentes en el territorio nacional. El 8 de julio de 2008, el Tribunal de Menores acogió la solicitud de repatriación dictando una sentencia —criticada por no estar debidamente motivada (que dispone «la entrega del menor a las autoridades rumanas para la repatriación asistida del mismo»). A su llegada a Bucarest, parece ser que una persona de sexo masculino que no hablaba italiano (que es, sin embargo, la única lengua que conoce Gratian) se llevó consigo al pequeño Gratian. El Acuerdo Italia-Rumanía prevé que un organismo central de enlace para la protección de los menores comunitarios no acompañados se encargue de intercambiar información entre las partes a fin de garantizar una repatriación segura para el niño, así como la garantía de sus derechos. Sin embargo, dicho organismo no se ocupó del caso de Gratian.*

*¿Cuántos y qué acuerdos de este tipo están en vigor en los Estados miembros? ¿Conoce la Comisión otros casos análogos? ¿No considera la Comisión que es necesario garantizar que la repatriación y la expatriación de menores en la Unión Europea se efectúen dentro del más riguroso y pleno respeto de las garantías y procedimientos establecidos por los convenios internacionales y los pactos bilaterales, en especial asegurando que prime el interés del menor y que, si éste es repatriado, pueda reinsertarse efectivamente del mejor modo posible? ¿Tiene pensado la Comisión adoptar iniciativas al respecto?”,<sup>11</sup>*

La respuesta proporcionada a esta pregunta por Jacques Barrot en nombre de la Comisión se formuló el 19 de enero de 2009 en los siguientes términos: “*La Comisión no tiene conocimiento de otros acuerdos entre Estados miembros análogos al celebrado entre el Gobierno italiano y el Gobierno de Rumanía, firmado el 9 junio de 2008, relativo a la cooperación para la protección de los menores rumanos no acompañados presentes en Italia<sup>12</sup>; pedirá a los Estados miembros que le informen sobre la eventual existencia de acuerdos de este tipo.*

---

<sup>11</sup> E-6539/08.

<sup>12</sup> Hay que constatar la mala información de la Comisión, ya que, como hemos visto, existen otros dos Acuerdos de esta naturaleza con España y Francia.

*La Comisión no está al corriente de casos análogos al cuestionado y pedirá informes sobre la situación del acuerdo entre Italia y Rumanía.*

*En la aplicación de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a circular y permanecer libremente en el territorio de los Estados miembros, los Estados miembros deben respetar los derechos fundamentales que derivan de su tradición constitucional común. Con base a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, que ha sido ratificada por todos los Estados miembros, en todas las decisiones relativas a los menores la autoridad administrativa y los tribunales deben considerar primordialmente el interés superior del menor.*

*El Acuerdo entre Italia y Rumanía parece conforme al principio del interés superior del menor, en cuanto intenta mejorar la situación de los menores rumanos no acompañados que a) entran en Italia no acompañados de sus progenitores, tutores o representantes legales, o b) son abandonados después de entrar en el territorio italiano, o c) no reciben asistencia a causa de descuido o negligencia grave, que atente contra su integridad física, psicológica, moral o social. El acuerdo prevé la identificación de los menores rumanos no acompañados presentes en Italia, la adopción de las necesarias medidas de protección y reintegración social y las vías para facilitar el retorno al país de origen.*

*Pero empeñándose en asegurar que los Estados miembros respetan la Directiva 2004/38/CE, la Comisión recuerda que los menores abandonados por los progenitores o por sus representantes legales no pueden cumplir las condiciones previstas por la Directiva para la permanencia legal sobre el territorio del Estado miembro en cuestión.*

*La Comisión controlará que los Estados miembros respetan el interés superior del menor cuando decidan repatriar a los menores no acompañados”.*

Se trata de un caso en que el que de manera palmaria se pone de manifiesto la desinformación de la Comisión que es manifestación de su desinterés en este tema. Tras las buenas palabras se esconde el lamentable papel que una vez más realiza la Comisión en relación con los menores no acompañados, aún siendo estos comunitarios. Cabe preguntarse dónde quedan los postulados grandilocuentes de la Comunicación de la Comisión, de 4 de julio de 2006, «Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los

Derechos de la Infancia»<sup>13</sup>, en que la Unión Europea pretendía alzarse en referente de la protección de la infancia en el mundo.

De una lectura pausada del Acuerdo celebrado con Rumanía se extraen varias ideas descorazonadoras. En primer lugar, su absoluta falta de calidad técnica, puesto que no precisa aspectos tan importantes como el ámbito subjetivo del mismo, es decir, a qué menores no acompañados de nacionalidad rumana se va a aplicar, lo que puede llevar, como luego precisaré, a interpretaciones diversas con consecuencias nada desdeñables<sup>14</sup>. Además, un texto destinado a la “protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España” que no cite, ni siquiera como referencia, el principio del interés superior del menor, principio éste que ha de inspirar todas aquellas normas o actuaciones relacionadas con los menores (art. 3 CDN y art. 24 Carta de Derechos fundamentales de la UE), ya debe ser considerado “sospechoso” de entrada, y mucho más si luego se analizan sus postulados.

Otra cuestión criticable es la amplitud y consecuente inconcreción de su título. Se dice que es un Acuerdo sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos. De tal manera que existen tres conceptos con su propia identidad que aparecen interrelacionados en el título: protección, repatriación y lucha contra la explotación. Si lo comparamos con el todavía *non nato* Acuerdo con Marruecos, resalta la precisión de este último respecto del primero, pues acota su esfera de actuación en la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado. En realidad, lo que denota el título genérico del Acuerdo es su dispersión, pues mezcla la protección derivada de la esfera penal (riesgo de abuso, explotación o comisión de actos delictivos) con la protección meramente civil (menor abandonado o desprotegido en territorio español)<sup>15</sup>.

La relación de objetivos reafirma esta apreciación. Son objetivos generales, según el art. 1, de un lado, solucionar la cuestión de los menores de edad rumanos no

---

<sup>13</sup> COM (2006) 367 final.

<sup>14</sup> En el art. 1.2 del Acuerdo ítalorумano sí se precisa esa definición: “A efectos del presente Acuerdo, por menores no acompañados se entiende al ciudadano rumano menor de edad, que ha entrado en territorio del Estado italiano no acompañado por alguno de sus progenitores, ni por el tutor ni por su representante legal, según la ley rumano. También se aplica a los menores que se encuentran en esta situación después de entrar en territorio italiano, por tratarse de menores rumanos que no reciban la asistencia de sus progenitores o del tutor o representante legal designado, a causa de dejadez o negligencia grave, evaluada como tal por la competente autoridad italiana por existir riesgo de perjudicar el desarrollo físico, psicológico, moral o social del menor”.

<sup>15</sup> Este carácter amplio también lo tiene el Acuerdo franco-rumano, no así el ítalo-rumano.

acompañados localizados en el territorio de España, expuestos a los riesgos de abuso, explotación o de cometer actos delictivos, así como prevenir estas situaciones y, de otro, facilitar el intercambio de datos e informaciones con vistas a la solución más eficiente de la cuestión de los menores de edad rumanos no acompañados en el territorio de España, y para contribuir a la prevención de las situaciones de aislamiento y riesgo para éstos. Por su parte, el art. 2 precisa los objetivos específicos: a) Identificar y proteger a los menores de edad rumanos no acompañados en España; b) Preparar las medidas de protección y reintegración social en Rumanía de los menores de edad no acompañados en España; c) Favorecer el regreso a su país de origen, preferentemente con sus familias; d) Establecer las acciones necesarias para combatir las redes y organizaciones criminales que trafican y explotan a menores de edad y adoptar las medidas de prevención necesarias. En realidad, se mezclan objetivos de tan distinta naturaleza sin perfilar ninguno de ellos, que esa inconcreción puede dar lugar a una incorrecta aplicación del Acuerdo.

Para conseguir estos fines, se establece un catálogo de obligaciones que deberán observar tanto las autoridades competentes españolas (art. 3.1)<sup>16</sup> como las autoridades competentes rumanas (art. 3.2)<sup>17</sup>.

Si se tratara de menores rumanos cuyos padres o representantes legales se encontraran en España, el art. 4 especifica que si tal menor es declarado en nuestro país en desamparo, o está expuesto a riesgos de abuso, explotación, mendicidad o a cometer actos delictivos, las Autoridades españolas adoptarán las medidas oportunas para su protección. Y de ello darán cuenta a las Autoridades rumanas para que adopten las medidas oportunas.

A través del citado Acuerdo, se establece el compromiso de las autoridades españolas de comunicar a las autoridades rumanas toda localización de un menor rumano no acompañado en España, con el objetivo de identificarlo y devolverlo a

---

<sup>16</sup> En concreto, las *autoridades competentes españolas*: 1) Facilitarán asistencia y protección de los menores rumanos no acompañados en España y realizarán el seguimiento del número y evaluación de la situación general de estos menores; 2) Facilitarán el regreso a su país y colaborarán con las autoridades judiciales y policiales para el intercambio de información para identificar a los traficantes de menores; 3) Se creará un Comité de Seguimiento para resolver los problemas existentes para la identificación de estos menores; 4) Una vez identificados los menores, las autoridades competentes españolas proporcionarán a las autoridades rumanas toda la información pertinente.

<sup>17</sup> Por su parte, las *autoridades competentes rumanas*: 1) Intentarán localizar a los familiares del menor e investigarán las causas de su situación de desamparo en España; 2) Comunicarán a las Autoridades españolas, en un plazo de treinta días, el resultado de su investigación; 3) Elaborarán, cuando proceda, el proyecto de regreso del menor a Rumanía, corriendo a cargo de las Autoridades españolas la organización de tal regreso; 4) Una vez el menor en Rumanía, la Autoridad Nacional para la Protección de los Derechos del Niño dispondrá las medidas de protección que considere oportunas.

Rumanía. El problema surge porque no se perfila nítidamente en el Acuerdo, como apuntaba, el ámbito subjetivo de aplicación del mismo, y no se precisa, por tanto, si este Acuerdo también se aplica a los menores recién nacidos de madres rumanas que son entregados por éstas a las entidades públicas españolas para su adopción. Esto puede plantear, y de hecho me consta que ya ha planteado problemas en algunas CC.AA. Y ello porque si el Acuerdo se aplica a todos los menores rumanos, incluidos los recién nacidos que son dados en adopción por sus madres, normalmente porque no pueden hacerse cargo de ellos y con el objetivo de que sean criados en mejores condiciones de las que ellas podrían proporcionarles en nuestro país, desde el momento en que son entregados a los servicios sociales de protección de menores de la entidad pública competente, ésta deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades rumanas que, a su vez, se harán cargo de los menores y procederá, por tanto, la repatriación.

Claro que esta regulación puede llevar a la perversión del sistema: si es la madre la que entrega directamente al menor en adopción a los servicios sociales, se tiene conocimiento de la identidad y la nacionalidad del menor, lo que pondrá en funcionamiento el Acuerdo de repatriación. Sin embargo, si el recién nacido es abandonado en suelo español y es localizado por los servicios sociales, se presumirá que es español y será dado en adopción (nacional). Por tanto, cuando se trate de recién nacidos y las madres quieran darlos en adopción en España, no debería aplicarse, a mi juicio, este Acuerdo, por la singularidad que tiene la situación.

El 22 de noviembre de 2007, España y Rumanía firmaron un Protocolo para el desarrollo del Acuerdo de cooperación en el ámbito de la protección, repatriación y lucha contra la explotación de los menores rumanos no acompañados en España.

Este Protocolo, según reza una nota de prensa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>18</sup>, tiene como objetivo establecer mecanismos concretos de cooperación entre las instituciones rumanas y españolas competentes en materia de menores no acompañados, así como prevenir las situaciones de riesgos a las que se enfrentan.

En concreto, prevé la creación de una Comisión de Seguimiento, formada por ocho representantes por cada país<sup>19</sup>, que será la encargada de establecer las modalidades

---

<sup>18</sup> Nos ha sido imposible acceder al texto del mismo.

<sup>19</sup> La parte española estará representada por especialistas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, del Ministerio Fiscal y de las Comunidades Autónomas. Por parte de las autoridades rumanas estará compuesta por especialistas procedentes de la Autoridad Nacional para la Protección del

de colaboración entre ambos Estados. Entre sus cometidos está la identificación de estos menores y el conocimiento de su situación, así como la concreción de su repatriación en los casos en que proceda.

Los representantes españoles en la Comisión se encargarán de ofrecer atención inmediata a los menores, de notificar a las autoridades rumanas los datos de estos niños con el fin de que puedan averiguar sus condiciones sociales y familiares dentro de su país de origen, así como de la preparación de los niños para su posible repatriación.

Esta Comisión elaborará una base de datos de todos los menores rumanos no acompañados identificados en España, elaborará informes sociales en los que se identificará a la familia del menor o, en su defecto, a los servicios de protección de los menores en su país, entre otras actividades.

## **B) Acuerdo con Senegal**

*El Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción*, hecho «ad referendum» en Dakar el 5 de diciembre de 2006<sup>20</sup>, en vigor desde el 1 de julio de 2008, responde, como el celebrado con Marruecos, a un modelo de acuerdo de nueva generación, cuya finalidad es abordar de manera integral el fenómeno de la inmigración de menores no acompañados mediante la puesta en práctica de medidas específicas relacionadas con la prevención, la protección y la repatriación asistida.

Senegal ocupa el puesto 156 de un total de 177 países en el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas de 2008<sup>21</sup>. El estado de la infancia en este país es crítico<sup>22</sup>. UNICEF apunta a que pueden existir más de 200.000 niños mendigos en

---

Niño, del Ministerio de Asuntos Internos y Reforma Administrativa, el Ministerio Fiscal y del Consulado de Rumanía en España.

<sup>20</sup> BOE núm. 173, de 18 de julio de 2008.

<sup>21</sup> Véase [http://hdr.undp.org/en/media/HDR\\_20072008\\_SP\\_Indictables.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_SP_Indictables.pdf).

<sup>22</sup> Según datos de UNICEF, en relación con el estado de la infancia en Senegal, puede destacarse que: 1. A pesar de algunos progresos, la mortalidad derivada de la maternidad sigue siendo elevada. 2. El paludismo, la desnutrición, las enfermedades diarreicas y las infecciones agudas de las vías respiratorias se cobran las vidas de muchos niños y niñas. 3. La crónica inseguridad de los alimentos amenaza el crecimiento saludable de niñas y niños. 4. Persisten las actitudes tradicionales sobre las funciones de los géneros. Muchas familias no dan importancia a la educación de las niñas. 5. La calidad de la educación que se ofrece en las escuelas de Senegal necesita mejorar. El índice de alumnos que completan su escolaridad, especialmente entre las niñas, sigue siendo bajo. Consultado en [http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/senegal\\_648.html](http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/senegal_648.html).

Senegal, aunque no todos son nacionales de este país, puesto que una buena parte de ellos proceden de Guinea Bissau.

Con esta perspectiva, nada halagüeña, España y Senegal insisten en la necesidad de impulsar de manera conjunta programas de sensibilización, formación ocupacional y creación de empleo con el objetivo de disuadir a los menores y a sus familias de recurrir a la inmigración clandestina. Desde luego, es ésta la vía en que debe profundizarse, poniendo en práctica políticas de cooperación activas y comprometidas. Sin embargo, cabe preguntarse cuál es o va a ser la utilidad de este Acuerdo, más allá de la declaración de principios, si se tiene en cuenta que su enfoque primordial es la repatriación de los menores senegaleses no acompañados a su país de origen.

No se puede no estar de acuerdo en líneas generales con los objetivos generales del Acuerdo plasmados en el art.1, según el cual, las partes cooperarán para establecer, de un lado, un marco de trabajo común en materia de prevención de la emigración de los menores no acompañados, protección y repatriación de dichos menores y de otro consolidar un diálogo permanente y facilitar el intercambio de datos e informaciones con vistas a abordar de forma eficiente la prevención de la emigración de menores no acompañados, protección, repatriación y reinserción de dichos menores.

Particularmente, objetivos verdaderamente específicos del Acuerdo pueden considerarse el primero: adoptar medidas de prevención dirigidas al desarrollo social y económico de las zonas de origen de los menores no acompañados, al control de redes de tráfico de personas y a la sensibilización e información a las poblaciones de origen, y el tercero: favorecer la repatriación del menor a su familia o al organismo de tutela en Senegal así como su reintegración social, dado que el segundo: adoptar las medidas de asistencia y protección de los menores de edad senegaleses no acompañados que se encuentren en territorio español, ya está contemplado de forma genérica en la LOPJM.

Tras los objetivos, teniendo en cuenta que la estructura de estos Acuerdos es tripartita, se abordan en primer lugar las acciones de prevención (art. 3); a continuación, las de protección de los menores senegaleses no acompañados en territorio español (art. 4) y finalmente, las acciones de repatriación (art. 5).

Aún entendiendo que la clave para solucionar este fenómeno está en la prevención, el art. 3 no es más que una enumeración de acciones generales que como línea de principio están muy bien, pero que parece necesario llenar de contenido. Y quizás el orden de las ideas es erróneo, puesto que antes de la sensibilización a los

menores, a las familias y la sociedad en general de los riesgos que comporta emigrar, habrá que insistir en la necesidad de favorecer el desarrollo económico y social de las zonas de origen de los menores no acompañados, no sólo, como se precisa en el Acuerdo, creando o reforzando las capacidades de los centros de formación y reinserción de menores, sino apostando de forma decidida por el desarrollo de la zona. Y eso, obvio es, no es una tarea que le corresponda sólo a España como país, sino que es una cuestión que debe ser planteada desde las instancias comunitarias.

Este Acuerdo, además, obliga a los dos países a intercambiar información sobre cualquier menor no acompañado, así como a localizar a su familia en un plazo de tiempo considerablemente corto. España acepta informar a Senegal de la presencia de cualquier menor no acompañado en un plazo de diez días. A partir de ese momento, Senegal tiene la obligación de localizar a su familia y de expedir los documentos que confirmen la identidad del menor en un plazo de 20 días (art. 4). Son plazos muy ajustados que hacen plantearse hasta qué punto serán capaces las autoridades de ambas partes de valorar suficientemente las circunstancias que hayan provocado la salida del menor, así como la situación que pueda estar aguardándole a su regreso<sup>23</sup>.

Además, según se ha señalado recientemente, Senegal tiene dificultades para aceptar de forma inmediata a sus menores que están acogidos en Canarias y en otras Comunidades españolas debido, sobre todo, a que no existe censo de población en este país y no se puede garantizar que las reagrupaciones familiares se lleven a cabo. Por este motivo, Senegal ha pedido a España que construya, con la mayor brevedad posible, centros de formación profesional, tanto en zonas rurales como en ciudades de Senegal, junto con centros de acogida para los chicos que deseen volver a su país y también para formar a los menores de edad que viven allí y evitar así las salidas en embarcaciones clandestinas<sup>24</sup>.

Por último, el art. 5 no puede ser más laxo a la hora de perfilar las acciones en materia de repatriación. No hay más que una remisión a la normativa española, a los Convenios internacionales y a la apelación a la colaboración entre las partes para garantizar que la repatriación del menor a su familia o al organismo de tutela de Senegal se realice en las debidas condiciones.

---

<sup>23</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, «Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías», 2008, pág. 6. Además, señalan que estos plazos también elevan el riesgo de que la información se comparta con el gobierno senegalés antes de considerar si el menor o su familia son víctimas de una persecución y si tienen derecho a solicitar protección en virtud de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados. Bajo estas circunstancias, compartir esta información puede colocar al menor o a su familia en una situación de riesgo añadido de persecución.

<sup>24</sup> Noticia consultada en <http://www.eldia.es/2007-12-31/canarias/canarias1.htm>.

### C) Acuerdo con Marruecos

El mayor número de menores no acompañados que llegan a España lo hace desde Marruecos. Estos Estados celebraron un *Memorándum de entendimiento sobre repatriación asistida de menores no acompañados*, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003, cuyo éxito ha sido reducido o nulo.

Con el objetivo de impulsar estas relaciones se ha celebrado el *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007*<sup>25</sup> que aún no está en vigor pese a haber transcurrido ya un tiempo desde su elaboración.

Se trata de un texto en que se han cuidado meticulosamente las formas. Se alude a la normativa internacional de protección de los menores y se ratifican ambos Estados en que el interés superior del menor debe constituir la base de toda cooperación. Sin embargo, más allá de la declaración genérica de principios, el contenido del Acuerdo deja mucho que desear.

Este Acuerdo, como el celebrado con Senegal, tiene una estructura tripartita, distinguiendo entre acciones de prevención, medidas de protección y acciones en materia de retorno y también son prácticamente idénticos los objetivos, tanto generales como específicos.

Las acciones de prevención se perfilan desde dos ángulos: de un lado, las labores de sensibilización o de advertencia de los riesgos que conlleva la emigración que, como antes apuntamos, será un fracaso si no se acompaña de una labor activa de cooperación al desarrollo en las zonas de donde provienen mayoritariamente estos menores; de otro, se intenta combatir la práctica del tráfico ilegal de personas.

En cuanto a las medidas de protección, se obliga a las autoridades españolas a proporcionar a las autoridades marroquíes toda la información sobre el menor, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la entrada ilegal del menor en territorio español. A su vez, las autoridades marroquíes procederán a la identificación del menor y de su familia y a la expedición de la documentación que demuestre su nacionalidad en un

---

<sup>25</sup> BOCG VIII Legislatura. Seria A, núm. 429, de 14 de septiembre de 2007.

plazo de tres meses a partir de la entrega de la documentación y/o información sobre el menor por parte de las autoridades españolas (art. 4).

De forma sospechosa, el último apartado del art. 4 establece que las partes llegarán a un acuerdo previo sobre el caso de menores que puedan ser objeto de regreso y asimismo sobre su número. La redacción del precepto hace sospechar que pueda girar en torno a un cupo la repatriación de menores, cuando si se tuviera en cuenta el interés del menor, cada caso habría de ser analizado particularizadamente y no cabría llegar a repatriaciones genéricas que es lo que se puede deducir de la redacción de este apartado<sup>26</sup>.

En lo relativo a las acciones en materia de retorno, además de especificar que quedará sujeta a la normativa española e internacional, vuelve a aparecer el principio del interés superior de los menores de edad, principio que las partes se obligan a preservar para garantizar en cada caso, las condiciones de la reunificación familiar efectiva o su entrega a cargo de una institución de tutela. Además, se obligan a cooperar en el establecimiento de un dispositivo de acogida dotado con recursos materiales y humanos cualificados, tanto públicos como privados o que procedan de ONGs que trabajan en el ámbito de la protección de la repatriación de menores (art. 5).

Hay que precisar, como han puesto de manifiesto distintas organizaciones no gubernamentales que se dedican a la protección de los menores en Marruecos, que el sistema de protección de menores en este país no está preparado para proporcionar el cuidado adecuado a los menores que sean repatriados por España.

Se está financiando por parte del Gobierno español la construcción en Marruecos de centros de acogida destinados a menores no acompañados. HRW ha manifestado su preocupación porque los centros puedan ser empleados para acelerar el retorno de los menores no acompañados a un país que carece de sistema de protección de menores en activo para acogerlos. Además, si los servicios de estos centros son sólo accesibles para los menores repatriados, quizá esos programas estimulen la migración de menores que de otra forma no tendrían acceso a tales servicios<sup>27</sup>.

Por otro lado, se ha denunciado por parte de esta organización que los menores marroquíes no acompañados se enfrentan a repetidos abusos y detenciones por las

---

<sup>26</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado claramente que los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior.

<sup>27</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, «Retornos a cualquier precio...», cit., pág. 8.

fuerzas de seguridad y autoridades de frontera de Marruecos. En virtud de los procedimientos oficiales, España entrega a estos menores a las autoridades de frontera de Marruecos (art. 92.4 REx). Los menores se enfrentan al riesgo de ser detenidos con base al art. 50 del Acta Marroquí de Inmigración y Emigración, Ley nº 02-03 que castiga la emigración irregular de Marruecos con una multa y/o pena de cárcel de hasta seis meses<sup>28</sup>.

## **2. Legislación interna española. Especial referencia a la programada reforma del régimen de extranjería**

Las remisiones que estos Acuerdos realizan a la normativa interna española en esta materia<sup>29</sup>, hacen necesario realizar un análisis de la misma.

Según los arts. 35 LOEx y 92 REx, cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, se le dará atención inmediata por los servicios competentes de protección de menores, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad. Esta localización debe tener una motivación diversa de la imputación de la comisión de una infracción penal.

Su finalidad es que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la LOEx 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, o si es menor 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<sup>30</sup>.

Para determinar la edad del menor se realizarán las pruebas médicas oportunas. Si de acuerdo a ellas se concluye que se trata de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Véase JIMÉNEZ, M., «La perversión de la cooperación al desarrollo: los proyectos de reagrupación de los menores migrantes en Marruecos», cit.

<sup>29</sup> Específicamente, el art. 5.1 del Acuerdo con Senegal y el art. 5.1 del Acuerdo con Marruecos.

<sup>30</sup> *Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, acerca de la interpretación del art. 35 LOEx.*

<sup>31</sup> Se entenderá que es menor de edad la persona menor de dieciocho años, independientemente de que su ley nacional fije una edad diferente para adquirir la mayoría de edad. De esta manera, se establece la correlación con la LPJM y la LOEx, cuyo ámbito de aplicación personal se refiere a los menores, extranjeros o no, que tengan menos de dieciocho años. La aplicación en estos casos de la ley personal del menor para determinar la mayoría de edad (art. 9.1 Cc) no estaría justificada porque no nos encontramos ante mecanismos de protección privados, sino públicos o asistenciales.

Una vez determinado que se trata de un menor, la Administración General del Estado, después de haber oído al menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre la repatriación a su país de origen o a aquél en donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor. Ésta última facilitará a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y pondrá en su conocimiento las gestiones que haya realizado para localizar a la familia del menor.

La autoridad competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo es la Administración General del Estado, que actúa a través de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno y que estará obligada a comunicar al Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento. Estas solicitarán a la Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieran responsables de ellos. Si no existe representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

La repatriación del menor a su país de origen o a aquél donde se encontraran sus familiares sólo se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen.

Los gastos derivados de la misma correrán a cargo de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país, haciéndose cargo subsidiariamente la Administración General del Estado<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> En los Acuerdos celebrados por España se hace una específica mención a quién soportará los gastos de la repatriación: art. 6 Acuerdo con Rumanía; art. 7 Acuerdo con Senegal y art. 7 Acuerdo con Marruecos. En el Acuerdo con Marruecos, la parte española se hará cargo de la financiación de las acciones de protección y de repatriación de los menores no acompañados y colaborará en la de las acciones de prevención, principalmente las que fomenten el desarrollo socioeconómico de las regiones marroquíes con fuerte potencial migratorio. En el celebrado con Senegal, España se compromete a financiar las acciones de protección de los menores de edad no acompañados en el territorio de España y colaborará con Senegal en la cofinanciación de acciones de prevención, repatriación y reinserción. En el

La repatriación será acordada por Delegado o Subdelegado del Gobierno y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

Transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, y fracasada la repatriación, se le otorgará autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

En la programada reforma de la LOEx, se introducen elementos novedosos y muy importantes en relación con esta materia. En el nuevo apartado cuarto del art. 35 LOEx, que sustituiría al actual apartado tercero, se especifica que “[l]a 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 sobre la iniciación de un procedimiento de repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, y previo informe de los servicios de protección de menores, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores”.

Es esencial introducir en la LOEx la necesidad de solicitar un informe a las autoridades del país de origen sobre las circunstancias familiares del menor con carácter previo a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación<sup>33</sup>. Actualmente, nada se dice al respecto de esta necesidad obvia, ni en la Ley ni en el Reglamento. Por eso, esta modificación debe ser bienvenida.

Sin embargo, es curiosa la esquizofrenia que introduce el precepto. De un lado, se asegura que una vez iniciado el procedimiento, y previo informe de los servicios de protección de menores, la AGE resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su

---

Acuerdo con Rumanía, España garantizará la financiación de las acciones para la evaluación, identificación y protección de los menores de edad no acompañados en territorio español, mientras que los gastos derivados de la aplicación de los procedimientos para el regreso de los menores rumanos serán cubiertos conforme a lo establecido en el Acuerdo entre Rumanía y España, relativo a la readmisión de personas en situación irregular, firmado en Bucarest el 29 de abril de 1996.

<sup>33</sup> Entiendo que se solicitarán a las autoridades diplomáticas del país de origen si no hay relación convencional entre ambos países, pero a la autoridad competente de protección de menores designada en el Acuerdo si lo hubiera.

permanencia en España, para a renglón seguido, aludiendo por primera vez al principio del interés superior del menor, se dice que la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores. Entiendo que el interés del menor en estos casos rara vez va a llevar a que sean los servicios de protección de menores de su país de origen los que le presten una mejor atención. Debería estarse a que o bien es posible y adecuada, porque es lo que beneficia al menor, una vuelta a su familia, o bien la alternativa es su permanencia en España.

Existen otros novedosos elementos que están presentes en la proyectada reforma de la LOEx. En el apartado quinto *in fine* del art. 35.5, se aclara que “[l]a ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que les correspondan por su condición de menor”. Es una concreción que no está de más, aunque no debería servir para el relajamiento de las administraciones implicadas a la hora de dotar de la correspondiente autorización de residencia al menor.

En el apartado sexto, se precisa que “[l]a concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado tercero de este artículo”. Esa espada de Damocles que se ciñe sobre el menor en este precepto con la siempre presente amenaza de la repatriación, debería de desaparecer, dado que si se ha constatado que el menor debe permanecer en España porque es lo que mejor favorece su interés, la vuelta a su país de origen sólo cabría si el menor lo solicitara y, en ese caso, no debería seguir hablándose de repatriación.

Por último, el apartado séptimo señala que “[r]eglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo”. Actualmente, el REx, en su art. 92.5.3º, contempla el caso de menores tutelados por las entidades públicas que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia, cosa que debería darse en contadas ocasiones y que, sin embargo, suele ser más común de lo deseable. Para estos casos, se prevé que si han participado adecuadamente en las actividades formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales (art. 31.3 LOEx) y autorización para trabajar [art. 40.j) LOEx].

En cuanto a la residencia permanente, no se introducen novedades, salvo que ahora pasará a llamarse residencia de larga duración. Tienen este derecho los menores extranjeros que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada, pero para ello es necesario que las autoridades españolas les hayan documentado, tal y como exige la LOEx (art. 32.2 LOEx en relación con el art. 72.2.e REx).

### **III. Fallos del sistema**

Aunque proporcionalmente son pocas las repatriaciones que se llevan a cabo, la inaplicación de las normas y la inseguridad a la que se ven sometidos los menores no acompañados ponen en cuestión todo el sistema de protección de la infancia español<sup>34</sup>. Cada vez son más las resoluciones judiciales que ordenan la suspensión de las decisiones administrativas de repatriación por no haberse oído al menor y/o por no haberse observado las exigencias requeridas por las normas para una verdadera reagrupación familiar en origen<sup>35</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño considera que no podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del menor, puesto que no garantizan una adecuada representación del menor. Además, el Comité ha declarado que se debe proporcionar a los menores sometidos a procesos administrativos o judiciales un representante legal además del tutor. El procedimiento de repatriación español no cumple esta recomendación puesto que los servicios de protección de menores se encuentran potencialmente ante un conflicto de intereses frente al menor al que representan y, además, son el único representante del menor en un procedimiento de repatriación<sup>36</sup>.

Más allá de que, como apunta la profesora LÁZARO, el nombramiento de un defensor judicial para garantizar la defensa del interés del menor frente a quien ejerce la tutela pone en cuestión el papel que está desempeñando la Administración pública en el

---

<sup>34</sup> El número de menores extranjeros no acompañados que España ha repatriado en los dos últimos años es bajo en comparación con la cifra total de menores no acompañados en el país. Según datos proporcionados por Amnistía Internacional en “España: Presentación de información al Comité de Derechos Humanos”, en 2006, España repatrió un total de 111 menores no acompañados, de los cuales 81 fueron devueltos a Marruecos. En 2007, esta cifra fue de 27. AI Index: EUR 41/012/2008, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AI\\_Spain93.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AI_Spain93.pdf).

<sup>35</sup> En este sentido, LÁZARO GONZÁLEZ, I., «La aventura de los adolescentes africanos en España...», cit., pág. 67. Ejemplos de estos casos pueden encontrarse en STSJ Comunidad del País Vasco 88/2008, 14 de febrero de 2008. En parecidos términos, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Comunidad de Madrid, Madrid, núm. 1, de 27 de mayo de 2007 y la STSJ Comunidad de Madrid 1043/2007, de 24 de julio.

<sup>36</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, «Retornos a cualquier precio...», cit., pág. 15.

sistema de protección de menores, lo que quizás deba llevar a repensar en su conjunto el sistema de protección de menores<sup>37</sup>, con lo que estoy enteramente de acuerdo, las dos trascendentales sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008<sup>38</sup> analizando el conflicto de intereses que puede surgir en los procedimientos de repatriación entre la entidad pública tutelante del menor y el menor, y la consecuente necesidad de permitir al menor que comparezca en los procesos judiciales representado por un defensor judicial neutral para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva, han venido a dar la razón a quienes desde hace tiempo habían constatado este fallo del sistema.

No menos importancia tiene la necesidad de garantizar la audiencia del menor en los procesos de repatriación. En realidad, el interés del menor queda sensiblemente afectado si no se toman en cuenta sus opiniones a la hora de enfocar este proceso. El derecho de audiencia del menor ni siquiera queda reflejado en los Acuerdos bilaterales sobre repatriación, ni tampoco en la LOEx. Esto supone una vulneración flagrante del art. 12 CDN.

Según el REx, un menor sólo puede ser repatriado en caso de que se verifique que no existe riesgo ni peligro para su integridad, y que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. Sin embargo, el procedimiento de repatriación de menores extranjeros no acompañados no está regulado al detalle. No se especifica cómo debe ejecutarse la audiencia con el menor o quién tiene que estar presente; no existen criterios formales para valorar el interés superior del menor; no existen instrucciones sobre qué tipo de información se necesita ni sobre quién tiene la obligación de recopilar información antes de decidir repatriar; no existen definiciones de los riesgos ni los peligros que han de ser verificados antes de repatriar al menor, tampoco se define quién tiene esa responsabilidad...<sup>39</sup>. Son todas ellas cuestiones del máximo interés que no deberían quedar al albur de una discrecionalidad de la Administración que, mal entendida, puede llegar a poner en riesgo al menor.

#### **IV. Conclusiones**

El Comité de los Derechos del Niño especifica que el objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera y que la búsqueda de esa solución comienza con un análisis de las

---

<sup>37</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I., «La aventura de los adolescentes africanos en España...», cit., pág. 69.

<sup>38</sup> SSTC 183/2008 y 184/2008.

<sup>39</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, «Retornos a cualquier precio...», cit., pág. 10.

posibilidades de reunificación familiar. No obstante, el interés del menor puede requerir prolongar la separación de su familia, al tiempo que una decisión de repatriación ha de ser analizada contrastándola con otras formas de solución duradera tales como permanecer en el país de acogida o el reasentamiento a un tercer país<sup>40</sup>.

La reagrupación familiar en el país de origen no debe procurarse cuando exista un “riesgo razonable” de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos fundamentales del menor. Dicha determinación de riesgos incluye, entre otras cosas, la existencia de mecanismos para la atención individual del menor, el nivel de integración del menor al país de acogida y la duración de la ausencia del país de origen, así como condiciones socioeconómicas a su regreso<sup>41</sup>.

Los Acuerdos celebrados incluyen referencias genéricas a obligaciones legales internacionales y al interés superior del menor, pero no llegan a especificar salvaguardas y garantías procedimentales concretas de antes, durante y después de la repatriación de un menor. En realidad, no es posible asegurar con el contenido de los Acuerdos que los menores no sean repatriados ante situaciones de riesgo. La tarea de supervisar la ejecución de los Acuerdos recae sobre unos comités de representantes de carácter político, en los que debería haber expertos independientes que actúen como observadores para garantizar el buen funcionamiento de los mismos.

Es necesario tener como referencia las buenas prácticas que han ido elaborando distintas entidades. De un lado, y con carácter universal, la Observación General nº 6 (2005), del Comité de los Derechos del Niño, «Trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen»<sup>42</sup>. De otro, y con carácter regional, el Programa de Menores no Acompañados en Europa, que es una iniciativa de la Alianza Internacional Save the Children y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados<sup>43</sup> y la Recomendación CM/Rec(2007)9 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre los proyectos de vida a favor de los menores migrantes no acompañados<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, «Retornos a cualquier precio...», cit., págs. 10-11.

<sup>41</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, «Retornos a cualquier precio...», cit., pág. 11.

<sup>42</sup> CRC/C/G/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

<sup>43</sup> La Declaración de Buenas Prácticas no posee vinculación legal, aunque está basada principalmente en la CDN y en la Guía de ACNUR sobre políticas y procedimientos en la atención de menores no acompañados solicitantes de asilo, de febrero de 1997, y en la Posición del Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados sobre Niños refugiados, de noviembre de 1996.

<sup>44</sup> Adoptada por el Comité de Ministros, el 12 de julio de 2007, durante la 1002<sup>a</sup> reunión de Delegados de Ministros.

Estas prácticas inciden, de un lado, en que la búsqueda de los padres y de la familia del menor deberá iniciarse cuanto antes, siempre y cuando dicha búsqueda no ponga en peligro al menor ni a los miembros de su familia en su país de origen. Los menores no acompañados deberán ser debidamente informados sobre el proceso, debiéndose tener en cuenta sus opiniones (arts. 22.2, 9.3 y 10.2 CDN). Y de otro en que el menor no acompañado sólo podrá ser devuelto si se considera que tal resolución es en su interés. Todas las demás consideraciones, como la lucha contra la inmigración ilegal, han de ser secundarias. No hay que olvidar que la mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria. Para ello, los menores han de ser plenamente informados y consultados, y sus opiniones tenidas en cuenta a lo largo de todo el proceso, y en cualquier caso deberán tener acceso a una asistencia jurídica independiente durante el proceso de repatriación.

Antes de que un menor no acompañado pueda ser devuelto a su país de origen tienen que cumplirse las siguientes condiciones:

- Se tiene que haber realizado una evaluación meticulosa de la seguridad que existe para el regreso del menor a su país de origen, tomando en consideración los riesgos de persecución, de ser involucrado en conflictos armados, de violencia y abusos y de explotación;
- Será necesario examinar la capacidad de la familia del menor de propiciar los cuidados adecuados y tomar en consideración las opiniones de la familia acerca del regreso del menor.
- Se deberá realizar un diagnóstico de las condiciones de acceso a la alimentación, la vivienda, los servicios sanitarios, la educación, la formación profesional y las oportunidades de empleo en el país de origen.
- Los cuidadores y tutores del menor en el país de acogida tienen que afirmar que el regreso responde a su interés superior.
- El menor deberá ser, en todo momento, plenamente informado y consultado, debiendo recibir, además, el asesoramiento y apoyo adecuados. En particular: a) Antes de que tenga lugar el regreso deberá facilitarse el contacto entre el menor y su familia; b) Durante su regreso, el menor ha de ir debidamente acompañado; c) Despues de su regreso, se deberá hacer un seguimiento de la situación y del bienestar del menor por autoridades u organismos competentes.

Sólo teniendo en cuenta estas buenas prácticas, o incluso adoptándolas en los textos normativos que se encargan de regular la protección de los menores extranjeros no acompañados, tendremos garantías de que se están cumpliendo meticulosamente las obligaciones que cada Administración tiene atribuidas. La protección de los menores no

es una cuestión baladí; la protección de los menores extranjeros no acompañados es una cuestión de responsabilidad institucional y un deber moral para todo Estado de Derecho que se precie de serlo.